
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Resumo livre do manual: Direitos Fundamentais, Teoria Geral (Cristina Queiroz) - Coimbra Editora; Wolters Kluwer, 2ª edição, 2010.

CAPÍTULO I – O conceito de direitos fundamentais

1. A ideia

Processo de fundamentalização, positivação e posterior constitucionalização de direitos e liberdades que se inicia um pouco mais cedo em Inglaterra (Petição dos Direitos de 1628, Declaração de Direitos de 1689, e um conjunto de atos do Parlamento, de entre os quais o célebre Habeas Corpus Act de 1679).

Constitucionalização desses direitos (pela tradição inglesa, americana e francesa – por esta ordem) – processo de reconhecimento pela ordem jurídico-constitucional a todos os cidadãos de direitos e liberdades jusfundamentais. São liberdades constitutivas da ordem jurídico-constitucional já que comandam a respetiva instituição e organização. *Vide* art. 16.º da DDHC.

Estas liberdades constituem-se, nesta fase, como direitos de defesa do cidadão perante o Estado (obrigações de *non faccere* para o Estado, limites à intervenção dos poderes públicos na vida dos cidadãos), porque lhe são pré-existentes, isto é, prévios à formação da unidade política. Transcendem, por isso, todas as clivagens políticas.

Já no século XX estes direitos e liberdades começam a ganhar um certo cunho supranacional, já que proliferam convenções de carácter universal ou regional (exemplos: DUDH, 1948; Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e dos Direitos Económicos e Sociais, 1966; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000, entrou em vigor com o Tratado de Lisboa em 2009; etc.). Os Estados obrigam-se a respeitar estes instrumentos internacionais por meio da aplicabilidade direta e do recurso direto dos cidadãos às jurisdições internacionais.

Os direitos fundamentais são também intranacionais, uma vez que vinculam todas as esferas da ordem jurídica interna (pública e privada, veja-se o art. 18.º/1 CRP), bem como *instâncias coletivas intermédias* (família, associações ou empresas).

Mais recentemente, a positivação de direitos sociais tem alterado o paradigma do Estado, que passa a receber obrigações de *faccere*, vinculações à atividade positiva, uma ação por parte dos poderes públicos (*obrigações positivas de solidariedade*).

Os direitos económicos, sociais e culturais têm por pano de fundo a pertença do indivíduo qua tale quer a uma categoria geral e abrangente dos Seres humanos, todos iguais em dignidade, quer a categorias mais restritas que correspondem às clivagens económicas ou sociais existentes na sociedade.

É por esta lógica que surge a ideia de proteção das minorias. Estas definem-se pela sua cultura – *conjunto de costumes ou leis positivamente adotadas pelas diversas pessoas ou grupos que desenvolvem laços entre si ou entre as que ditam ou editam uma pertença comum.*

Uma pessoa pode constituir, por si só, uma minoria, na estreita medida em que o seu sistema de valores difira do das outras pessoas.

Quatro grupos de minorias: nacionais, étnicas, linguísticas e religiosas. Ainda que haja uma potencialidade de reconduzir ao conceito de minoria uma grande variedade de situações.

A favor das minorias estão hoje tipificados delitos de discriminação em virtude da ocorrência de distinções ilegítimas entre pessoas (art. 13.º/2 CRP). Não há, porém, uma tutela específica, na ordem jurídica portuguesa – há uma *tutela constitucional geral* dos direitos e liberdades jusfundamentais.

Não obstante, desenvolveram-se paralelamente certos direitos de personalidade que vão para além da proibição de discriminação em razão dos aspetos enunciados no art. 13.º CRP. Quer se reconduzam ou não às minorias, há que assegurar o respeito, por exemplo, ao direito à privacidade, à intimidade, à religião (liberdade de religião), à associação (liberdade de associação), à liberdade geral de ação (desenvolvimento da personalidade).

São direitos e liberdades que derivam da dignidade da pessoa humana, que deixou de ser vista apenas como fundamento, para ser vista como regra autónoma dotada de valor constitucional (art. 1.º CRP). Daí que todos os poderes públicos, *inclusive* o poder legislativo, tenham de garantir e respeitar essa dignidade.

O Tribunal Constitucional Federal alemão foi mais além: declarou que o princípio da dignidade da pessoa humana detém valor supraconstitucional, impondo-se, assim, ao próprio poder constituinte, ou seja, ao próprio povo alemão.

Desta(s) visão/ões resulta a cidadania não como mero estatuto mas antes como um *poder de ação*.

Na esteira de Ronald Dworkin, os direitos fundamentais são elevados, na *teoria dos direitos*, a *norma fundamental* do sistema jurídico. Ditam a invalidade das normas jurídicas que os contradigam. A teoria, assim exposta, assenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade preferente (valores supremos do ordenamento jurídico).

2. A experiência histórica

Os direitos fundamentais sofrem historicamente, na Europa, uma visão mais *estatista*, podendo apontar-se como reflexos disso mesmo os casos de Alemanha e França. Na Alemanha, com a derrota da Constituição aprovada em 1848, os direitos foram garantidos através do Estado, mas não contra o Estado, ou seja, historicamente não se reconheceram direitos naturais ao indivíduo anteriores ao Estado. Quanto a França, até à celebre decisão do Conselho Constitucional de 1971 em que arguiu o efeito direto dos direitos fundamentais, assim prevalecendo sobre a maioria parlamentar, os direitos foram garantidos através da lei, mas não contra a lei.

É uma conceção do direito centrada no Estado que afirma que quem reclame uma proteção dos direitos contra o parlamento vai encontrá-la no poder executivo e não, como nos Estados Unidos, na ideia da existência de direitos originariamente pré-constitucionais, garantidos através da constituição e do poder judicial. O poder do Texto Fundamental, bem como da lei ordinária, é já, e não mais do que esse, o de garante positivo dos direitos e liberdades.

Na Europa, a partir dos anos 20, e sobretudo com a Segunda Guerra Mundial, começou a cair a ideia do *Estado legislativo parlamentar como protetor natural dos direitos e liberdades jusfundamentais, bem como a teoria da vontade da maioria assimilada à vontade geral. O indivíduo é, agora, titular de direitos e deveres fundamentais, ponto de imputação autónomo do funcionamento do moderno Estado de Direito democrático e constitucional.*

No após-Segunda Guerra, olha-se para os direitos fundamentais, *maxime* para a sua positivação como um ato de desconfiança para com o legislador.

Quanto ao direito constitucional, não é pressuposto dos direitos fundamentais, mas antes *resultado da afirmação dos direitos individuais*. Se atentarmos para a realidade dos factos, no século XVII, em Inglaterra, sucedeu uma fundamentalização dos direitos individuais, mas nos Estados Unidos, diferentemente, no século XVIII observou-se a constitucionalização desses direitos. *Gomes Canotilho fala numa fase de positivação, que corresponde à incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos (...). Mas “não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito – as normas constitucionais.”*

3. O contexto português

- a. *intervencionismo da Constituição autoritária e corporativa de 1933*
- b. a par dos direitos individuais, pessoais, civis e políticos, a CRP acrescenta os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e um catálogo de direitos económicos, sociais e culturais (são aspetos que a CRP incorpora a mais, face às constituições dos períodos antecedentes).

A existência de direitos pessoais e civis, inerentes ao estatuto de cidadania, deve ser vista como um trabalho comum europeu. Inscreve-se no quadro da tradição de um poder constituinte no sentido que lhe dá Sieyès, unilateral, indisponível e tendencialmente absoluto, como projeto e documento fundador da sociedade civil, republicana e democrática.

O centro espiritual da constituição, o seu núcleo central irreduzível, radica no catálogo dos direitos fundamentais.

Novos direitos e liberdades jusfundamentais têm sucessivamente sido descortinados, também pelo trabalho do próprio Tribunal Constitucional, o que faz com que se renove a tradicional dicotomia entre o Estado e a Sociedade. *Transformação das pretensões e expectativas legítimas dos cidadãos em direitos* (teses de Luhmann e Habermas) – proteção do ambiente, direito de livre decisão sobre a interrupção voluntária da gravidez, liberdade de imprensa, identidade cultural local (Barrancos, por exemplo), homossexualidade, transsexualidade, não fumadores, etc.

A expressão direitos fundamentais tem origem na Constituição alemã aprovada na Igreja de S. Paulo em Frankfurt, 1848. *“Fundamentais” destinava-se a sublinhar o caráter de reconhecimento e não da criação de direitos por parte do Estado. O caráter pré-Estatal e de indisponibilidade dos direitos quedava assim estabelecido.*

Periodização dos direitos e liberdades jusfundamentais no quadro jurídico-constitucional português (proposta da Professora):

- período liberal, de 1822 a 1926 – ruturas, avanços e retrocessos. Corresponde à implantação e fraca consolidação entre nós do regime constitucional. Ordenação dos direitos em torno da ideologia liberal clássica:
 - liberdade, segurança e propriedade.
 - Um lugar à parte deverá ser concedido ao constitucionalismo republicano ao propor, pela primeira vez, uma cláusula aberta de direitos fundamentais, acrescida de uma garantia jurisdicional pelo estabelecimento de um direito de controle jurisdicional difuso por parte dos tribunais. Nesse período, os direitos fundamentais não são ainda vistos como princípios gerais objetivos da ordem jurídico-constitucional, acentuando-se, preferentemente, o seu aspeto ajurídico e assistemático, ou seja, político.
- Período de retrocesso autoritário, desde o golpe militar de 28 de maio de 1926 até ao termo da vigência da Constituição de 1933 – ultrapassagem do Estado liberal em favor de um Estado corporativo, autoritário e interventor, de acentuado cunho estatal. Existem agora, não apenas os clássicos direitos liberais (pessoais, civis e políticos), mas ainda um catálogo de direitos económicos e sociais, fruto da ideologia corporativista e intervencionista do Estado Novo.
 - No que concerne aos direitos liberais, concebe-se pela primeira vez o conceito de “limitação”, pelo recurso a uma regulamentação legal.

- Eram, na prática, direitos “tolerados” pelo Estado (*rectius*, direitos subjetivos públicos), já que não eram desenhados como pré-estatais ou pré-constitucionais.
- Constitucionalismo nominal, ou semântico.
- O indivíduo é absorvido no coletivo.
- Um terceiro período inicia-se com a Revolução de 25 de Abril de 1974 e institucionaliza-se com a aprovação, a 2 de abril, da C1976. Os direitos fundamentais compreendem, agora, não só os direitos, liberdades e garantias clássicos, como também os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, a que se acrescenta os direitos económicos, sociais e culturais.
 - É reintroduzida a cláusula aberta dos direitos fundamentais da C1911, e uma referência expressa, sob a forma de receção, de normas de direito internacional e, particularmente, da DUDH.
 - Fruto do labor do Tribunal Constitucional, os direitos fundamentais são vistos como parte integrante de um sistema de valores, objetivo e plural, que deve ser respeitado e, se possível, otimizado.
 - O Tribunal Constitucional procede a uma interpretação, intensiva e extensiva, do catálogo dos direitos fundamentais, erigindo-se em órgão central do Estado de Direito democrático. Procede à criação de novos direitos fundamentais, consolida a consciência democrática dos cidadãos e o Estado constitucional.
 - Socorre-se:
 - Das cláusulas gerais da dignidade da pessoa humana; Estado de Direito democrático; princípio geral de igualdade; direito ao desenvolvimento da personalidade; eficácia direta dos direitos, liberdades e garantias; estabelecimento de uma proteção jurídica e jurisdicional sem lacunas.

4. O sentido na Constituição de 1976

Caráter duplo dos direitos fundamentais - acentuar quer os seus aspetos individuais, quer os seus aspetos institucionais ou coletivos. A C1976, neste sentido, não foge à regra.

Aspeto individual – “*direitos da pessoa*”, que podem não apenas assistir a indivíduos singulares, mas também a “*grupos*” (*coligações, associações, sindicatos, etc.*- “instituições-pessoas”).

O primeiro dado a reter na Constituição de 1976 é o facto de esta estabelecer, pela primeira vez, o “*primado dos direitos sobre a lei*”. Vale aqui a afirmação de Herbert Kruger: “antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje as leis ó valem no âmbito dos direitos fundamentais” estabelecidos na Constituição.

Os direitos fundamentais não são meras “*concessões do Estado*” (...). Pelo contrário, os direitos, liberdades e garantias são agora diretamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas (art. 18.º, nº1 CRP), incluindo os poderes

legislativo, executivo e judicial, que devem dirigir a sua atuação conforme aos direitos fundamentais. O seu fundamento não é mais o princípio da legalidade, mas o princípio da constitucionalidade.

Dupla natureza dos direitos e liberdades jusfundamentais – os direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de Direito. Transformam-se, assim, em “preceitos negativos de competência”.

Como refere Hesse, o decisivo nesta “conceção ampla dos direitos fundamentais” foi a recusa da sua interpretação formal até então dominante e a mudança para uma noção material que compreende a sua “dimensão jurídico-objetiva”.

O critério da aplicabilidade direta do art. 18.º, nº 1 da CRP significa ainda que estes se encontram dotados de “densidade suficiente” para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei (o que não é o mesmo que afirmar que a mediação legislativa se mostra desnecessária ou irrelevante).

No regime geral dos direitos fundamentais, são fundamentais dois princípios que lhes estão incorporados pela Constituição: princípio da universalidade e princípio da autonomia. De acordo com o primeiro, a Constituição afirma que toda a pessoa pelo facto de o ser possui direitos determinados. Todos os indivíduos, nacionais e estrangeiros, e ainda pessoas coletivas, “gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição” (art. 12.º CRP). No que concerne ao segundo, valem aqui as considerações acima expendidas como princípios “co-originaários”. A ideia de “indivíduo” corresponde hoje não ao valor (individualista) da independência, mas ao valor (humanista) da autonomia onde se inclui, por definição, a relação com os outros, isto é, a “sociabilidade”.

As pessoas coletivas também podem dispor de direitos fundamentais consagrados na Constituição (art. 12.º, nº 2 da CRP). O conceito de “pessoa coletiva” a que se faz referência é mais amplo do que o conceito utilizado no direito privado, podendo ser genericamente definido como todo o grupo de pessoas ou organizações às quais o direito privado, ou ainda o direito público, concede personalidade e capacidade jurídicas.

Existe ainda uma outra questão que deverá ser equacionada: a da estrutura do direito e da correspondente reconstrução teórico-dogmática. (...) Trata-se, sucintamente, da solução da questão da “divergência” ou da “convergência” entre a “margem de ação do legislador” e o “direito judicial de controle”. No que concerne à C1976, esta compreende diversas dimensões de conformação e tutela dos direitos e liberdades jusfundamentais. Se o Estado liberal pôde contentar-se com uma mera “função defensiva” dos direitos, pelo contrário, o Estado interventor, no campo económico e social, orienta-se hoje no sentido de uma “efetividade de gozo” desses mesmos direitos e liberdades jusfundamentais. (...) Traduz-se numa “ampliação do raio de ação das garantias dos direitos fundamentais” (...). No limite, a mudança de um

“sistema liberal de individualismo possessivo” para um “sistema liberal social-integrativo”.

CAPÍTULO II – Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais

1. Direitos Fundamentais e Constituição

Os Estados da Antiguidade e da Idade Média possuíam também uma “constituição” no sentido de um “estatuto” definidor da unidade e ordenação dos respetivos poderes (Aristóteles: “estatuto de ordenação dos poderes do Estado”). Toda a comunidade dotada de um mínimo de um mínimo de organização política (como observava Jellinek, sem constituição não há Estado, dando lugar à anarquia). Constituição como “ordem do bem comum”.

Mais tarde, no chamado início do “constitucionalismo”, surge o conceito racional de constituição como “ordem jurídica fundamental do Estado”. No século XVIII, a constituição apresenta-se como base e fundamento do governo. Modelo direto para toda a atividade público-estadual.

Declaração de Direitos da Virgínia, 1776: We conceive that a constitution in its proper idea intends a system of principles of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part.

Fica assim determinada uma “vinculação direta dos direitos fundamentais à ideia de constituição”, o que conduz a inscrever o catálogo dos direitos ou “fora” da constituição, sob a forma de uma “declaração”, ou como prómio do texto constitucional.

Na Europa, a passagem das chamadas “constituições negativas”, que delimitam o poder do monarca, mas que não garantem a proteção dos direitos individuais, às chamadas “constituições positivas”, marca o nascimento da constituição em sentido moderno tal como proclama o art. 16.º DDHC.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, por um concreto e objetivo “sistema de valores”.

Como recorda Huber, com o conceito de constituição escrita surge também a ideia da fixação de um conteúdo que deverá ser preservado. Altera-se o conceito de constituição, de um estado de poder para uma ordem jurídica, com o objetivo de racionalizar, limitar e dividir o poder no Estado.

A constituição não é mais a constituição do Estado, mas a “constituição do Estado e da Sociedade”: a “ordem jurídica fundamental da comunidade”. Não se procura unicamente organizar o poder político e prescrever-lhe um determinado modo de atuação [e nesse sentido deixa de ser o texto constitucional de tipo meramente

descritivo]. Pretende-se, antes de mais, estruturar o próprio “corpo social”, a “boa sociedade” de que fala Rawls.

A constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. Surge a ideia de supremacia da constituição face ao restante ordenamento, a ideia de uma lei utilizada como critério de legitimidade e/ou ilegitimidade face às demais leis e atos jurídico-públicos. A constituição atribui-se a si própria a primazia, rompendo com a regra tradicional segundo a qual lex posterior derogat legi priori.

2. A ideia de limitação

A uma conceção estática e reducionista de “constituição” e “constitucionalismo” responde um conceito constitucional: o papel que concerne aos tribunais, maxime aos tribunais de justiça constitucional, num argumento em favor da expansão do seu poder. Afirma Dworkin que, no processo de interpretação construtiva, devem os tribunais partir de um conceito coerente de ordem jurídica tomado no conjunto, um conceito que tenha em consideração a relação entre o “autogoverno democrático”, de um lado, e o “Império das Leis”, do outro. Os tribunais – não o processo político – seriam, segundo Dworkin, um “fórum de princípios”.

O sentido atual da função “limitadora” da constituição não pode deixar de ser trazido pelo “direito judicial de controle” das leis e dos demais atos jurídico-públicos. Tudo isto se traduz num alargamento e extensão da função dos direitos fundamentais numa ordem jurídica individual e concreta.

Todas as normas jurídico-constitucionais encontram-se no mesmo plano, não existindo nenhuma questão de supra e infra-ordenação, antes de “harmonização” ou de “conciliação” de direitos fundamentais tutelados por normas constitucionais de idêntico estalão no quadro do princípio da unidade da Constituição. Excetuam-se os direitos, liberdades e garantias e os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais que gozam de valor supra-constitucional, impondo-se a esse título ao próprio poder constituinte, ainda que derivado (art. 288.º, als. d) e e) CRP).

Quanto à esquematização dos direitos fundamentais, o ponto de partida foi a sua ligação ao estatuto de cidadania, pelo que estes se apresentavam, basicamente, como direitos dos cidadãos face a nacionais de outros Estados. Mais tarde, na viragem do século XIX para o século XX, Georg Jellinek propôs uma outra classificação, essencialmente ordenada em função do “status” (“estatuto” ou “estado” do particular face ao poder do Estado). Os direitos derivam desse status particular do cidadão, um status que a autoridade pública se encontra obrigada a reconhecer e a proteger:

- “Status passivo” – submissão do indivíduo ao Estado;
- “Status negativo” – “direitos” a ações negativas face ao Estado, acompanhadas de uma pretensão de “reconhecimento”;
- “Status positivo” – “direitos” concretos e positivamente determinados, “dever de proteção” do Estado;

- “Status ativo” – *posição dos “direitos face aos órgãos de poder instituído”, “status” em que o cidadão exerce a sua liberdade no e através do Estado.*

Com base nesta intelecção, Carl Schmitt individualizará, mais tarde, uma outra tipologia, que discrimina entre “direitos absolutos” e “direitos relativos”. Os primeiros, afirma, são dotados de uma “estrutura lógico-jurídica”, o que os leva a ser compreendidos como “reservas” apostas ao legislador, numa conceção subjetivista e defensiva desses direitos e liberdades no seu conjunto.

No século XX, com a afirmação do princípio da “supremacia da Constituição”, o legislador passa a estar vinculado aos direitos fundamentais. Isto levou a uma subida de estalão dos direitos de defesa na hierarquia da ordem jurídica enquanto os direitos positivos e, entre estes, os direitos fundamentais sociais, viram a sua posição inalterada, continuando a encontrar o seu “fundamento” e “medida” na lei. (Direitos de defesa – proteção de nível constitucional; direitos sociais – proteção meramente legal. Certos autores reduzem a força jurídica dos direitos fundamentais sociais, ainda hoje, a simples “direitos de medida”, afirmando que estes só podem ser garantidos através de medidas legislativas).

No post-Segunda Guerra Mundial, tem lugar a discussão em torno do novo contexto constitucional dos direitos fundamentais, designadamente o seu “conceito”, “estrutura”, “essência” e “função”, bem como sobre a “validade” e “força jurídica” dos mesmos.

Gerou controvérsia, no final dos anos 50 do século passado, a conceção dos direitos como informando e enformando uma “ordem” ou “sistema de valores”, concreta e objetiva. Ideia do recurso a um “sistema de valores” como corretivo do direito positivo – sempre discutível num sistema democrático e pluralista – é hoje prática corrente nos tribunais de justiça constitucional.

É neste sentido que são as constituições do pós-Segunda Guerra constitutivas e não meramente descritivas. Este caráter “constitutivo” do direito vem de igual modo realçado, na Alemanha, por Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, quando referem que a “moral” e os princípios de “direito natural” foram “recebidos”, “incorporados”, “positivados” nos modernos textos constitucionais. (Só assim se explica, de resto, a viragem de 180 graus do Conselho Constitucional francês, após 1971: de órgão primordial de defesa dos poderes do Estado a órgão de defesa dos direitos do cidadão no Estado [decisão sobre o direito de associação]).

Esta conceção de constituição não se baseia, em primeira linha, nos princípios de “justiça” ou “direito natural”, antes se funda numa conceção de “pessoa” e de “cooperação institucional”. Teoria de Peter Häberle: reivindica para a interpretação da constituição uma “teoria da constituição sem direito natural”, tentando por a interpretação a coberto de quaisquer tentações dogmáticas ou atitudes hermenêuticas que possam fazer perigar as exigências políticas de pluralismo e de democraticidade. Reclama para a constituição uma interpretação “aberta” e “pluralista”, concebendo a interpretação como “instância crítica”, aberta a novas posições e inovações, que se

revele como processo dinâmico, assente em “alternativas práticas” e num “pensamento de possibilidades”, que permita a abertura da interpretação em direção ao “princípio da esperança”, de modo a permitir que quaisquer ideias ou tendências possam vir a tornar-se maioritárias. Os direitos fundamentais seriam o veículo e o manancial desses inovações e alternativas. O essencial da constituição não estaria numa certa conceção material do homem, mas na construção de uma vida social e política como “processo indefinidamente aberto”.

3. A abertura do catálogo dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgem como “reação” às ameaças fundamentais que circundam o homem (“direitos do homem”) e o cidadão (“direitos civis”).

Variam tanto no “espaço” (isto é, segundo o Estado constitucional) como no “tempo” (isto é, segundo o período histórico) no que concerne à “distribuição de papéis” no seu desenvolvimento jurídico. Dependem do contexto histórico-social em que se movem. Daí a origem da expressão “proteção dinâmica dos direitos fundamentais” (TCF Alemão – tutela flexível, móvel e aberta desses direitos no seu conjunto).

Na Alemanha, Häberle refere uma “realização cooperativa” dos direitos fundamentais. Esta pressupõe a existência de um “espaço público” comum e um modelo politicamente organizado de sociedade “no qual cada homem livre se possa incorporar”. “Conceção” e “autocompreensão” abrangentes que tenha em conta o “sistema de correlações” e “condicionamentos recíprocos” entre os aspetos individuais e sociais desses direitos em contextos “supra-individuais”. Os direitos fundamentais deixam de ser vistos como “reservas” contrapostas ao Estado para passar a ser compreendidos e inteligidos numa “relação unificadora”. A esta transformação na conceção dos direitos fundamentais liga-se a criação de “conceitos chave de direito constitucional”, onde se incluíam princípios como os da proporcionalidade, reserva de possibilidade, aplicabilidade direta, efeitos em relação a terceiros, etc.

Mas, se na Alemanha essa “construção” se generalizou para todos os direitos fundamentais, nos Estados Unidos, pelo contrário, operou-se uma distinção quase que absoluta entre os direitos de conteúdo patrimonial e os direitos de carácter pessoal. Assim, apenas um “interesse público extraordinário” ou “relevante” (compelling state interest) poderia justificar uma restrição a esses direitos e liberdades jusfundamentais.

É assim que em Griswold v. Connecticut, o Tribunal Supremo, nos EUA, reconhece, pela primeira vez, com força constitucional, o “direito à privacidade” para além dos seus aspetos negativos de proteção do domicílio ou da integridade física pessoais [começam a desenvolver-se os chamados direitos de personalidade, privacidade, intimidade e autonomia – direitos de 3ª geração, segundo Norberto Bobbio].

Reconhecimento aberto dos valores de “autonomia pessoal”, autêntica “revolução constitucional”.

A partir de 1973, com Roe v. Wade, a decisão que despenalizou a IVG em determinados casos, a utilização do substantive due process foi-se progressivamente ampliando, estendendo-se à quase totalidade das cláusulas constitucionais, abandonando o campo limitado dos direitos económicos e sociais.

No que concerne à jurisprudência do TCF Alemão, vem considerando não apenas o conjunto dos direitos fundamentais como constituindo uma “ordem de valores” ou “sistema de valores”, como ainda os direitos fundamentais, tomados individualmente, um a um, constituem “decisões de valor”. Esta assimilação dos “direitos fundamentais” a “valores constitucionais” constitui em si “o verdadeiro problema da justiça constitucional”.

Quanto a estes direitos de personalidade e autonomia pessoal, uns limitam-se a afirmar que têm origem na constituição, nas palavras do documento; outros limitam-se a observar que a fonte desses direitos, exceto quando se encontrem previstos no texto escrito, não decorre da constituição, mas da vontade do povo, que se torna vinculante para a sociedade; mas há também aqueles que buscam a fonte desses direitos numa lei superior à constituição (direitos inalienáveis, “derivam do Criador, não de um presidente, de um legislador ou de um tribunal” – juiz norte-americano Douglas, que, em sede do acórdão Griswold, escreveu também que “o direito à propriedade se compreendia nas penumbras do Bill of Rights”. São direitos fundamentais caracterizados como “normas estruturais” ou “disposições incapacitantes”, autónomos perante a lei).

Deste modo, o Estado acumula simultaneamente a função de limite, protetor e impulsionador da “realização” dos direitos fundamentais, o que pode parecer um paradoxo (assim o revelaram Hesse ou Denninger).

Enfim: as normas “abertas” da constituição deixam de poder identificar-se com “programas condicionais” para se projetarem na atividade jurisprudencial, que realizaria assim uma espécie de concretização normativa positivadora de normas que se substituiria ao legislador. Os direitos fundamentais adquirem uma vis expansiva, não apenas juridicamente, mas também ético-socialmente. Em consequência, perdem as constituições a sua esfera decisória “limitada”. Não mais e apenas a limitação e coordenação das liberdades individuais como conteúdo – e a sua limitação exclusiva à esfera do Estado -, antes a delimitação e realização de tarefas de bem-estar social.

4. A proteção jurídica sem lacunas

Desenvolveu-se, na Alemanha, uma conceção dos direitos fundamentais como “garantias de procedimento”: a “garantia” e “realização” dos direitos fundamentais através de normas de “organização” e “procedimento”, que compreenderia o direito a uma “tutela jurídica”, “efetiva” e “adequada” desses direitos e pretensões no seu conjunto através da administração e do poder judicial. Entre nós: direito de informação e proteção jurídicas e o direito à tutela jurisdicional (art. 20.º, nº 1 CRP), direito à tutela

graciosa (arts. 23.º e 52.º, nº 1 CRP), direito à responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas (art. 22.º CRP).

O Tribunal Constitucional, em determinadas decisões, tem vindo a pugnar pela extensão da “garantia constitucional” do “duplo grau de jurisdição” à “tutela jurisdicional dos direitos fundamentais” que integram a categoria dos “direitos, liberdades e garantias”, mesmo para além da área do direito penal. A justificação ofertada consiste na circunstância de não existir entre nós um “recurso direto de constitucionalidade”. Essa extensão de uma tutela “estrita” e “rigorosa” dos direitos fundamentais, não apenas ao direito subjetivo qua tale, mas ainda ao “círculo de situações juridicamente protegidas”, traduz não apenas numa forte limitação da liberdade política do legislador como ostenta, inclusiva, uma outra dimensão: a de que os direitos fundamentais se concebem hoje muito mais como uma “questão de justiça” do que como uma “questão política”.

Esta “proteção jurídica sem lacunas” deve ser entendida, em primeira linha, como um “direito de acesso aos tribunais”, mediante um processo “justo” e “equitativo”, art. 20.º, nº 4 CRP (Gomes Canotilho) e uma “justiça eficaz” e “temporalmente adequada”, art. 20.º, nº 5 CRP.

A partir da Revisão Constitucional de 1997, que dá uma nova redação ao disposto no nº 4 do art. 268.º CRP, qualificado já pelo Tribunal Constitucional como um “direito análogo” aos direitos, liberdades e garantias, ex vi do disposto na cláusula do art. 17.º CRP, consagra-se definitivamente a eliminação da chamada “cláusula do princípio da tipicidade” das formas processuais do contencioso administrativo. Esta é acompanhada da relativização do princípio tradicional da “decisão prévia”, pelo que, de igual modo, se pode falar, entre nós, de uma “proteção jurídica sem lacunas”, no que concerne aos direitos e liberdades jusfundamentais.

A proteção jurídica dos direitos e liberdades fundamentais é agora uma proteção constitucional. Assim o exige o princípio do Estado de Direito democrático (art. 2.º CRP). Assim, no que concerne aos direitos fundamentais, a Constituição ordena uma “obrigação de tutela” ou “dever de proteção” a cargo dos poderes públicos, de um lado (configura os direitos fundamentais como “fins da atividade público-estadual na qual se compreendem as condições de exercício desses direitos e liberdades jusfundamentais), e a “realização” dos direitos fundamentais através de normas de “organização” e “procedimento” que façam jus a esses direitos, do outro.

CAPÍTULO III – Teoria geral dos direitos fundamentais

1. Necessidade e possibilidade de uma teoria geral objetiva dos direitos fundamentais

A teoria oitocentista alemã dos “direitos subjetivos públicos” reduziria a garantia desses direitos e liberdades a uma “reserva de lei”, negando-lhes, conseqüentemente, a sua garantia constitucional. A partir de 1945, porém, dá-se na Europa uma “aproximação” das legislações e a correspondente “harmonização” de conceitos no domínio dos direitos fundamentais (impulsionada por tratados internacionais que garantem um grau idêntico de proteção jurídica). Não obstante, notou-se uma “ambivalência” no que concerne às concepções constitucionais de direitos fundamentais. Daí a necessidade e possibilidade de se pugnar por uma teoria geral objetiva desses direitos e liberdades no seu conjunto, “construída com base numa constituição positiva”, e “não apenas uma teoria dos direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico”, e dentro de uma “teoria do direito praxeologicamente orientada” (Gomes Canotilho).

“Compreensão alargada” dos direitos fundamentais. Os direitos, não os poderes, formam a “base da autoridade” (basis and foundation of government). Mas devem, contudo, ser interpretados e inteligidos no respeito pelas outras partes da Constituição, aí compreendidos os poderes públicos (princípio da concordância prática, Konrad Hesse. A interpretação dos direitos fundamentais não permite o contrapeso de direitos face ao poder, a restrição de um direito pela reivindicação de poderes dados, salvo no caso de assim o estabelecer a própria Constituição).

“Sistema coerente de direitos”, de acordo com a constituição positiva, assente numa concepção “política” de “pessoa” como ser livre e autónomo, independente dos poderes públicos. Pressupõe um catálogo de direitos fundamentais. Não significa a “criação” de direitos pela constituição, mas o “reconhecimento” da respetiva existência, que corresponde à existência do homem. “Fundamentais” ainda porque não se fundam em atos legislativos, mas na natureza do homem no momento do seu nascimento. Por isso se encontram subtraídos a todo o ato do Estado ou de legislação. O Estado não pode subtraí-los ao cidadão, nem este pode “renunciar” a estes.

2. Objeto e funções

O princípio fundamental da ordem jurídica dos direitos fundamentais é o da prevalência dos direitos fundamentais sobre os deveres fundamentais. Os deveres não se encontram ao mesmo nível que os direitos, se assim não fosse, estaríamos então em presença de um sistema totalitário, ou, no mínimo, autoritário, isto é, um regime “não constitucional”. Os deveres apresentam-se, antes, como limites dos direitos fundamentais.

Fala-se hoje na “multifuncionalidade” dos direitos fundamentais (diferentes elementos, funções, dimensões desses direitos e liberdades no seu conjunto). A “multiplicidade” dos direitos fundamentais traz problemas à teoria constitucional. Antes de mais, é a questão da “eficácia horizontal”, o problema da sua “vis expansiva”. Mas é também o significado desses direitos e liberdades como “tarefas constitucionais” no quadro da “determinação constitucional dos fins do Estado”. Tudo isto postula uma

vinculação dos direitos fundamentais a normas de “organização” e “procedimento”, reguladas positivamente, ou, na expressão feliz de Häberle, um “status activus processualis” que faça jus a esses direitos e liberdades no seu conjunto.

Neste quadro surge a classificação dos direitos fundamentais em direitos objetivos e direitos subjetivos. Os direitos fundamentais como “normas jurídicas objetivas” encontram-se determinados na constituição. Apresentam-se como “princípios primários de direito objetivo”, de conteúdo imperativo e vinculação jurídica estrita. A constituição determina hoje a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, nº 1) – “dever”, no que concerne aos órgãos de aplicação, independentemente da necessidade de uma interpositio legislatoris; negação do princípio programático na interpretação e concretização desses direitos no seu conjunto.

Os direitos fundamentais podem ser vistos ainda como “princípios fundamentais diretivos da ordem jurídico-constitucional”, princípios primários de direito objetivo ou normas-princípios do ordenamento jurídico-constitucional (Alexy; mais tarde, Dworkin com a “teoria dos princípios”).

Só que os direitos fundamentais apresentam-se ainda como “direitos subjetivos” a partir da sua determinação objetiva no texto constitucional, na medida em que representam poderes de vontade (Savigny), por um lado, e, por outro, um “interesse individual juridicamente protegido”, ou um “interesse subjetivamente valorado em termos de fins humanos” (Rudolf v. Jhering). Esta dupla dimensão do conceito de direito fundamental subjetivo compreende uma liberdade de ação, positiva e negativa, de facere e de non facere.

Perante este quadro, a doutrina tem vindo a individualizar, basicamente, dois “tipos” de direitos subjetivos:

- *Direitos de defesa (proteção de posições jurídicas subjetivas que se compreendem na determinação dos direitos e liberdades jusfundamentais. Defesa contra intervenções do poder público e, particularmente, do Estado). Jellinek definiu a liberdade como conceito nuclear do “status negativo”: “toda a liberdade apresenta-se, pura e simplesmente, como uma liberdade face a uma coação ilegal”. Liberdade como poder de autodeterminação, de determinar a si próprio o conteúdo da sua ação. Mas ao sentido negativo dos direitos de defesa deve acrescentar-se hoje um significado positivo não menos importante: o de que a pessoa faça uso dessa liberdade. Liberdade entendida como “liberdade de ação”, que se encontra no cerne da transformação dos direitos fundamentais em preceitos negativos de competência – as competências legislativas, administrativas e judiciais encontrariam o seu limite nos direitos fundamentais (exemplo: art. 26.º, nº 1 CRP – o TCF Alemão retira do direito ao livre desenvolvimento da personalidade uma liberdade geral de ação e um direito geral ao respeito da personalidade);*
- *Direitos “a prestações”, fundamentalmente a cargo do Estado.*

Face a esta tipologia, a CRP ordena positivamente uma tarefa de “concretização” e “otimização”. As normas constitucionais reconhecedoras de direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos, mas ainda princípios objetivos básicos da ordem democrática e constitucional do Estado de Direito.

Os direitos são vistos como “trunfos” (Dworkin) de um jogo no qual os indivíduos apresentam as suas pretensões jurídicas face às supra vantagens que se retiram de uma defesa dos fins coletivos gerais. Dworkin: “segue-se da definição de direito, que os direitos não podem ser trocados pelos fins coletivos gerais”. Esta tese de Dworkin de assimilação dos direitos fundamentais a princípios jurídicos leva à transformação desses direitos em valores fundamentais.

Na prática, significa que os tribunais de justiça, em particular os de justiça constitucional, não fazem destes conglomerados de “princípios” e de “fins” o fundamento de validade de todas as normas jurídicas, antes os utilizam, frequentemente, no exercício do seu poder de interpretação. Princípios deontológicos que se reportam à dignidade da pessoa humana, à solidariedade, à autorrealização e autonomia do indivíduo.

3. Sua inserção no quadro das chamadas “teorias dos direitos fundamentais”

A integração do catálogo dos direitos fundamentais numa “teoria dos direitos fundamentais” terá lugar no início do século XX com as monografias pioneiras de Georg Jellinek.

Nos EUA, o leque de interpretações vai desde as chamadas “teorias representativas”, nas quais se destacam os nomes, entre outros, de Bickel, Ackerman, Tribe, Michelman, e agora também Rawls, orientadas fundamentalmente para o “direito judicial de controle”; as teorias procedimentais como a de John H. Ely, a que se deverá acrescentar a moderna “teoria dos direitos” de Ronald Dworkin.

Na Alemanha, a relevância é dada à “teoria da constituição”, sendo aí de referenciar os trabalhos precursores de Rudolf Smend e Carl Schmitt. O que subsiste hoje da discussão é sobretudo a teoria smendiana dos direitos como “fundamento civil do Estado” e “vocação moral do cidadão”, revelada nos anos 60 por Peter Häberle. Este retoma também a teoria do “status” de Jellinek, acrescentando uma quinta categoria, o “status activus processualis”: postula a ordenação de adequados “meios” e “garantias processuais” para a “defesa” e “proteção jurídica” acrescidas, que se pretende “sem lacunas”, desses direitos e liberdades no seu conjunto. A discussão tem lugar no quadro da acentuação do elemento “garantístico” ou “constitucionalismo strictissimo sensu” que acompanha o surgimento, consolidação e desenvolvimento da “justiça constitucional”.

É, na Alemanha, com o Acórdão Lüth, que irá ter início a “teoria da constituição” como compreendendo uma “ordem” ou “sistema de valores”. A constituição é desde então percebida não apenas como “ordem quadro” para a ação, que o legislador se vê

obrigado a respeitar, mas ainda como base e fundamento de toda a ordem social. Um “sistema de valores” constituído não apenas com base nos “direitos fundamentais”, mas ainda noutros princípios constitucionais como o princípio do “Estado de Direito” ou o princípio do “Estado Social”.

“Preferred freedoms approach” – o governo não pode impor uma concepção particular do “bem comum”, posto que a “pessoa” se afirma como prioritária face aos fins que o Estado se propõe realizar. De acordo com Rawls e também com Dworkin, uma “sociedade justa” não deve tentar cultivar a virtude ou impor aos seus concidadãos “fins particulares”. Deverá, antes, facultar-lhes um esquema de direitos neutral perante os fins, no quadro do qual as pessoas possam prosseguir as suas próprias concepções de “bem comum”, consistente com uma liberdade igual ou semelhante para os outros.

CAPÍTULO IV – O conceito de norma de direito fundamental

1. Norma e formulação de norma de direitos fundamentais

Remissão para a matéria de TNJ: o que é a norma; norma como resultado da interpretação.

A distinção entre “normas constitucionais explícitas” e “normas constitucionais implícitas” – ou entre “direitos enumerados” e “direitos não enumerados” – cai no momento em que se distingue entre “disposição” e “norma” ou entre “norma” e “formulação de norma”. É isso o que Kelsen pretende significar com o conceito de “interpretação autêntica”. É que, sendo esta válida – é feita pelos órgãos chamados a interpretar o direito -, não pode depois ser mais contestada. É uma interpretação vinculante (interpretação institucional, em Alexy e Aarnio).

O aparecimento dos tribunais de justiça constitucional preclui a referência tradicional a normas de “direito costumeiro”, de natureza pré-constitucional, substituindo-a pelo “direito constitucional não escrito”, isto é, “não textualizado”, mas “implícito” no texto a interpretar, e inequivocamente objeto de uma “intenção” e “decisão constituinte”. Se a “disposição” se apresenta como o objeto da interpretação, a “norma” surge como o seu resultado. Ora, se a norma é o resultado da interpretação, deixa a partir daí de haver uma norma “pré-dada” ou “em si”.

2. Direitos enumerados e direitos não enumerados

Os “direitos fundamentais não enumerados” colocam problemas pertinentes ao processo de interpretação constitucional, designadamente a questão da amplitude e “abertura” do “princípio da não tipicidade” e a questão a aplicação a esses direitos do regime constitucionalmente previsto para os direitos fundamentais, designadamente os direitos, liberdades e garantias. Abrangem direitos de qualquer natureza: tanto direitos, liberdades e garantias como direitos económicos, sociais e culturais. Jorge Miranda fala

em “direitos fundamentais em sentido formal” (os enumerados, ou previstos na Constituição) e “direitos fundamentais em sentido material” (também designados “extra-constitucionais”, não enumerados, *vêm especificados pelos órgãos de aplicação, genericamente o poder legislativo e o poder judicial*).

A verdade é que os “direitos não enumerados” podem, de igual modo, ter sido previstos pelo legislador constituinte e, neste caso, são tao direitos constitucionais como os outros. Mas podem não ter sido previstos, e nalguns casos até não queridos, pelo legislador constituinte (esses direitos resultam da “interpretação constitucional”). Se a sua revelação provier de uma interpretação levada a cabo pelo TC, o seu conteúdo integra-se na norma constitucional, não podendo a sua legitimidade ser mais contestada a não ser por uma outra decisão do TC ou por um processo formal de revisão do texto constitucional escrito.

O grau de proteção jurídica atribuído aos “direitos não enumerados” é distinto consoante a sua revelação provenha do poder legislativo ou do poder judicial e, particularmente, do TC. No primeiro caso, a respetiva especificação pode ser modificada pelo legislador comum, já que, no mínimo, a regulamentação dos direitos, liberdades e garantias se compreende no domínio da reserva relativa de competência legislativa da AR. No segundo caso não. A sua modificação só poderá ter lugar ou por intervenção do TC ou por um processo formal de revisão do texto constitucional escrito.

Afirma Gomes Canotilho que, no caso dos “direitos fundamentais extra-constitucionais”, pelo menos os princípios materiais das leis restritivas (art. 18.º, nº 2 e 3 CRP) e o princípio geral de igualdade (art. 13.º CRP) são-lhe aplicáveis. De fora quedariam unicamente o mandato de aplicabilidade direta e a questão da eficácia externa em relação a terceiros (art. 18.º, nº 1 CRP). Tratando-se de “direitos análogos”, isto é, direitos enumerados na constituição, mas fora do catálogo dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito de acesso ao direito (art. 20.º), ser-lhes-á aplicável, na íntegra, o regime dos direitos, liberdades e garantias do disposto no art. 17.º da CRP. No caso de se tratar de “direitos análogos”, mas não enumerados, isto é, “direitos fundamentais extra-constitucionais” na plena aceção do termo, previstos em convenção internacional ou em lei interna, a questão é objeto de outra solução: são em certo sentido leis reforçadas, visto não poderem ser livremente derogadas por outras leis. E no caso dos direitos contidos em convenção internacional beneficiam ainda do “sistema de fiscalização da constitucionalidade”.

Esta conceção defendida por Gomes Canotilho afasta o pressuposto de base da doutrina da constitutional common law: a possibilidade desses direitos poderem ser livremente derogados pelo legislador comum. Situar-se-á, quanto muito, a meio termo entre um processo de “constitucionalização” e um processo de “desconstitucionalização” dos mesmos.

Seja como for, a partir do momento em que o tribunal se pronunciou não existem mais “direitos não enumerados”, mas “direitos constitucionais concretizados”. O tribunal propõe-se, unicamente, demonstrar que já se encontrava implícito no texto a interpretar.

As normas reconhecedoras dos direitos fundamentais pertencem, tal como as restantes, ao direito constitucional escrito, não ao direito constitucional não escrito, posto que o seu fundamento se encontra na constituição. Quanto ao “direito constitucional não escrito”, uma prática teve lugar. Nesse quadro, o juiz pode atribuir a esse facto o significado de uma norma jurídica. E então a regra convencional vem criada não no seguimento de uma misteriosa transformação do facto em direito, mas pela intervenção/operação do juiz que interpreta esse facto. O problema da interpretação constitucional coloca-se unicamente naquilo que não foi já previamente decidido pelo legislador constituinte.

Conclusões: a distinção entre “direitos enumerados” e “direitos não enumerados” não tem sentido. No limite, a questão constitucional decisiva será a de saber “se” e “quando” os tribunais, e em particular os tribunais de justiça constitucional, têm “competência” (: autoridade) para aplicar direitos não enumerados na constituição. A questão, reconhece-se, tem uma outra acuidade em países como os EUA onde não vigora o postulado da “completude textual”, que aponta para uma regulamentação compreensiva de todos os conteúdos jurídico-constitucionais, neles incluídos os direitos fundamentais. Grande parte dos direitos nos EUA pertence à categoria dos “direitos não enumerados”, isto é, direitos não elencados ou listados no texto constitucional.

Na verdade, os direitos existem tanto “dentro” como “fora” do sistema jurídico. No século XIX, os tribunais norte-americanos recorreram à proteção dos “direitos não enumerados” afirmando que estes resultavam “inferidos” da “natureza dos governos livres”. No século XX, o Tribunal Supremo não abandonou essa prática. A atestá-lo está, entre outros, o reconhecimento do “direito à privacidade” (cujo “status constitucional” o Tribunal inferiu a partir de uma variedade de preceitos mais específicos tais como a Emenda IV).

Tudo isto se explica pelo recurso ao direito natural. A invocação da legitimidade da constituição assim o determinava (“We the people”). Os direitos eram reconhecidos para valerem como tais. Depois de reconhecidos pelo Povo, poderiam reivindicar uma dupla existência: a) permanecerem como direitos naturais, que sempre existiram, independentemente de qualquer regime jurídico; b) ou ser-lhes aplicada uma proteção jurídica acrescida, desta feita de natureza constitucional.

Edward S. Corwin: “esses direitos não são fundamentais porque se encontram no instrumento [texto constitucional]; são fundamentais porque o são”.

3. O reconhecimento do “caráter duplo” dos direitos fundamentais

De um ponto de vista substancial, discute-se o perigo de que o excesso de dimensão objetiva dos direitos fundamentais possa fazer perigar as liberdades individuais garantidas na constituição em favor dos direitos fundamentais de conteúdo social-estatal, democráticos e institucionais.

Distinção entre normas que garantem “direitos subjetivos” e normas que estabelecem “deveres subjetivos” quanto aos seus destinatários. O direito subjetivo ostenta uma relação triádica entre um sujeito, um objeto e os seus destinatários. Os direitos apresentam-se como um feixe de posições e relações jurídicas, compreendendo as modalidades deônticas fundamentais: comando, proibição e autorização. Deste modo, a existência de um direito apresenta-se sempre como “fundamento substancial” para a sua realização. Quer dizer, quando o titular do direito goza do poder de agir, o destinatário, face ao sujeito do direito, detém o correspondente dever de não obstaculizar ou impedir essa ação.

A jurisdição constitucional confere caráter objetivo aos direitos fundamentais, transformando-os em “bens jurídicos protegidos”, sem perda da sua individualidade, fixando ao mesmo tempo os “deveres de ação” do Estado. Dentro do sistema jurídico isso significa o crescimento do poder da justiça e um alargamento do espaço de intervenção dos tribunais. Isso traz problemas para os tribunais e, em particular, para a TC. Numa decisão sobre a duração da prisão preventiva, o TCF Alemão obrigou a administração a ordenar os meios necessários de forma a evitar-se uma prisão preventiva excessivamente desproporcionada.

Dignidade da pessoa humana e justiça como “valores fundamentais”. Isso pressupõe, no limite, o reconhecimento de um status activus processualis que permita a todos os cidadãos a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos sem que caiba atribuir a nenhum dos direitos constitucionais implicados um significado puramente declarativo ou programático.

Não o entendeu assim, entre nós, o TC. Na decisão sobre o “sistema de propinas” [Ac. 148/94], a ponderação a que procedeu o Tribunal não conduziu a um direito definitivo de cada candidato a um ensino superior “progressivamente gratuito”, nem a um direito definitivo de cada candidato a um procedimento de seleção que lhe pudesse outorgar uma “oportunidade suficiente”, mas a um “direito colocado sob a reserva do possível”, um direito de “realização gradual”, uma “meta que se quer atingir”. Aos tribunais, afirma-se, falta-lhes a legitimidade política e os instrumentos de base requeridos para a introdução e gestão de políticas de bem-estar social. Mas também aqui a constituição não se mostra inteiramente despicienda. A “dignidade da pessoa humana”, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, a realização e aprofundamento da “democracia participativa”, impõem um direito mais além da lei. Portanto, o programa não deverá ser alternativo, mas cumulativo: uma existência digna do homem em liberdade e uma liberdade através de uma existência condigna do homem.

Quando existe um direito, este mostra-se sempre justiciável. Sucede é que, por vezes, no caso dos direitos de natureza económica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A “reserva do possível”, “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” [expressões do TCF Alemão], não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação. Konrad Hesse fala, a este propósito, de uma “obrigação positiva” de “fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjetivo por parte dos cidadãos”.

Nas palavras do TC [Acórdão 148/94]: “Todo este complexo normativo, que não é meramente programático e contém antes uma vinculação para o legislador ordinário

[o itálico é da Professora], não pode desprender-se de princípios fundamentais consagrados na constituição como seja o empenhamento da República ‘na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’, o objetivo da realização da ‘democracia económica, social e cultural’, as tarefas fundamentais do Estado de promover ‘a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais’ e assegurar ‘o ensino e a valorização permanente’.

Isto decorre, basicamente, do relevo dos direitos fundamentais como normas-princípios objetivos e da competência do TC para a sua concretização.

Enfim: a proteção dos direitos fundamentais vem agora garantida pelos tribunais, e em particular pelos tribunais de justiça constitucional, sendo, portanto, a estes que caberá, em último termo, a delimitação jurídico-funcional e a coordenação dessas esferas de liberdade e pretensão em caso de conflito prático.

Perante este quadro, a relação entre o legislador e o poder judicial sofre uma mutação qualitativa assinalável. Se os direitos fundamentais vêm agora reconhecidos na sua “dupla” função de direitos-liberdades subjetivos e como normas-princípios objetivos, isto é, decisões de valor, que vinculam todos os poderes públicos, incluindo o legislador, logo verifica-se aí uma subida de estalão na respetiva interpretação.

E.-W. Böckenförde: “Ambos, o legislador e o Tribunal Constitucional, levam a cabo uma construção jurídica sob a forma de uma concretização e concorrência recíprocas. *Nessa relação concorrencial, o legislador detém a precedência e o Tribunal Constitucional a primazia.*”

4. O princípio geral de igualdade

Para Kant, o conceito de direito corresponde à organização da liberdade pessoal na sociedade e a sua relação com a liberdade dos outros. Este conceito de dignidade, inerente à pessoa humana, apela para o nosso “status” como agentes racionais, capazes de dirigir as nossas vidas à luz de princípios universais.

Ora, esta visão assenta na ideia de que a igualdade é inerente à dignidade, que por sua vez é inerente à pessoa. O direito serve as pessoas, logo, o direito como a racionalização da sociedade livre (liberdade).

Ao lado do princípio geral de igualdade, a constituição reconhece hoje um grande número de “direitos fundamentais de igualdade”, designadamente o direito de igualdade dos cidadãos na constituição da família (art. 36.º, nº 1 CRP), o direito de igualdade dos cônjuges (art. 36.º, nº 2 CRP), o direito de igualdade dos filhos (art. 36.º, nº 4 CRP), o direito de igualdade de sufrágio (art. 10.º CRP), etc.

Mas a constituição assinala ainda a passagem de um conceito de “igualdade formal”, necessariamente abstrato, a uma “posição de igualdade”, o que implica já uma valoração das condições de vida. Mais: a constituição assinala ainda um conjunto de “discriminações positivas” em favor de determinados “grupos” – órfãos e abandonados

(art. 69.º, nº 2 CRP), jovens trabalhadores (art. 70.º, nº 1), trabalho de mulheres e menores (art. 59.º, nº 2, al. c)), etc.

O princípio geral de igualdade ordena um tratamento igual ou similar na execução de um mesmo ato (igualdade jurídica). A igualdade fáctica/estrutural relaciona-se com as consequências. Aponta, basicamente, para uma “igualdade de resultado”. Neste caso, dada a diferente natureza entre as pessoas ou grupos de pessoas, cujas situações devem ser reguladas para que se produza a igualdade, torna-se necessário que o legislador ordene um tratamento desigual.

Existe na constituição um autêntico “direito fundamental de igualdade”? se se o considerar, aplica-se a regra da eficácia direta dos direitos, liberdades e garantias nas relações com os particulares (art. 18.º, nº 1) e, neste caso, o princípio geral de igualdade pode ser visto como uma garantia acrescida de proteção contra discriminações estruturais.

Nos anos 70, o Tribunal Supremo dos EUA mostrou-se recetivo à ideia de que a Constituição protegia, pelo menos, uma parte do chamado Second Bill of Rights, isto é, os direitos económicos e sociais. O Tribunal declarou que o Estado não poderia discriminar “contra” os pobres. E nalguns casos foi ainda mais longe: declarou que o Estado tinha o “dever afirmativo” de ofertar aos mais pobres os recursos de que estes careciam para o exercício do direito de voto e do direito de acesso à justiça e aos tribunais. Numa palavra, o Tribunal Supremo colocou a eliminação da pobreza e a igualdade como “pré-condição” da “democracia” (“direito a um mínimo de prestações sociais”).

Esta aplicação “progressista” do princípio de igualdade impõe um “dever de tratamento igual” não apenas por parte do Estado, mas ainda por parte de indivíduos e organizações que sejam titulares de poder social.

“Nova” conceção da lei – a “limitação do legislador pelo princípio de igualdade” ou “igualdade na formulação da lei”. Leibholz identificou, pela primeira vez, o “princípio de igualdade” com a “proibição do arbítrio”. Afirmou que o princípio de igualdade não se esgotava unicamente na aplicação da lei, compreendendo ainda a sua formulação. Neste sentido, deveria ser declarada inconstitucional toda a norma que procedesse a uma distinção “arbitrária” entre os cidadãos, isto é, que estabelecesse discriminações que não pudessem ser justificadas pelo objetivo prosseguido pelo legislador.

O princípio geral de igualdade começar a ser visto não apenas como um fim, mas ainda como um “vínculo negativo”, isto é, como limite à atividade legislativa: coerência intrínseca com os fins que a lei se propõe realizar, mas também exigência de não contraditoriedade ou coerência com os fins constitucionais.

Nos EUA, John Hart Ely lança a ideia heterodoxa de que os direitos fundamentais representam essencialmente uma “desconfiança” para com o legislador, sendo possível um controle de racionalidade com base no princípio geral de igualdade. Exigência de igualdade na formulação da lei que transforma o controle de constitucionalidade de mero

“exame formal” num “controle substancial” de normas [de mera “subsunção” para um exame à luz da igualdade].

A isto não obstem as diferentes formas de compreender o princípio geral de igualdade: (1) como “direito”, acentuando a sua aceção “positiva”, mas também “negativa”, como igualdade estritamente formal, (2) como “fundamento principal positivo” de controle da racionalidade e/ou razoabilidade das leis. Aqui o princípio geral da igualdade não opera tanto como “direito” quanto como “critério de controle”, e, (3) ainda, como instrumento ao serviço de uma técnica de construção da “fundamentação” da decisão judicial.

Sobretudo nos dois últimos, é o juiz que fixa o “parâmetro de controle”. É essa a “situação social concreta” com a qual vem confrontado o tratamento previsto pelo legislador, e na qual se encontram outros cidadãos ou grupos de cidadãos como termo de comparação daquele que denuncia a desigualdade – e não a lei tomada abstratamente -, que forma o “tertium comparationis”, isto é, aquilo que o Tribunal Constitucional exige para que se declare a decisão fundada no “princípio da razoabilidade”. Facto -> norma -> tertium comparationis.

O controle da racionalidade vem a operar como “controle interno” das escolhas legislativas no que concerne à coerência e congruência com os fins que o legislador se propõe alcançar e como controle de razoabilidade, isto é, como “controle externo” das escolhas legislativas, tomando por parâmetro uma norma substancial e não já um mecanismo meta-relacional, seja este o princípio geral de igualdade ou outro parâmetro equivalente que possa limitar o âmbito das escolhas legislativas.

Resulta evidente que os tribunais de justiça constitucional estabelecem uma graduação ou diferente intensidade de controle. Nuns casos procedem a um “controle material intensificado”. Noutros casos esse controle não ultrapassa o critério geral da “proibição do arbítrio”. Este último verifica-se, sobretudo, em matéria económica e social. Mas não podem os tribunais, sob pena de “renúncia” à função que lhes foi confiada, deixar de garantir um “controle mínimo de racionalidade” (: exigência de que os objetivos prosseguidos pelo legislador se mostrem “relevantes” e que as distinções introduzidas pela norma se mostrem “pertinentes” em relação ao objetivo visado.

O primeiro dos testes – o “teste de racionalidade” – consiste na utilização de argumentos objetivos e lógicos, que supõem uma relação meios-fim. É irracional algo que pretende ser um meio para alcançar um fim e, na realidade, nada tem a ver com a consecução desse fim. Para que a desigualdade resulte comprovada não basta a constatação dessa desigualdade, terá de existir ainda uma relação positiva entre meios e fins. O juízo será de “adequação” do preceito em causa ao princípio geral de igualdade.

O segundo – o “teste de razoabilidade” – consiste em examinar diretamente as normas promulgadas introdutoras da desigualdade para que se possa, a partir destas, passar à apreciação dos motivos ou razões que se alegam em sua justificação, se estes se encontram ou não em conformidade com os valores constitucionais. Pressupõe a

realização de uma “ponderação” ou “contrapeso” entre o valor da razão ou razões invocadas pelo legislador e o valor ou valores constitucionais implicados.

Ainda assim, o problema da relação entre o juízo de “razoabilidade” e o de “otimização” coloca-se não apenas em face da cláusula de igualdade, mas ainda da ideia do “conteúdo essencial”. O “razoável”, dir-se-á, é aquilo que respeita o “conteúdo essencial” (“núcleo duro” ou “conteúdo mínimo” da autonomia governativa, sem o qual as funções governativa e administrativa quedariam irreconhecíveis).

As medidas de diferenciação do que é, e não, razoável necessitam, porém, de se encontrar materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade. Essas medidas são consideradas legítimas quando se fundem numa distinção objetiva de situações; não violem qualquer dos motivos enunciados no nº 2 do art. 13.º CRP, salvo os casos de discriminações positivas constitucionalmente previstas ou de outras constitucionalmente proibidas; ostentem um fim legítimo segundo a ordem jurídica constitucional positiva; e desde que se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à situação do seu objetivo.

Quando um tribunal de justiça constitucional opta por um método de interpretação teleológico ou finalista, como este “teste de racionalidade”, os valores representam algo mais. Cumprem a função de objetivar a finalidade da legislação ou, por derivação, acabam por dar lugar à criação de interesses constitucionalmente legítimos ou bens constitucionalmente protegidos. Os preceitos constitucionais ao serem interpretados como valores, pela sua objetividade, prestam apoio à função de racionalização do processo político.

“Trabalho” de um tribunal de justiça constitucional: averiguação de que a relação de facto prevista pelo legislador, e suas “prognoses” de solução corporizadas na norma, resultam ou não corretas, no sentido de procurar se foram ou não realmente analisados e buscados por este. Os valores cumprem essa função. Permitem que o tribunal, sem “tocar” nos factos, isto é, independentemente de conflito prático, possa valorar do alcance dos preceitos constitucionais

Este requisito de razoabilidade de que se vem falando não aparece no art. 13.º CRP. A razoabilidade atua ou outorgando uma margem de liberdade de ação à atuação das forças políticas ou conduzindo ao exame dos pressupostos de facto e das consequências implícitas que deram lugar à medida cujo controle se ensaia.

Se a constituição se encontra integrada por elementos que exigem uma qualificação “não neutra” da norma que se contrasta (razoabilidade, justificação objetiva, razão atendível, etc.), é evidente que o recurso ao teste de razoabilidade passa a ser operado a partir de pontos de vista valorativos mais complexos, que vai muito para além da pura constatação obtida a partir de uma dedução estrita do preceito constitucional e, neste caso, “juízo de razoabilidade” e “juízo de constitucionalidade” acabam, em rigor, por coincidir, tanto no seu conteúdo (só o razoável é constitucional) como no seu limite (no quadro da razoabilidade todas as soluções são constitucionalmente válidas, porque objetivamente não arbitrárias).

No limite, o direito constitucional não estaria tanto preocupado em julgar da “racionalidade” e/ou “razoabilidade” do legislador ou da administração quanto com os efeitos sociais das suas decisões.

Entre nós, o TC tem vindo a demonstrar uma contenção no julgamento dos critérios do legislador. Em jurisprudência constante, tem vindo a entender o princípio geral de igualdade, essencialmente, na sua vertente “negativa”, enquanto “proibição do arbítrio”. Não lhe compete, afirma, aferir da motivação ou racionalidade do legislador na sua liberdade política de conformação, substituindo-se-lhe na procura da solução mais “razoável”, mais “justa” ou “ideal”. Mas pode e deve controlar as opções nesse campo tomadas, quando contendam com as garantias especiais de igualdade (cláusulas não-discriminatórias, em que o legislador não poderá considerar-se inteiramente “livre”, antes lhe estando vedadas as distinções “arbitrárias”, isto é, desprovidas de “justificação racional” ou “fundamento material bastante”, atenta a especificidade da situação ou os efeitos em causa).

Ac. 44/84 TC – A “proibição do arbítrio” significa “a proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas à ordem constitucional de valores (...) e à situação fática que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir”.

A partir dos anos 90, todavia, o TC enveredou por uma “nova” formulação do princípio geral de igualdade. Compreende – para lá da proibição do arbítrio – uma “obrigação de diferenciação”. Quer dizer, do princípio geral de igualdade não apenas deriva um dever de tratamento igual, mas ainda um dever de tratamento desigual. Este último determina que o legislador se encontra vinculado ao princípio geral de igualdade no sentido em que não pode tratar arbitrariamente de forma desigual o que é essencialmente igual, nem tratar arbitrariamente como igual o que é essencialmente desigual.

Por esta via, enquanto a proibição do arbítrio se traduz na imposição de uma igualdade de tratamento para situações iguais e na proibição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais, a “obrigação de diferenciação”, ao invés, traduz-se no dever de tratar de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é diferente. A proibição do arbítrio impõe a declaração de ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos, e, designadamente, os enunciados no nº 2 do art. 13.º da CRP. A obrigação de diferenciação, pelo contrário, traduz-se numa forma de compensação que visa contrariar situações de desigualdade relevantes.

Segundo o TC, a obrigação de diferenciação não opera automaticamente, tornando-se necessário integrar ainda a aferição jurídico-constitucional da diferença nos parâmetros finalístico, de razoabilidade e adequação pressupostos pelo princípio geral de igualdade. Numa palavra, o princípio geral de igualdade encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade, que define os limites da atividade do legislador, limites que dependem do objeto e das propriedades da regulação e que variam ainda desde a mera proibição do arbítrio até uma vinculação estrita às exigências de proporcionalidade.

Deve contrastar-se a intensidade da intervenção e o peso das razões que justificam a diferenciação estabelecida. Ora, é aqui que tem lugar a “relação de comparação”: se a intensidade da intervenção é maior do que o peso das razões que a justificam haverá uma violação do princípio geral de igualdade.

“Direito” a uma “igualdade” na aplicação da lei.

Perante este quadro, os direitos fundamentais, e, designadamente, os direitos económicos, sociais e culturais, podem não dizer respeito a todos os indivíduos da mesma forma. Podem dizer respeito, exclusivamente, a quem se encontre numa situação de desvantagem de facto, isto é, os sujeitos mais débeis. Neste sentido, estes direitos exigem não uma igualdade entendida como universalidade, mas uma igualdade de oportunidades. Uma igualdade cuja realização reclama por diferenciações de tratamento justificadas ou impostas à luz do imperativo da superação ou da limitação das desvantagens de facto. No limite, como recorda Dworkin, o que importa é que o cidadão seja tratado com “igual consideração e respeito”, isto é, que lhe seja garantido um tratamento como “igual” e não necessariamente o mesmo tratamento. (prover a uma “igualdade de oportunidades” e não a uma “igualdade de condições”).

Alguns autores, e de forma mais notável John Hart Ely, têm criticado a ideia de que os tribunais possam anular legislação com fundamento na sua irracionalidade, sobretudo no domínio económico. Tomar ou restringir os fins legislativos não é tarefa do poder judicial.

No sentido de interpretar a cláusula do Estado de direito democrático do art. 2.º da CRP como traduzindo a constitucionalização, entre nós, do princípio do Estado Social, há que considerar a criação de “novos” direitos, sobretudo de carácter prestacional, com base exclusiva nessa mesma cláusula. Ora, como se deixou já expresso, os direitos fundamentais, tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais, constroem uma ordem de valores e, nesse sentido, são também direitos positivos. Um por um cada um desses direitos são decisões de valor que informam toda a ordem jurídica, não podendo estabelecer-se aqui, de igual modo, uma “cláusula fechada” no reconhecimento de “novos” direitos impostos pela necessidade de “desenvolvimento” a “aperfeiçoamento” constitucionais.

Entre nós, Gomes Canotilho qualifica a dignidade da pessoa humana de “princípio de defesa das condições mínimas de existência” e de “direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas” com a mesma “densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa”. Esse direito deve ser qualificado de “direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias”, ou, na terminologia alemã, de “direito subjetivo originário a prestações”.

A opinião dominante entre nós, como de resto no espaço euro-atlântico, é a de que o princípio geral de igualdade se esgota na atividade legislativa. Constitui um postulado essencialmente dirigido ao legislador, não sendo possível, na base de uma valoração jurídica da constituição, a intervenção dos órgãos de controle na gestão de uma política social oposta à do legislador. Ao método jurídico, afirma-se, não lhe

corresponderá tanto decidir entre alternativas quanto proceder a uma escolha entre valores constitucionais. Estes possuem uma “vinculação mais forte”, uma força informativa que o juiz não poderá ignorar.

No essencial, trata-se de indagar se o Direito Constitucional – e, em particular, o conceito de “constituição” – detêm relevância no aprofundamento e desenvolvimento do moderno Estado Social.

CAPÍTULO V – A estrutura das normas de direitos fundamentais

1. Sistema aberto e sistema fechado

A luta entre o constitucionalismo e o legalismo torna presente as diferenças profundas de estrutura do “sistema jurídico”. O primeiro implica uma distinção entre regras e princípios como uma diferenciação no interior da classe das normas jurídicas. Esta diferenciação entre “regras” e “princípios” afirma que o conhecimento dos princípios como parte integrante do sistema jurídico se apresenta como um problema de conhecimento da norma e da sua aplicação. Por isso a questão só poderá ser formulada do seguinte modo: ou as normas possuem exclusivamente a estrutura de “regras” ou possuem ainda a estrutura de “princípios”. Em conclusão: a ordem jurídica compõe-se tanto de regras como de princípios jurídicos.

Uma concepção do sistema jurídico que compreenda apenas regras jurídicas surge vinculada ao positivismo jurídico. O modelo puro de regras afirma-se como um sistema fechado por contraposição aos sistemas “abertos” de regras e princípios jurídicos. De acordo com a teoria dos sistemas “abertos”, a ordem jurídica não se justifica mais a si própria. Necessita ainda de uma força categórica, que lhe é dada pelo recurso aos princípios jurídicos.

Esta leitura principialista do sistema ultrapassa pura e simplesmente o texto da lei, reclamando por uma interpretação construtiva. Oferece-se como modelo alternativo ao método clássico “lógico-subsuntivo”. Reclama por uma justificação não apenas interna, mas também externa do raciocínio jurídico prático-geral. Trata-se, em termos breves, de um modelo de coerência ou congruência aplicado ao direito constitucional.

Sob este ponto de vista, os conceitos de “sistema” e “ordem jurídica” não coincidem necessariamente. A concepção de sistema (“aberto”) é mais ampla do que a de ordem jurídica. No processo de interpretação constitucional isso significa que os tribunais devem partir agora, necessariamente, de um conceito de “ordem jurídica”, tomado na sua “globalidade”, um conceito que tenha em conta a relação entre o “autogoverno democrático”, de um lado, e o “Império das Leis”, do outro.

Neste sentido, define Kelsen uma “concepção estática” – o conteúdo das normas em repouso – e outra “dinâmica” de “sistema jurídico”. Mas Kelsen afirma ainda uma segunda tese: a da “proeminência do princípio dinâmico sobre o estático”.

Gomes Canotilho defende uma perspectiva “principlista” do sistema jurídico que se inspira em Dworkin e Alexy. O sistema não compreende apenas regras jurídicas. Pelo contrário, é composto por regras e princípios jurídicos, traduzindo-se estes últimos em “argumentos a favor dos direitos fundamentais”.

A partir daí a tensão entre o constitucionalismo e o legalismo mostra-se tao só aparente: a função básica da constituição é retirar certas decisões da maioria, fazendo do sistema dos direitos fundamentais o critério último de validade de toda a ordem jurídica.

O direito racional articula-se agora com um novo estalão de nível “post-convencional” da consciência jurídico-moral: o de que o direito moderno se encontra dependente de princípios; a positivação do direito necessita de ser fundamentada [pelos princípios].

Direito como integridade – proporcionar ao juiz ou operador jurídico uma conceção coerente e racional da norma que se aplica, construindo um autêntico direito do caso (“case law”). Este “direito dos juizes” deriva a sua autoridade e independência do método científico da fundamentação. Ora, é esta interpretação “baseada em princípios”, ou “principlista” que transfere a soberania do legislador para o intérprete, conduzindo, no limite, a uma partilha de competências entre o legislador e o juiz.

2. O modelo de regras e princípios proposto por Dworkin

Taking Rights Seriously, Ronald Dworkin, 1977. Orientado contra as teorias dominantes do positivismo jurídico. A crítica apoia-se, essencialmente, numa teoria dos princípios jurídicos. Formulada em torno de três teses:

- I. Estrutura e limites do sistema jurídico – o direito não se compõe exclusivamente de regras. Compreende ainda um estrato de princípios.
- II. Em caso de conflito entre duas ou mais regras jurídicas a solução do problema não pode ser encontrada no quadro da ordem jurídica. Não se oferece nenhum parâmetro de decisão. A decisão é tomada recorrendo à discricionariedade do intérprete, e, designadamente, do juiz.
- III. Discricionariedade do juiz em “sentido forte”.

O núcleo fundamental da tese de Dworkin é o de que os direitos fundamentais são formulados independentemente e com anterioridade às regras que os corporizam. A esta parte, os princípios jogam um papel decisivo e absolutamente essencial. A “melhor teoria jurídica” é a que compreende o sistema jurídico como sendo constituído não apenas por regras, mas também por princípios jurídicos. Por “princípio” entende Dworkin todas as medidas, independentemente de se encontrarem ou não corporizadas em regras, que se apresentem como argumentos a favor dos direitos fundamentais.

Dworkin parte para uma segunda distinção, desta feita entre princípios e argumentos finalísticos. Criticada por Neil MacCormick, primeiro, porque os direitos tanto podem vir baseados em normas como em princípios. Assim, existem tanto “direitos

corporizados em normas” como “direitos corporizados em princípios”. Segundo, porque articular um “fim” político é o mesmo que afirmar um “princípio”. Por último, a afirmação de Dworkin de que só existe uma “resposta correta” mostra-se falaciosa. Assenta numa conceção “absolutista” de justiça ou correção dos resultados que deve ser rejeitada.

Só que, neste tipo de argumentação, os princípios, ao contrário das regras jurídicas, não podem ser identificados por uma “regra social de reconhecimento”. Esses princípios derivam da prática judicial ou apresentam-se como direitos que os tribunais e o poder judicial reconhecem no exercício das suas funções. Esses princípios tomados como “práticas judiciais” ou como “direitos” incorporam-se no sistema jurídico ao mesmo título que as regras jurídicas.

Neste contexto, de acordo com Dworkin, as regras apresentam-se como casos de aplicação “de tudo ou nada”. Quer dizer, face a um determinado pressuposto de facto, ou a regra é válida, ou a regra não é válida. Diferentemente das regras, os princípios revelam uma diferente “dimensão de peso” ou “gradação” em caso de colisão prática. São dotados de maior generalidade no confronto com as regras e apelam a um procedimento de ponderação, no qual a decisão acabará por pender para o lado do princípio que apresente maior peso relativo face ao princípio de menor peso relativo perante o caso prático a decidir.

Também se poderia afirmar que a distinção entre regras e princípios não assenta basicamente numa diferente natureza entre esses dois tipos de normas, mas numa diferente estrutura lógica. Nestes termos, a distinção entre regras e princípios tem a ver com as diferentes formas de aplicação e com os diferentes modos de colisão de uns e outros a partir de uma diferente estrutura lógica do raciocínio jurídico prático-geral.

Mas tanto podem existir direitos “baseados em regras” como direitos “corporizados em princípios”. Nestas circunstâncias, os limites entre os princípios “abertos” e os princípios com “corporização normativa” mostram-se flexíveis. Sob este ponto de vista, haverá que ter em consideração a distinção proposta por Larenz entre “princípios abertos” e “princípios com forma de proposições jurídicas”, isto é, princípios que compreendem diretamente uma regra aplicativa e princípios que não a compreendem (exemplo: princípio *nulla poena sine lege*).

O princípio afirma, não um mandato definitivo (regra), mas um mandato de otimização. Impõe uma vinculação geral, um *sollen* ideal. Se assim é, somos forçados a concluir que o ponto principal de distinção entre regras e princípios aponta para uma diferente qualidade, não uma diferente natureza entre esses dois tipos de normas jurídicas. Com uma regra, não se verifica a necessidade de ponderação, mas de subsunção.

O problema do conflito de regras é solucionado através do recurso aos princípios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, ou o princípio segundo o qual se deve aplicar, no caso, a lei que detenha uma força jurídica superior, mas se se tratar de uma colisão entre direitos fundamentais, o órgão chamado a decidir não poderá anular nenhum dos direitos em conflito. Deverá, antes, estabelecer um

“sistema de precedência” ou “primazia”. É que, numa “situação de tensão”, ambos os direitos vêm protegidos por normas constitucionais de idêntico estalão, e nenhum deles poderá ser recusado. Sucede apenas que detêm uma diferente “dimensão de peso” no interior da ordem jurídica.

3. O seu desenvolvimento no modelo tripartido proposto por Alexy e Gomes Canotilho

3.1. O modelo puro de regras

Acima das regras e dos princípios estão os valores, isto é, as ideias do sistema a um nível muito superior. Esses valores, princípios e regras limitam o poder de decisão do juiz.

A este propósito, analise-se a teoria de H. L. A. Hart acerca do direito norteamericano sob dois prismas – o “pesadelo” e o “sonho nobre”. Segundo Hart denomina-se “sonho nobre” a conceção que subscreve uma posição realista de caráter metafísico em relação à interpretação jurídica. Denomina-se “pesadelo” a conceção cética face a essa mesma interpretação jurídica. Na primeira, representada pela teoria jurídica de Dworkin, existe sempre uma resposta correta para os casos difíceis. Os tribunais aplicam o direito e não o criam. E, todavia, os tribunais podem equivocar-se ao estabelecer os direitos e os deveres dos cidadãos. No caso do “pesadelo” não existe uma resposta certa para os casos constitucionais difíceis. Os tribunais criam o direito e nunca o aplicam. Por conseguinte, os tribunais não podem equivocar-se ao estabelecer os direitos e os deveres constitucionais dos cidadãos.

A verdade encontra-se, porventura, numa posição intermédia entre esses dois extremos, uma posição denominada por Hart de “vigília”. Segundo esta, aos juízes às depara-se uma resposta correta para os casos difíceis e outras vezes não. Em algumas ocasiões os tribunais criam direitos e noutras aplicam-nos.

Seja como for, o que o realismo jurídico veio dizer é que as reivindicações de justiça e os argumentos finalísticos, nestes incluídos os elementos extrajurídicos, deveriam ser abertamente identificados e discutidos “no caso”. Mas aos olhos dos ingleses (Hart) e dos escoceses (MacCormick) o juiz exerce parcialmente uma discricionariedade política nas penumbras dos casos, e esta existe mesmo no quadro das melhores regras desenhadas.

Nestas condições, não poderá deixar de se concluir que a afirmação de que o sistema jurídico se compõe exclusivamente de regras jurídicas corresponde a um “modelo puro de regras”. Quem seguir este modelo afirma um único postulado de racionalidade: a segurança jurídica. O problema que este approach conleva e levanta tem a ver com a questão das lacunas e o tipo democrático de Estado que lhe corresponde (o positivismo jurídico subleva o direito costumeiro e o direito natural, sendo, portanto, não só um certo método de análise do direito, como também uma determinada teoria do direito e uma certa ideologia de justiça).

3.2. O modelo regras/princípios

Princípio alternativo de aplicação do direito, formulado por Dworkin. Permite a inserção no sistema jurídico de um estrato de princípios absolutamente imprescindível na decisão dos casos difíceis, isto é, aqueles nos quais não é possível o recurso à teoria clássica do silogismo jurídico.

Significa não só clausura ou fecho do sistema jurídico como ainda renúncia da própria racionalidade no processo de decisão judicial. A este argumento de ordem metodológica junta-se um outro de ordem substantiva, que apela para os princípios constitucionais diretos, e em particular para os três postulados fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade no confronto com os princípios do Estado de Direito, da democracia e do Estado Social.

As regras não representam todo o direito, ainda que nos sistemas jurídicos mais avançados representem a parte mais importante do mesmo. Finnis sublinha que o que verdadeiramente distingue as teorias positivistas do direito (que qualifica como descritivas) das teorias normativas do direito (como a de Dworkin, afirmando que esta oferece “pontos de apoio” à atividade do juiz) é a questão da fundamentação, a necessidade de expor e fazer compreender as razões ou critérios da decisão.

3.3. O modelo regras/princípios/procedimentos

Os princípios tal como as regras não se aplicam por si próprios. Representam o lado passivo do sistema jurídico. Sob este ponto de vista, o sistema deve compreender ainda os procedimentos de aplicação. Numa palavra, um modelo tripartido de regras, princípios e procedimentos, por forma a garantir um processo de institucionalização dos procedimentos judiciais como instâncias de dirimção de dúvidas e de aplicação do direito nos modernos sistemas democráticos e constitucionais.

Em termos breves, trata-se de determinar se a norma ou conceção de fundo utilizada na decisão se apresenta como resultado de um processo jurídico pré-determinado. O respeito pelas regras e procedimentos determinaria a correção e justiça dos resultados.

Esta teoria aplicada aos direitos fundamentais preconiza uma via média entre uma ampla teoria dos valores proposta pelo TCF Alemão, deixando espaço para a atuação do legislador, e uma ideia de “processo” com a qual os juristas se encontram já familiarizados.

Perante este quadro, a distinção de Rawls entre uma justiça procedimental e uma justiça substantiva faz todo o sentido. Equivale à distinção entre a justiça de um procedimento e a justiça do seu resultado.

Estes “conceitos chave de direito constitucional” (Denninger e Böckenförde), de que o princípio da proteção da confiança ou o princípio do contraditório em direito processual, e sobretudo em direito processual penal, se apresentam objetivamente

como paradigma, nascem da prática judicial, vindo assim a untar-se aos preceitos jurídicos clássicos da constituição escrita.

CAPÍTULO VI – A estrutura das normas de direitos fundamentais (cont.)

1. A “função social” dos direitos fundamentais

O individualismo emerge, basicamente, como reação ao Estado absoluto, consequência da perda de peso político dos estatutos sociais pelos quais outrora se regia a vida comunitária: a família, as corporações e a Cidade, com a sua autonomia e senhorias nobiliárquicas. A esse modelo correspondia uma separação entre o “Estado” e a “Sociedade”. É assim que, segundo o modelo individualista pressuposto, a Sociedade deveria autogovernar-se, cabendo à Constituição garantir a realização da autonomia societária e das suas iniciativas individuais. O facto de essa distinção entre o Estado e a Sociedade, pressuposta pelo modelo constitucional moderno, ter sido posta em causa depois do aparecimento do Estado social, teve por consequência a “perda de efetividade” da constituição “liberal”.

Por tudo isto, quando se fala na “função social” dos direitos fundamentais, pretende-se acentuar o abandono de uma “visão unilateral” da liberdade como direito individual. Quer dizer, se o conteúdo do direito resulta agora determinado pela sua inscrição no “real”, isto é, pela sua função jurídica “ético-social”, então é essa função social que permite determinar os “limites imanentes” dos direitos fundamentais. Daí a necessidade, expressa por Franklin D. Roosevelt, de uma “nova” redefinição de direitos. Uma “nova” conceção de direitos que ligue a liberdade negativa à liberdade positiva, rompendo com a tradição decimonónica entre um conceito de “liberdade face ao Estado” e um conceito de “liberdade através do Estado”.

A esta luz, o conceito de “pessoa jurídica” não se constitui unicamente a partir da “bipolaridade” Estado/indivíduo, antes aponta para um “sistema multipolar”, no qual as grandes instituições sociais desempenham um papel cada vez mais relevante. Esse “estatuto de cidadania” (assim defendido por Habermas e Rawls) não se define mais hoje através de um modelo de liberdade de carácter essencialmente “negativo”, antes aponta para um “estatuto de direitos cívicos” concebidos como “liberdades positivas”.

Os direitos não são já direitos “contra” o Estado, mas direitos “através” do Estado, isto é, direitos que facultam e garantem o gozo efetivo dos bens constitucionalmente protegidos. Neste sentido, o estatuto de cidadania encontra-se hoje inextricavelmente ligado ao controle do poder público (que deverá ser garantido através de mecanismos de participação, segurança e independência e não por simples barreiras erguidas contra o poder do Estado).

Esse estatuto de cidadania implica que o indivíduo assuma um “compromisso” em relação aos interesses fundamentais da Sociedade. E pode implicar, ainda, uma “teoria geral de bem-estar social”, uma teoria que torne possível tanto a liberdade individual como a coletiva.

2. Os direitos económicos, sociais e culturais

Tradicionalmente, os DESC eram vistos como “direitos a prestações”, isto é, direitos que em vez de exigirem ou postularem uma abstenção por parte do Estado, requeriam, ao invés, uma “ação positiva”, um facere, que se traduzia na prestação de algum “bem” ou “serviço”. Com efeito, as modernas “teorias da cidadania” apresentam os direitos sociais como “títulos” (: pretensões), “créditos” que os indivíduos deteriam sobre o Estado.

Ainda assim, de acordo com a CRP, os DESC beneficiam do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdades e garantias, basicamente o disposto no art. 18.º CRP (a que deverá acrescentar-se o disposto no arts. 19.º, nº 5 e 6; 20.º, nº 5; 21.º; 165.º, nº 1, al. b); 272.º nº 3 e 288.º, als. c) e d)).

Quer dizer, do ponto de vista da sua estrutura, apresentam-se como direitos “a prestações” ou a “atividades do Estado”, embora a Constituição inclua nesses direitos “direitos de natureza negativo-defensiva”, como o direito de iniciativa privada ou o direito de propriedade privada (arts. 61.º e 62.º CRP).

Deste modo, no cômputo da sistematização constitucional, teríamos o seguinte “esquema de direitos”:

- *Direitos “stricto sensu”, correspondendo uns ao chamado “status positivus” e outros ao “status activus”, i. e., direitos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida pública*
- *Liberdades, que correspondem ao “status negativus” (defesa da esfera de liberdade dos cidadãos face ao Estado)*
- *Garantias, que correspondem ao “status activus processualis” (ordenação dos meios processuais e administrativos adequados para a defesa desses direitos e liberdades no seu conjunto).*

Problema da efetividade dos DESC: é que, se alguns dos direitos económicos e sociais se apresentam como direitos “diretamente aplicáveis”, sem necessidade de interposição e/ou intervenção do legislador, outros, todavia, apresentam-se como “direitos a prestações”, dependentes de uma atividade mediadora a levar a cabo pelos poderes públicos. Exemplo do que se acaba de afirmar quanto ao primeiro caso: direito de propriedade; exemplo do segundo será o direito à saúde (art. 64.º CRP). Por sua vez, os direitos em sentido “clássico” podem apresentar-se como direitos a prestações. Estão neste caso o direito de voto (art. 10.º CRP), o direito a uma tutela ou defesa efetiva dos direitos na sua integridade (art. 20.º, 202.º, 268.º, nº 4 CRP) ou o dever, que incumbe ao Estado, de criação de normas procedimentais, organizativas e administrativas que, de algum modo, requerem uma prestação estadual.

Por outro lado, a crítica aos direitos sociais tem vindo a insistir nos efeitos perversos que decorrem de um sistema constitucional de direitos que pode gerar dependência dos cidadãos face ao Estado. Ora, é esse “condicionamento” e

“dependência conjuntural” dos direitos económicos e sociais face aos “recursos disponíveis” que leva grande parte da doutrina a estabelecer aí uma distinção taxante entre os “direitos de defesa”, de um lado, e os “direitos fundamentais sociais”, do outro. Os primeiros, afirmam, não têm custos, uma vez que não se encontram dependentes da situação económico-social, nem vêm garantidos por esta. Os segundos, pelo contrário, têm os seus custos, só podendo ser garantidos na “medida do possível”, isto é, de modo proporcional ao desenvolvimento e ao progresso económico e social. É esse condicionamento e dependência conjuntural dos direitos económicos e sociais que determina os limites e a extensão dos “pressupostos de facto” da realização desses direitos no seu conjunto.

Deste modo, sublinha-se que o legislador detém a primazia na configuração e conformação jurídico-normativa dos DESC, já que a determinação dos meios orçamentais e financeiros requeridos para a respetiva realização se integra no quadro da sua “competência”, isto é, no domínio da sua “margem de ação” (o legislador determina as “prioridades políticas”). O direito encontra-se sujeito a um princípio da “reserva do possível”. Mas o que deverá entender-se por reserva do possível? Dependência desses direitos dos recursos económicos disponíveis/existentes, querendo-se com isso relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. Reconhecimento de que a inexistência de recursos económicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo a que se encontravam obrigados a fazer.

Esta cobertura não exclui, todavia, a garantia de um “mínimo social”. Essa garantia decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana como “direito fundamental”. É com base nesse princípio que Gomes Canotilho extrai, por exemplo, o reconhecimento constitucional do “rendimento social de inserção”. Mas com uma advertência de vulto: essa garantia não se apresenta como um direito social, antes como uma “forma de liberdade” e, nesses precisos termos, assume juridicamente a natureza de um “direito de defesa”, ainda que este se traduza num direito a “prestações positivas” por parte do Estado.

Entre nós, os DESC apresentam-se como “direitos constitucionais originários”, isto é, direitos garantidos diretamente por normas de estatuto constitucional. Dispõem de vinculatividade normativa geral (são normas jurídicas vinculantes em relação a todos os poderes públicos, legislativo, executivo e judicial – não se apresentam como meros “apelos ao legislador”, “programas” ou “linhas de direção política”; antes “normas de ação”).

O seu não cumprimento pode dar origem a inconstitucionalidade por omissão. Mas haverá que ter em consideração a chamada “indeterminabilidade jurídico-constitucional” dos DESC. Esta afirma-se, não legitima pretensões jurídicas “originárias”, i. e., pretensões derivadas diretamente dos preceitos constitucionais. Em consequência, “não há um direito fundamental à saúde, mas apenas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde”. O art. 63.º, nº 2 CRP consagra um “dever objetivo” a cargo do Estado, não garantindo, correspondentemente, um “direito subjetivo” a favor dos respetivos titulares.

O intérprete encontra-se, agora, limitado, para além do princípio da reserva do possível, por exigências metódicas mais exigentes, que o forçam a procurar uma “relação de adequação” entre o texto da norma e a situação concreta a que se aplica. Isso implica, entre outras coisas, a verificação da existência de recursos orçamentais e financeiros disponíveis que garantam a “efetividade ótima” desses direitos e liberdades no seu conjunto.

*Historicamente, a constituição francesa de 1793 (que nunca chegou a vigorar) reconhecia o direito ao trabalho (art. 21.º) e o direito de resistência (art. 33.º), tendo sido este último interpretado como representando a consagração *avant la lettre* de um possível direito à greve. Mais tarde, na Alemanha, estabelecer-se-ia, pela mão de Otto Bismark, um “sistema de segurança social obrigatório” relativo a doenças, acidentes industriais, velhice e invalidez, estribado em três leis, promulgadas entre 1883 e 1889.*

A doutrina alemã refere-se aos DESC como integrando o núcleo das chamadas “pretensões existenciais” que o Estado teria por obrigação assegurar aos cidadãos, de que resultaria para os cidadãos, de forma imediata, um “direito de igual acesso, obtenção e utilização” de todas as instituições públicas (serviços de saúde, transportes públicos, etc.); e um “direito de participação” ou “direito de igual quota-parte” nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade.

Os “direitos derivados a prestações” consistem na promoção de determinadas atividades ou serviços relevantes quer quanto à participação numa instituição quer quanto à prestação de que gozam outras pessoas na mesma posição. O argumento a favor da sua vinculatividade radica numa participação/atividade igual. Uma classificação que encontra a sua base jurídica no princípio da igualdade. Mas também poderia ser utilizada tendo por fundamento o princípio da confiança, a garantia da propriedade ou os direitos de liberdade.

Estes direitos derivados a prestações apresentam como verdadeiros “direitos fundamentais de igualdade”, posto que se encontram vinculados ao disposto nos arts. 12.º, 13.º e 26.º, nº 1 CRP.

Partindo destas premissas, chegamos a um conceito de direitos a prestações como “direitos a ações iguais”, entendidos como direitos a prestações derivados do princípio geral de igualdade face à garantia dos deveres de prestação no âmbito social como no caso das subvenções, da autorização para a fruição de instituições públicas, etc. Assim, o direito derivado consiste numa participação “igual” na prestação.

No caso dos chamados “direitos a prestações originários”, diferentemente, não se estaria já em presença de um direito de acesso ou de participação igual nas prestações, mas, basicamente, de um “direito fundamental social” verdadeiro e próprio, plasmado na CRP ou nos princípios nela consignados.

Os direitos fundamentais à educação, à segurança social ou à proteção da saúde não se apresentam como “concessões” do legislador. Pelo contrário, constituem “deveres de proteção” e “deveres de ação” a cargo do Estado, que decorrem de imperativos constitucionais. Constituem ainda, segundo Cass R. Sunstein, uma parte fundamental do contrato social, de modo a que a sua “não realização” ou “realização

deficiente” poderá conduzir a uma quebra ou violação do princípio da confiança que está na base da formação do contrato social, isto é, da própria Sociedade.

A opção seguida na Europa continental, nos Estados dotados de uma “justiça constitucional”, é a de incluir uma “declaração de direitos”, que pode compreender um catálogo mais ou menos alargado de DESC, reconhecendo ao mesmo tempo que o Estado, e genericamente os poderes públicos, detêm “recursos limitados”. Mas não é essa a opção da C1976. O texto constitucional contém uma lista alargada de DESC acompanhada da determinação de “políticas públicas” que se destinam a implementar esses direitos e liberdades no seu conjunto. Esses são direitos constitucionais “originários”, que vinculam os poderes públicos, e não direitos “derivados” ou consignados em lei.

A constituição obriga os poderes públicos à aprovação de medidas legislativas e de outra natureza no quadro dos “recursos disponíveis” em ordem à realização progressiva e gradual desses direitos e liberdades jusfundamentais.

Uma questão que foi especialmente abordada no voto de vencido, parcial, do Juiz Conselheiro Sousa Brito no Ac. do TC 148/94 (acesso ao ensino superior/propinas). Aí, com efeito, depois de se afirmar que os recursos disponíveis, designadamente os meios orçamentais e financeiros, resultam naturalmente escassos, parte-se para uma distinção entre o “direito fundamental social” propriamente dito, o “direito de acesso ao ensino superior público”, e a correspondente “política pública” de implementação desse direito, mediante o “estabelecimento progressivo da gratuidade de todos os graus de ensino”.

O problema dos DESC transforma-se numa questão de limites. Mas numa ordem constitucional como a nossa na qual os direitos são vistos como “sindicáveis” pelos tribunais e pelo poder judicial, sendo esse um dos elementos fundamentais do chamado “novo” constitucionalismo, precisamente um Estado de Direitos Fundamentais, não faz sentido continuar a negar hoje aos DESC, pelo menos os mais básicos, como a saúde, o trabalho, a segurança social e a educação, o seu “status constitucional” de bens juridicamente protegidos. E não apenas no que concerne à garantia de um mínimo de “existência condigna”, já que esta se apresenta como uma “forma de liberdade” e, nesses precisos termos, assume juridicamente a natureza de um “direito de defesa”, ainda que este se traduza num direito a “prestações positivas” por parte do Estado.

O conteúdo jusfundamental do dever de prestação, na generalidade dos casos, é fixado de um modo jurídico-objetivo incompleto (veja-se, a propósito, os arts. 58.º, 59.º e 60.º CRP). Noutros casos, o dever jusfundamental não se dirige a uma prestação única, antes se encontra formulado de modo alternativo, designadamente quando a obrigação abrange uma outra prestação. Tomemos como exemplo o direito à proteção da família (art. 67.º CRP). Este comando constitucional ordena um correspondente “dever” por parte da Sociedade e do Estado. Mas a intervenção do Estado não deverá substituir-se à família ou ao direito dos progenitores.

Mas haverá aí que distinguir a medida de “proteção” e “cuidado” das “alternativas” pelas quais se deve atingir o âmbito da prestação prescrita. É que, só depois de preenchidos esses dois pressupostos, a “medida” e as respetivas “alternativas”, é que se poderá individualizar depois o “dever de proteção”

jusfundamental, e assim determinar se este foi ou não cumprido, sob pena de violação do disposto na CRP ou nos princípios nela consignados.

A “indeterminabilidade estrutural” que caracteriza os DESC traduz-se num “espaço de apreciação” e “prognose” a favor do legislador, que se revela, por sua vez, na determinação dos correspondentes “deveres de proteção”. Neste sentido, apresenta-se como uma garantia relativa, isto é, não absoluta ou ilimitada, antes condicionada pelo cumprimento dos “fins” constitucionais de proteção e garantia dos direitos e liberdades implicados.

Entre nós, Gomes Canotilho afirma que os DESC, enquanto “direitos a prestações”, implicam: uma interpretação das normas legais conforme à “constituição social, económica e cultural” – p.e., em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme à realização efetiva desses direitos; a inércia do Estado pode levar a inconstitucionalidade por omissão (inconstitucionalidade de normas legais que não desenvolvam a realização do direito jusfundamental ou a realizem diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida); proibição do retrocesso social (uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não poderia depois eliminá-las sem alternativas ou compensações – neste sentido, o AC. do TC 39/84 que declarou a inconstitucionalidade de normas que revogavam grande parte da lei instituidora do SNS, bem como o AC. do TC 509/2002 relativo ao RSI. O que era uma “obrigação positiva” – cumprir, total ou parcialmente as tarefas constitucionais – transforma-se numa “obrigação negativa”. O Estado, que dentro de determinadas circunstâncias e condições, se encontrava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar agora obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social, sobretudo se essa ação se vier a traduzir numa violação do “conteúdo essencial” do direito ou liberdade em causa. Nesse sentido, se os direitos prestacionais gozam agora de um núcleo indisponível, isso significa, pelo menos, que algumas prestações representam autênticos direitos fundamentais, isto é, pretensões subjetivas juridicamente reconhecidas com independência da maioria parlamentar).

Perante este quadro, levanta-se o problema da existência de uma “reserva de lei” no que concerne à “administração de prestações”. Os “critérios objetivos” devem ser fixados por “lei” e não pela administração pública. Nessas circunstâncias, defende Gomes Canotilho a existência de uma “reserva de lei” sempre que esteja em causa o princípio geral de igualdade. Isto apresenta-se como uma exigência do princípio “democrático” e do princípio do “Estado de Direito”, conduzindo, no limite, ao estabelecimento de uma “reserva de lei” nas subvenções mais importantes.

3. O Estado Social

Os direitos fundamentais inerentes à Constituição apresentam-se como um determinado “sistema cultural ou de valores” de um Povo.

É no Estado social, constitucionalizado pela cláusula do “Estado de direito democrático” do art. 2.º da CRP, que se impõem “mandatos de atuação” aos poderes públicos, descrevendo, ao mesmo tempo, “deveres de proteção” a cargo do Estado.

O que deverá entender-se por um Estado de direito democrático o legislador não diz. Tratar-se-á, todavia, da consagração constitucional do “Estado social de direito” como formação histórica resultante da integração dos processos intervencionistas dos poderes públicos no modelo originário do Estado liberal, vinculando a uma certa estabilização o modelo democrático de sociedade coincidente com essa intervenção. Uma formação, segundo Forsthoff, especialmente adaptada às condições históricas da sociedade industrial ou post-industrial.

O Estado não é mais um Estado abstencionista, mas um Estado “protetor” e “distribuidor” de bens e serviços. Transformação de um Estado (predominantemente) legislativo num Estado predominantemente administrativo ou, quiçá, num Estado manager da sociedade nacional.

Ordenação de novas formas de democracia económica e social. À luta pela participação na formação da vontade política, através dos partidos políticos, vem a juntar-se a luta pela participação, pela distribuição de bens e serviços. No Estado distribuidor, regulador e managerial dos nossos dias, com efeito, o protagonista não é já exclusivamente o indivíduo, mas o “homem socialmente situado”, em função do modo e da forma como se encontra organizada a sua existência social.

A política converte-se, em larga medida, num conflito de interesses, que busca no Estado não tanto a produção de normas gerais e abstratas, tendencialmente duradouras, mas ações que afetem interesses imediatos.

Ao pluralismo político soma-se um novo pluralismo – organizacional -, ambos pilares, se bem que não com a mesma força nem a mesma medida, do “Estado de Direito democrático e social”.

A consecução e a própria definição do interesse público deixa de ser absorvida pelo Estado para passar a determinar-se em função do poder e da força dos grupos sociais, na decorrência do desmoronamento da base do “espaço público” liberal (a sociedade civil ganha força).

Pluralismo. Existência na realidade normada de um complexo de instituições – associações ou organizações de pessoas ou de interesses -, como corpos “autónomos” e “voluntários”, que se interpõem na relação indivíduo-Estado. Força-nos a reconhecer o princípio de que indivíduos e grupos, de forma livre e voluntária, concorrem e competem, cada um a seu modo, para a determinação da vontade política. “Pluralidade” e “heterogeneidade” de interesses e de valores de que o grupo pluralista se apresenta objetivamente como o portador. Repúdio por todas as formas “autocráticas” e “totalitárias” de exercício de poder.

No limite, o que o pluralismo acaba por gerar é um sistema poliárquico, i. e., um sistema fortemente caracterizado pela “dispersão do poder” numa multiplicidade e heterogeneidade de grupos e associações.

Perante este quadro, o Estado chama a si a tarefa de promover a decisão, assumindo ele próprio a “legitimidade do conflito”. O poder, longe de assentar numa base unitária e homogênea, apresenta-se como o resultado final de um equilíbrio plural de forças, “ao mesmo tempo rivais e cúmplices” (se para umas coisas todos querem o mesmo, para outras têm interesses distintos).

A Constituição assume ela própria a “legitimidade” do conflito, procede à “integração” desses “corpos intermediários” – institucionalizando-os -, promovendo ela própria o consenso e a tolerância entre os grupos como princípio máximo de convivência comunitária.

Desde o século XIX, com efeito, que se tem vindo a desenvolver nas sociedades modernas mais avançadas uma “política social” cujo objetivo imediato se destinava a remediar as péssimas condições vitais dos estratos mais desfavorecidos e desamparados da população. Nos anos 70 do século XX, essa “política social” perde em larga medida o seu carácter reativo e sectorial para se transformar numa política social generalizada, que se propõe levar a cabo uma ação de prevenção dos mesmos com o objetivo de os controlar mediante uma programação integrada e sistemática.

O Estado é chamado cada vez mais a compor os conflitos de interesse que a Sociedade se mostra incapaz de regular na sua esfera privada, o que provoca uma transferência de competências: funções outrora pertencentes à esfera das autoridades públicas passam a ser atuadas por instituições privadas ao mesmo tempo que o poder social dos grupos se vai gradualmente substituindo ao Estado em determinadas esferas de influência. O Estado vê-se obrigado a justapor ao exercício da sua autoridade um “compromisso” com a “esfera pública”, agora “repolitizada”. Daqui resulta uma colaboração parcial e oficiosa entre as associações e as autoridades públicas, acompanhada do estabelecimento regular de canais de transferência de funções da administração pública para áreas da competência dos grupos organizados constituídos em associações. Largos domínios que outrora competiam à administração pública vêem-se subtraídos ao Estado para formar aquilo que se designa por “complexo para-estadual”, representado pela administração dos grupos sociais.

A “publicização do direito privado” é acompanhada de uma “privatização do direito público”, de uma “fuga” do Estado para fora do direito público: a transferência de determinadas funções “privadas” para a administração pública, bem como de certas “funções públicas” para as empresas, as associações, etc.

Deste modo, o “Estado Social” vem a significar “a disposição e a responsabilidade, a atribuição e a competência do Estado para a estruturação da ordem social”.

As organizações de interesses institucionalizados devem estar sujeitas a formas constitucionais e a uma responsabilidade constitucional, de modo a que os direitos e as posições jurídicas entretanto “adquiridos” não se constituam em “governo privado” a opor ao exercício de funções públicas. Isso significa, pelo menos, duas coisas: primeiro, que a obtenção de vantagens e privilégios em função da detenção de um “status público”, que de outro modo dificilmente poderia ser tomado como “legítimo”, não se dá sem a sua natural contrapartida, i. e., a aceitação de obrigações e limitações; segundo, que a representação desses interesses é hoje um fenómeno puramente existencial, que se traduz na exclusão da arcana praxis – só existe representação na esfera do público, não existe representação da “coisa privada” – pelo que a representação dessa esfera apenas poderá ser considerada se for tomada como uma representação do todo.

4. A abertura a “novos” direitos fundamentais

É certo que a C1976 integrava já, nos termos do disposto no seu art. 26.º, nº 1, um “direito de proteção e reserva da intimidade da vida privada e familiar”. Mas após a Revisão de 1997, passou a reconhecer, para além de um “direito à identidade pessoal”, incluindo à “identidade genética”, um “direito ao desenvolvimento da personalidade”. Numa palavra, um “direito constitucional de personalidade”, muito mais abrangente no seu conteúdo do que o já clássico direito geral de personalidade garantido pela legislação civil.

É assim que, de acordo com o TC, o conceito de “vida privada” compreende, no seu âmbito e proteção, uma “esfera própria inviolável onde ninguém poderá penetrar sem autorização do respetivo titular” (presente em [acórdãos]: exames de deteção de álcool no sangue; reserva de intimidade da vida privada; dados oncológicos; lei do jogo; diários íntimos como prova de valoração proibida; procriação medicamente assistida; casamento entre pessoas do mesmo sexo). Esse espaço integra necessariamente a vida pessoal, a vida familiar, a relação com as outras esferas de privacidade (p. e., amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar e os meios de expressão e comunicação privados (: correspondência, telefone, internet, conversações orais, etc.).

Deste modo, o âmbito de proteção do “direito ao desenvolvimento da personalidade” e da reserva da vida privada e familiar inclui: o segredo da correspondência privada (: cartas e comunicações); a casa de morada da família (: o lar ou domicílio); a esfera familiar; a esfera secreta privada.

Na Alemanha, “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, de conteúdo mais amplo, compreende a mais uma “liberdade geral de ação”, como “direito geral de personalidade”, que incorpora, para além do direito à autodeterminação informacional, que a CRP reconhece no seu art. 35.º, o princípio nulla poena sine lege, visto no quadro do direito alemão como um reforço da proteção do direito geral de personalidade, e ainda, por idêntica ordem de razões, o princípio ne bis in idem, que decorre do anterior, e o princípio da proteção da confiança, entendido este último como parte do direito geral de personalidade, e, por fim, o princípio geral de igualdade.

Estes direitos, mais do que direitos, apresentam-se como “liberdades”, reconhecidas - não outorgadas. Direitos inaptos, imprescritíveis e inalienáveis. A jurisprudência constitucional alemã pôde deduzir do princípio supremo da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito de reserva da privacidade, que recebe garantia diversa tendo em conta teoria das esferas (remissão para a matéria de Direito das Pessoas e da Família enquadrada nos Direitos de Personalidade – Prof. João Zenha Martins).

Nos EUA, a referência aos “direitos de autonomia”, “personalidade”, “privacidade” e “intimidade” é-nos dada pela decisão do Tribunal Supremo em Griswold v. Connecticut. Aí se declara inconstitucional a proibição do comércio e uso de contraceptivos entre pessoas casadas. O Tribunal provocou uma autêntica “revolução constitucional”. Emergem os chamados “direitos de autonomia, personalidade, privacidade e intimidade” em lugar dos direitos patrimoniais que deixam de estar no centro das preocupações jurídico-constitucionais. Aqueles afirmam-se “preferentes” em caso de colisão ou conflito prático face a outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

Este genérico direito à privacidade reflete a alteração do equilíbrio de forças entre o poder de governo e o domínio da liberdade pessoal.

A CRP individualiza um “direito ao desenvolvimento da personalidade” (art. 26.º, nº 1), o que significa, entre outras coisas, o estabelecimento de uma relação de interdependência entre o estatuto “positivo” e “negativo” da personalidade. Devem incluir-se ainda, para além dos direitos fundamentais a prestações, pelo menos os mais básicos, todo um conjunto de novos direitos, como, v. g., o direito ao aborto, à identidade genética, à autonomia sexual, os direitos parentais ou o direito a controlar as circunstâncias da própria morte. Numa palavra, um “direito geral à privacidade” e à “identidade pessoal”, que compreende a identidade genética, e que definem uma esfera de vida não pública, inviolável, onde o Estado não poderá penetrar sem a autorização do respetivo titular. Aí terminam objetivamente os limites da intervenção do poder público.

Os direitos de autonomia, personalidade, privacidade e intimidade surgem como o veículo e manancial para a constitucionalização dessas esferas de intimidade e personalidade, marcando claramente a fronteira entre o princípio da autodeterminação dos cidadãos e o exercício legítimo dos poderes do Estado.

CAPÍTULO VII – A interpretação e aplicação dos direitos fundamentais

1.

Em grande número de sistemas jurídicos atuais existem tribunais cuja função consiste em discernir se determinadas disposições ditadas pelas autoridades infraconstitucionais (o poder legislativo, principalmente) se mostram ou não conformes à Constituição. A conclusão, segundo Höffe, só pode ser uma: a da passagem de um “Estado legislativo parlamentar” a um “Estado judicial jurídico-constitucional”. A questão,

em todo o caso, será a de saber se a interpretação dos direitos fundamentais levada a cabo pelo poder judicial deverá ser “restritiva” ou “expansiva”, i. e., se não tem apenas natureza “jurisdicional”, mas também “político-constitucional”.

*Hoje entende-se que a clareza de um texto não afasta por si a “necessidade de interpretação” (negação do brocardo latino *in claris non fit interpretatio*). Ora, justamente, é essa “precisão” ou “vaguidade” dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz. Neste sentido, afirma Kelsen que cada passagem no processo de aplicação de normas se apresenta, simultaneamente, como obra do “conhecimento” e da “vontade”. De um lado, consta de uma parte já determinada pela norma mais geral. Do outro, de uma parte juridicamente imprejudicada, que seria objeto de uma criação do direito na base de uma escolha voluntária, juridicamente livre. Enquanto não infringirem os limites dessa habilitação, quem se encontra autorizado a interpretar a norma a nível inferior tem também completa liberdade para decidir.*

Na Alemanha é lançado o debate sobre os princípios da interpretação constitucional. Esses princípios constituem um “catálogo de diretivas de interpretação constitucional”. A “teoria da constituição” não se apresenta como um método, de interpretação constitucional ou um ponto de vista de referência normativo, mas fundamentalmente como um critério utilizável na fundamentação (Ehmke).

Dworkin – justificação da identidade metodológica entre a dogmática jurídica e a prática judicial. “Os juízes decidem na base de fundamentos de política-constitucional, não na base de fundamentos de política partidária”. Fundamentam as suas decisões em “princípios de política constitucional” (principles); que têm a ver com os direitos fundamentais, e que se distinguem dos “argumentos finalísticos” (policies), da competência do poder legislativo. Os juízes legislam, “mas nos interstícios da lei”.

Daí a surpreendente aproximação, relevada por Luhmann, entre a “dogmática” e a “jurisprudência”. A teoria da interpretação constitucional exige, com efeito, uma vinculação da “construção interpretativa” a uma conceção do Estado e/ou teoria da constituição no constitucionalismo. Isso permite ao TC desenvolver um sistema de direitos, uma forma específica de argumentação jurídica, orientada pelos direitos fundamentais, procurando com esta dar resposta a todas as questões que lhe sejam presentes, fomentando a mediação entre o “micro-nível”, o nível da ação individual, e o “macro-nível”, i. e., o nível de ação do “sistema” (tomado como um “todo”).

É a autoridade habilitada a interpretar que determina a norma que aplica; isso não diz respeito unicamente ao juiz, mas a toda a autoridade com competência para aplicar o direito. Logo, no que concerne à “interpretação constitucional”, diz respeito a todos os poderes públicos.

A interpretação corresponde essencialmente a uma decisão, uma decisão segundo padrões que não vêm pré-dados, mas constituídos. A função do processo de decisão constitucional parece consistir na “seleção do direito” e na “dignidade jurídica”. A sua “decisão seletiva” apresenta-se como um “requisito indispensável de validade

jurídica”. Ora, justamente, é essa diferente “qualidade” entre “regras” e “princípios” que permite que se possa lidar com diferentes “políticas”.

2. O conceito de concretização

A norma não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção (: concretização). Nesse sentido, o tribunal exerce uma “liberdade de opção”, que opera como uma verdadeira decisão. E como o texto é suscetível de comportar vários significados, é tarefa do juiz escolher de entre estas a norma a aplicar ou “regra de decisão”. É essa “escolha” ou “opção” que correntemente se designa por interpretação. “Teoria da norma para o caso particular”.

As normas jurídicas, gerais e abstratamente formuladas, vêem-se remetidas ao estalão de simples possibilidades jurídicas. Ao juiz compete a tarefa da sua concretização em “normas de decisão”.

A tarefa da interpretação constitucional será “a de encontrar o resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, e de fundamentar esse resultado, de modo igualmente racional e controlável, por forma a gerar a certeza e previsibilidade jurídicas, não o simples acaso, o da decisão pela decisão”.

É assim que, no pós-guerra, a atenção dos juristas se volta para a temática dos fundamentos éticos do direito e, conseqüentemente, para os problemas da “técnica” aplicativa judicial (“jurisprudência dos valores”/“hermenêutica jurídica”). Esforço de fundamentar o mais possível o fenómeno inegável da extensão da esfera decisória do juiz, e da ampliação que vem ocorrendo dos respetivos poderes de apreciação.

A experiência jurídica, sobretudo se considerada do ponto de vista do juiz, tende a ser encarada como uma sucessão contínua de significados linguísticos em processo de mutação. Face à perspectiva sincrónica do logicismo positivista, a hermenêutica afirma, em seu lugar, uma perspectiva diacrónica, na qual o carácter constitutivo das proposições normativas se submeteria à mutação imposta pela espessura e riqueza da história.

A hermenêutica ensina ao intérprete que as diretivas de ação e as proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser cabalmente compreendidas e inteligidas quando aplicadas a situações concretas.

A resposta da hermenêutica jurídica constrói-se contra o modelo convencional da decisão como subsunção ao caso sob a égide do direito positivo. A contraposição “sistema/problema” releva a impossibilidade da existência de um sistema automático lógico-dedutivo.

É na fase da “determinação” ou “concretização” da norma que tem lugar a decisão do caso particular. Essa concretização implica uma escolha constitutiva, i. e., uma decisão criativa. Numa palavra, uma espécie de “decisão legislativa”.

O problema está em saber se essa tarefa pertence como tal aos tribunais, e particularmente aos tribunais de justiça constitucional, ou ao legislador. Uma questão, como assinala Esser, não de interpretação em sentido estrito, mas de legitimidade política. Um problema que se encontra indissolúvelmente ligado à discussão em torno do papel “ativo” ou “passivo” dos tribunais e, particularmente, da “escolha do método” em direito constitucional.

O direito positivo contém regras que prescrevem o recurso a determinados métodos, de forma a que as interpretações produzidas, por exemplo, pelos tribunais ou autoridades administrativas, em violação dessas regras, possam dar lugar à anulação das respetivas decisões. Mas tratando-se do direito constitucional, a resposta não pode ser facilmente transposta [já que, também, esse estalão jurídico se encontra acima das próprias regras interpretativas]. Não existe aqui nenhuma “meta-regra” das regras interpretativas, uma “regra supraconstitucional” que prescreva o emprego de determinados métodos.

Kelsen determina o significado objetivo da norma mediante um processo de interpretação “estritamente neutral”. Josef Esser fala, a este propósito, de “crise funcional dos métodos de interpretação”. Mais ainda: influenciado pela hermenêutica filosófica de Gadamer, distingue a “obtenção real da decisão” da sua “fundamentação”, para concluir que o julgador optará pelo “método” que possa justificar a decisão encontrada por razões político-jurídicas, submetendo-se depois ao controle do direito positivo.

O problema está em atribuir a um ato singular de produção jurídica (a sentença), duas propriedades: a fidelidade (: legalidade) e a criatividade (: transformação) que caracterizam a função legislativa.

O instrumento decisivo do “método” de interpretação constitucional não é já a subsunção, mas a retórica e o argumento. A função do intérprete-aplicador, “mediador entre a consciência social e a tradição dogmática”, corporiza-se “na determinação do modo de aceder à compreensão do texto, entre outros motivos pela ponderação de princípios que, no final, o intérprete deverá escolher” na base da sua expectativa do consenso “como ‘sã’ sensibilidade moral ou como consciência moral de todos aqueles que pensam de modo racional e justo” (Josef Hesser).

A característica central do sistema jurídico situa-se agora na atividade judicial. É no poder judicial que o direito desenvolve a sua função de garantia da paz social. Na passagem do Estado de direito ao Estado social de direito, o juiz não se limita unicamente a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos, antes deve justificar o significado da norma jurídica e pô-la em harmonia com a nova realidade social, voltando a desenvolver a antiga função de “mediador” entre grupos e interesses. Mas um papel mediador “horizontal” entre grupos e interesses, entre o poder do Estado e a Sociedade, entre as exigências de consistência dos direitos fundamentais com as de uma multiplicidade de subsistemas autopoieticamente regulados.

A partir deste estilo, tanto as posições “hermenêuticas” como as da “nova retórica” vêm a participar de uma autêntica obsessão pela racionalidade da medida. Uma racionalidade extraída a partir de processos de criação distintos dos da lógica formal, mas que pretende, em todo o caso, assegurar uma certa “controlabilidade” da ação, tomando patente que aí onde termina a “vinculação do juiz à lei” não começa necessariamente o arbítrio. A existência de um insuprimível “momento criativo” não torna a sentença arbitrária, posto que esta se encontra limitada por um conjunto de regras ou atitudes interpretativas (um campo de técnicas judiciais aplicativas, fornecido de peculiares estruturas teoréticas).

3. A aplicação judicial

As decisões dos tribunais, e particularmente dos tribunais de justiça constitucional, conferem aos direitos fundamentais um “conteúdo jurídico objetivo”. É isso o que Dworkin designa por “direitos em sentido forte”, i. e., direitos que só podem ser limitados ou contrapesados por outros direitos em caso de conflito prático. Esses direitos derivam da constituição e têm por base as cláusulas de dignidade e de igualdade.

Seja como for, a intervenção do juiz possibilita introduzir no sistema jurídico considerações relativas à “oportunidade”, à “justiça” e ao “interesse geral”, que parecem, numa perspectiva positivista, alheias ao direito. Essas “técnicas de flexibilização”, de adaptação do sistema jurídico aos valores dominantes, compreendem o recurso a “noções de conteúdo variável”, “conceitos” por contraposição a “concepções” específicas. Esta “abertura” comporta uma “delegação” em favor dos órgãos concretizadores. As “cláusulas gerais” e os “conceitos indeterminados” transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete.

De forma necessariamente esquemática: os “conceitos” correspondem a ideias e como tal devem ser compreendidos e interpretados pelo recurso a diferentes “concepções”. Oïçamos Portalis: “a função da lei é a de fixar através de conceitos muito gerais, as máximas do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências e não a de descer ao detalhe das questões que podem surgir sobre cada matéria. É o magistrado e o jurisconsulto, penetrados do espírito geral das leis, que devem dirigir a sua aplicação”.

A norma que o juiz aplica, e que se apresenta como o resultado da interpretação, não é apenas interpretação. É também “criação” do direito: afasta as interpretações concorrentes que se lhe opõem. A interpretação é um ato de vontade, uma decisão, que escolhe entre os diversos significados possíveis de um texto aquele que se tornará direito positivo.

A fundamentação da decisão judicial fixa um “ponto” no qual mais nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O tribunal alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma, portanto, que ninguém mais, de modo racional, pode pôr em causa essa interpretação. É o que se designa, genericamente, por racionalidade “externa” ou “extrínseca” do

raciocínio jurídico prático-legal. Este modelo de fundamentação é essencialmente “valorativo” e faz apelo a “argumentos não dedutivos”. A fundamentação corresponde a um conjunto de “razões” que justificam essas regras e que se oferece ainda em apoio das decisões produzidas (e não a um conjunto de regras).

Para a teoria da argumentação jurídica, com efeito, a “norma jurídica” encontra-se na justificação/fundamentação das decisões judiciais (uma fundamentação que é “valorativa” ou “não dedutiva” e que é mais extensa do que a fundamentação meramente “dedutiva”).

Isto resulta também na passagem de um direito de base autoritária a um direito de base democrática, já que implica discussão e diálogo: os tribunais procuram fundamentar agora as suas decisões e não as impor por via autoritária. Fundamentar as decisões para fazê-las beneficiar de um consenso: o das partes, o das instâncias superiores e, por fim, o da própria comunidade interpretativa.

Chegados a este pé, cabe legitimamente perguntar: se a interpretação controla o texto, essa interpretação faz parte da Constituição? Existe, na realidade, um “segundo” texto constitucional? os tribunais de justiça constitucional quando invalidam a norma legislativa “criam” a “norma constitucional parâmetro” ou “norma sub-constitucional”. a passagem de uma “disposição significado-abstrato” ao “valor-significado concreto” leva à “transformação” de um “princípio” em “norma”, feito justamente através da fundamentação. Por isso se afirma que a grande “arte” da interpretação constitucional se encontra na “transformação” dessa justificação-motivação do juiz na fundamentação das decisões judiciais.

Na Europa, os efeitos gerais da decisão dizem respeito à parte dispositiva da sentença, não ao raciocínio que lhe subjaz. Mas se se tratar de decisões “interpretativas”, i. e. aquelas que declaram a inconstitucionalidade de determinadas interpretações, a declaração de inconstitucionalidade não se encontra na conclusão, mas no raciocínio que conduziu a esta, única parte da sentença que se apresenta como constitucionalmente decisiva.

Daqui decorre a eficácia precativa, e não meramente descritiva dos fundamentos da decisão, mesmo nas decisões de não acolhimento ou meramente interpretativas. “O direito criado pelos juízes não é apenas o conjunto das normas individuais expressas no dispositivo, mas especialmente o conjunto de direitos e princípios gerais elaborados na fundamentação na qual se justifica a norma individual expressa na parte dispositiva”.

O núcleo da decisão não se encontra na conclusão (decisium), mas na opinião que conduziu a esta. É nessa opinião que se estabelece a regra de direito, que contém não apenas a decisão sobre a validade ou invalidade da norma, mas ainda o raciocínio jurídico em que se baseou, genericamente, o conteúdo relevante da norma constitucional.

A “norma sub-constitucional” corresponde a esses princípios, “princípios científico-jurídicos” “formulados pelo jurista com base no direito estabelecido”. As razões

da decisão transformam-se em princípios constitucionais - e como princípios constitucionais substantivos adquirem força jurídica própria.

A interpretação da Constituição feita pelo TC integra-se na ordem constitucional não podendo mais ser posta em dúvida a não ser por uma outra decisão do TC ou por processo formal de revisão do texto constitucional escrito.

Quanto à “justeza” ou “correção” da decisão depende da sua “aceitabilidade racional”. Esta, por sua vez, pressupõe um conceito “forte” de “racionalidade procedimental”.

Em conclusão: a operação de aplicação da norma não se apresenta unicamente como uma simples operação de subsunção. Pelo contrário, constitui uma tarefa complexa na qual a interpretação dos factos e a interpretação da norma se condicionam mutuamente. Isto leva necessariamente a uma dupla interpretação, da lei e dos factos. Esta converte-se, no âmbito do direito constitucional, numa interpretação material de conteúdos.

CAPÍTULO VIII – Restrição e configuração de direitos fundamentais

1. Os conceitos de restrição e configuração de direitos fundamentais

Os direitos previstos na constituição não são absolutos. Necessidade de se proceder, com clareza, à delimitação dos conceitos de “restrição” e “configuração” dos direitos fundamentais.

Por “restrição” de um direito deverá entender-se, na perspectiva de Alexy, toda a interpretação e aplicação do direito que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental. Tomemos como exemplo o disposto no art. 47.º da CRP. O “pressuposto de facto” descreve simplesmente o “direito” à “liberdade de escolha da profissão”. Só que o pressuposto de facto e o âmbito de proteção podem não coincidir. A constituição autoriza o legislador a restringir o âmbito de proteção do direito, mas não o respetivo conteúdo, estando em causa o interesse coletivo ou bem comum, v. g., estabelecendo restrições legais não ao direito, mas ao seu livre exercício.

Noutros casos, como no “direito à liberdade de consciência, religião e culto”, consagrado no art. 41.º da CRP, o “pressuposto de facto” e o “âmbito de proteção” do direito coincidem. É o que Alexy designa por “pressuposto de facto do bem protegido”. Nestas circunstâncias, o conceito de “pressuposto de facto” perde o caráter de contrapartida do conceito de “restrição”.

O conceito de restrição é utilizado unicamente para os casos em que essa redução do âmbito de proteção do direito é objeto de uma “autorização constitucional”, quer se trate de uma autorização concedida de forma direta ou indireta. Em todos os outros casos, tratar-se-á tão só de um problema de “delimitação” de direitos no caso prático a decidir.

A esta luz, para quem aceite a “teoria externa” dos limites, afirma-se que os direitos fundamentais só podem ser delimitados em caso de colisão prática. Ao invés, para quem defenda uma “teoria interna”, a delimitação dos direitos não se mostra nem necessária nem possível. Daí a utilização de diferentes terminologias como, v. g., “âmbito de proteção”.

Em todo o caso, importa sublinhá-lo, o âmbito de proteção da norma reconhecadora dos direitos fundamentais não deriva unicamente do “texto da norma”, antes de uma multiplicidade de outros fatores e, entre estes, o “estado da jurisprudência” e o “âmbito” ou “setor normativo”, i. e., o recorte da realidade da vida objeto de proteção.

As restrições aos direitos fundamentais são levadas a cabo ou por normas de estalão constitucional (“diretamente constitucionais”) ou por normas infraconstitucionais (indiretamente constitucionais).

As cláusulas restritivas, por sua vez, podem ser consideradas expressas ou implícitas. Em algumas cláusulas, todavia, é duvidoso saber se se trata de “cláusulas restritivas” ou do “pressuposto de facto” do exercício do direito protegido. Paradigmático a este respeito será a formulação do “direito de reunião e manifestação” do art. 45.º, nº 1 da CRP – remissão para as explicações do Prof. Tiago Duarte em sede da cadeira de DCP sobre este artigo.

Abstratamente os direitos não são incompatíveis. A incompatibilidade ou conflito só poderá dar-se perante um caso concreto. A necessidade de “concordância prática” ocorrerá ou com base numa “harmonização” de direitos ou com base na “prevalência” ou “prioridade” de um direito em relação a outro. Será, por conseguinte, nestas hipóteses de conflito, que surge o problema da “restrição” e/ou “configuração” de direitos fundamentais.

Neste sentido, retomando a terminologia de Alexy, a “configuração” do direito engloba tanto a sua “regulamentação” como a sua “concretização”. No primeiro caso, é a constituição que remete para a lei a configuração do “âmbito normativo” carecido de conformação jurídico-normativa. É este o caso do direito geral à objeção de consciência, garantido “nos termos da lei” (art. 41.º, nº 6 CRP). O direito jusfundamental carece, para o seu exercício, da “interposição do legislador”. Mas isso não quer dizer que os direitos não sejam diretamente aplicáveis ou que se mostrem não exequíveis por si mesmos. O legislador não “dispõe” dos direitos fundamentais. Significa apenas a “necessidade da lei” em ordem a “garantir” o respetivo exercício. A constituição autoriza o legislador a preencher um “âmbito normativo” carecido de conformação jurídico-normativa.

De acordo com a terminologia adotada por Alexy, as restrições podem ser de dois tipos: a) a constituição prevê diretamente certa e determinada restrição (privação da liberdade e inviolabilidade do domicílio e correspondência, respetivamente arts. 27.º, nº 3 e 34.º, nº 2 e 4 CRP); b) a constituição limita-se, unicamente, a prever restrições não especificadas (tratamento informático de dados pessoais, liberdade de escolha de profissão, restrição ao exercício de direitos dos militares – arts. 35.º, 47.º e 270.º CRP).

2. Tipos de restrições

2.1. Restrições diretamente autorizadas pela Constituição

A limitação do direito é imediatamente estabelecida pela Constituição. Restrição constitucionalmente expressa. O exemplo clássico é o do “direito de reunião e manifestação”. Aqui é a Constituição que autoriza diretamente a restrição. A norma constitucional indica claramente o “âmbito de proteção” do direito – reunião “pacífica” e “sem armas”, em “lugares abertos ao público”, “sem dependência de qualquer autorização” – distinguindo-o dos respetivos “limites”: não serão permitidas manifestações ou reuniões “não pacíficas” em qualquer tipo de locais, públicos ou privados.

Estas restrições são expressas. Mas podem existir ainda restrições implícitas, derivadas fundamentalmente da necessidade de salvaguardar “outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”. Essas restrições implícitas terão de ser consideradas “indiretamente constitucionais”. Melhor seria dizer que não se trata de “restrições” verdadeiras e próprias, mas de um problema de delimitação de direitos no caso prático a decidir.

Os requisitos de “regulamentação” não podem, em caso algum, ser confundidos com os requisitos de “restrição” ou “limitação” de direitos pela sua transformação em proibições face a determinadas doutrinas religiosas, políticas, filosóficas ou outras. Neste sentido, estaríamos em presença não de uma “regulamentação” de direitos em sentido estrito, mas de uma “restrição” inadmissível dos mesmos.

2.2. Restrições indiretamente autorizadas pela Constituição

Noutros casos a constituição autoriza a lei a restringir ela própria o âmbito de proteção do direito. Será a hipótese prevista no art. 41.º, nº 1 CRP. Prevêem-se restrições não à liberdade de escolha de profissão, mas ao seu livre exercício.

A este propósito, a dogmática jurídico-constitucional tem vindo a distinguir entre direitos sujeitos a “reserva de lei simples”, direitos sujeitos a “reserva de lei qualificada” e direitos “sem reserva de lei”. No primeiro caso, a reserva decorre do facto de o conjunto de fins que o legislador se encontra obrigado a prosseguir ser tanto maior quanto menor forem os limites dessa reserva. Se o direito fundamental comportar uma “reserva de lei simples”, como no caso do art. 41.º, nº 6 CRP, deve o legislador, no quadro do princípio da proporcionalidade, seguir todos os fins que o direito jusfundamental em si, mas também em abstrato, pressupõe. Essa margem estrutural de ação será mais limitada no caso de o direito jusfundamental se encontrar enquadrado por uma “reserva de lei qualificada”, como ocorre, v. g., na hipótese do art. 27.º CRP. Neste caso a intervenção do legislador resulta balizada por essa reserva, designadamente porque é a própria CRP que determina a “medida” da realização desses fins.

Mas se se tratar de direitos fundamentais “sem reserva de lei”, a constituição não admite nenhuma intervenção através de lei ou com base na lei. Quer dizer, no âmbito da garantia do livre exercício desses direitos, terá de admitir-se a sua “delimitação”, mas não já “restrição”, em caso de colisão prática, mediante um processo de ponderação. A ausência de reserva de lei significa que ao legislador não lhe assiste uma liberdade de ação ou configuração. Como exemplos desta categoria de direitos poderíamos citar os casos do direito geral à liberdade de consciência, religião e culto, do direito à liberdade de criação cultural (art. 42.º CRP) ou do direito à liberdade de aprender e de ensinar (art. 43.º CRP).

Na hipótese dos direitos fundamentais sujeitos a “reserva de lei simples” a liberdade de ação e configuração do legislador é mais extensa do que na hipótese dos direitos fundamentais com “reserva de lei qualificada”. No primeiro caso, o legislador poderá decidir por si próprio se intervém ou não no direito jusfundamental, e em função de que fins, propósitos e princípios o faz. No segundo caso, a constituição deixa nas mãos do legislador a decisão de fazer seus os fins, propósitos ou princípios enunciados na cláusula que estabelece a “reserva de intervenção”, na hipótese de pretender intervir no direito jusfundamental. É o que ocorre, v. g., nos termos do art. 27.º CRP.

Nesta configuração, a margem para a determinação de fins mostra-se na sua máxima expressão, quando o legislador pode escolher por si próprio os fins que justificam a sua intervenção. É o que ocorre, v. g., nos termos do art. 41.º, nº 6 CRP.

Assim, compete essencialmente aos poderes públicos: primeiro, o “ónus da prova” de que existe um “interesse público relevante” ou “extraordinário”, que deverá tomar precedência sobre o direito individual; segundo, uma conexão “relevante” ou “estrita” entre esse interesse público relevante ou extraordinário alegado e a proteção do mesmo no caso concreto; terceiro, que de nenhum outro modo poderia o legislador proteger esse interesse por outra via de menor impacto discriminatório.

O legislador vê-se obrigado a justificar (: fundamentar) essa limitação, demonstrando e provando, no caso concreto, não apenas uma “relação próxima” entre a justificação oferecida e os meios de que se serviu para a promover, mas ainda que de entre os meios possíveis escolheu não apenas os menos drásticos ou discriminatórios, mas ainda os mais constitucionais, porque “menos gravosos” para o direito fundamental.

3. O princípio da “reserva de lei restritiva”

Entende-se que as restrições constitucionalmente autorizadas só podem ser concretizadas ou por lei da AR ou por DL autorizado [do Governo – reserva relativa de competência legislativa da AR]. A lei ou o decreto-lei autorizado têm de ser “suficientemente densos” no que concerne ao aspeto essencial das restrições. Isto exclui: a “delegação” da regulamentação das restrições, total ou parcialmente, para a administração pública; a possibilidade de regulamentos “independentes”, “autónomos” ou “delegados”, posto que estes se traduzem num verdadeiro e próprio processo de “deslegalização” (arts. 112.º, nº 5, 6 e 7, 241.º CRP).

Daqui decorre o princípio da “precisão” e da “determinabilidade” na regulamentação da lei, que não é unicamente apanágio do princípio da “reserva de lei restritiva”, se bem que assumam aí um relevo jurídico particular, posto que se exige uma clareza e determinabilidade das normas no mais alto grau, i. e., a utilização de termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios, e ainda uma “densidade suficiente”, de forma a poder ofertar uma “medida jurídica”, criando condições de “fiabilidade” e “confiança” no que concerne às autoridades de controle.

Essa medida jurídica, segundo Gomes Canotilho, deverá ser capaz de: alicerçar “posições juridicamente protegidas” dos cidadãos; constituir uma “norma de atuação” para a administração; e, por último, possibilitar, como “norma de controle”, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Teoria da essencialidade – decisões essenciais sobre os pressupostos, circunstâncias ou consequências da ingerência dos poderes públicos nos direitos e liberdades fundamentais têm de ser tomadas pelo próprio legislador, i. e., não podem ser delegadas na administração pública (leading cases – Ac. TC 285/92 [racionalização do emprego dos recursos humanos na Administração Pública]; Ac. TC 458/93 [segredo de Estado]).

Teoria dos limites imanentes/implícitos – configuram-se como limites constitucionais não escritos, mas a sua existência acaba por vir postulada pela necessidade de resolver conflitos práticos entre direitos fundamentais. O exemplo paradigmático é o do direito à greve (art. 58.º CRP). Entende-se que, no caso, a exigência estabelecida por lei da garantia dos serviços mínimos em hospitais e serviços de segurança se apresenta como incontestável e legítima.

O princípio da “reserva de lei restritiva” não deve ser confundido com o princípio da “reserva da Constituição” (este significa que determinadas questões, respeitantes aos direitos fundamentais, e ao estatuto jurídico do político, não devem ser reguladas por lei ordinária, mesmo se de uma lei proveniente da AR, mas sim pela CRP). No caso, por exemplo, do direito geral à liberdade de consciência, religião e culto, a constituição estabelece um “direito geral” à liberdade de consciência, religião e culto – e seu livre exercício – que não pode ser interpretado, tal como ocorria no Estado Novo, no sentido do estabelecimento de uma “reserva de lei” em favor do legislador. Se assim fosse, resultariam constitucionalmente injustificadas ou inadmissíveis as limitações ou reduções do direito geral fora do quadro constitucionalmente prescrito e autorizado.

Por esta via, resulta clara a relação entre o princípio da “reserva de Constituição” e o postulado da “liberdade de conformação do legislador”. Mas não são conceitos idênticos. O primeiro pressupõe o “princípio da tipicidade constitucional de competências” e ainda o “princípio da constitucionalidade” das restrições aos direitos, liberdades e garantias. É neste sentido que Gomes Canotilho/Vital Moreira distinguem as “restrições” da “delimitação” do “âmbito próprio do direito”. Só se pode falar em restrições ao exercício de um direito, afirmam, depois de estar delimitado o seu “âmbito de proteção”, i. e., depois de se encontrar definido o seu “conteúdo essencial”. Este último limitaria a liberdade de conformação do próprio legislador. Por isso, haverá que

ter cuidado com a noção dos chamados “limites imanentes não escritos” – a lei deve limitar-se a “revelar” ou a “concretizar” limites de algum modo presentes na CRP. Não deve admitir-se a criação autónoma de limites supostamente imanentes; a definição desses limites deverá mostrar-se como único meio de resolução de conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza; essa delimitação de direitos, em caso de conflito prático, deve ser reduzida ao estritamente necessário à superação do conflito.

De igual modo, não deverá confundir-se as leis restritivas com as leis de garantia do exercício dos direitos e liberdades constitucionalmente garantidos. Por exemplo, o direito de voto exige, entre outras coisas, o recenseamento eleitoral, devendo a lei garantir a competente organização, sem que a obrigatoriedade desse recenseamento represente uma qualquer restrição ao âmbito de proteção do direito em causa. O princípio constitucional, nesta matéria, é o da previsão constitucional expressa da respetiva restrição.

Seja como for, deverá ter-se presente que os chamados limites imanentes não deixam de ser restrições ao âmbito do exercício dos direitos fundamentais. Tais limites não são originários. Surgem antes da necessidade de configurar ou compatibilizar direitos fundamentais face a outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

De igual forma, não poderá falar-se entre nós em “cláusulas tácitas” de restrição ou mesmo de “restrições de direitos não expressamente autorizadas pela Constituição”. Igualmente, será de excluir o recurso à DUDH, à CEDH ou à CDFUE sempre que esse reenvio ostentar o sentido de aí encontrar uma “autorização geral” ou “tácita” de restrição de direitos, que a Constituição não autoriza e, no limite, proíbe. Mesmo no quadro da EU, o teor do disposto no art. 52.º CDFUE estabelece o critério da “norma mais favorável” ou da “proteção mais extensa”, querendo com isso significar que não autoriza a configuração de novas limitações ou limitações mais intensas ao exercício de direitos se estes puderem ainda ancorar-se numa norma de proteção mais favorável ou extensa.

De resto, como é sabido, uma pluralidade de sistemas de proteção de direitos fundamentais – basicamente a três níveis: internacional, comunitário e constitucional – não se traduz necessariamente num maior grau de proteção jurídica. Pelo contrário, um sistema “multinível” de proteção dos direitos e liberdades fundamentais pode ter o efeito “perverso” de potenciar conflitos entre jurisdições que se assumem como “guardiãs dos direitos fundamentais”.

4. A garantia do “conteúdo essencial” como “limite dos limites” ou “barreira última” da concretização

Para concretizar e especificar os direitos torna-se necessário: primeiro, delimitar-lhes um âmbito de proteção, bem como os respetivos limites. de seguida, aplicar o princípio da proporcionalidade aos limites dos direitos e liberdades implicados. E, por último, e apenas excecionalmente, podemos desviar-nos da função liberal desses direitos quando a norma em questão apresentar um fundamento suficientemente preciso.

O “conteúdo essencial” do direito fundamental estabelece-se como “limite dos limites”, que assim se encontra no seio do próprio direito fundamental. *É usual individualizar-se um conceito “relativo” e outro “absoluto” no que concerne ao conteúdo essencial. No primeiro caso, o conteúdo do direito não pode ser determinado para todos os casos de um modo definitivo, antes em função dos interesses em presença. No segundo caso, o conteúdo essencial pode vir determinado com independência dos casos concretos, i. e., com validade uniforme, seja qual for o interesse ou bem com que entre em conflito.*

À necessidade da formulação de cláusulas restritivas sobrepõe-se o imperativo de que estas não podem nunca *ser utilizadas para esvaziar o direito fundamental na sua totalidade, i. e., na globalidade do seu sentido ou significado real.* Dworkin afirma que *as cláusulas restritivas dos direitos fundamentais, e particularmente dos direitos, liberdades e garantias, deveriam, por sua vez, ser interpretadas restritivamente. Esta necessidade de “interpretação restritiva” das “cláusulas restritivas” dos direitos e liberdades jusfundamentais implica um teste forte de proporcionalidade, pois só a partir deste se poderá determinar, no caso, se uma restrição específica resulta ou não compatível com a natureza do direito ou liberdade em causa.*

Outro problema é o de saber se a proteção só se dará a conhecer em cada “caso concreto”, mediante uma ponderação de bens ou interesses concorrentes (: conteúdo relativo), ou se, pelo contrário, possui substancialidade própria, delimitável, independentemente da colisão de interesses verificada no caso particular (: conteúdo absoluto). No primeiro caso, Gomes Canotilho e Vital Moreira *inclinam-se para a consideração dos direitos fundamentais como “bens jurídicos objetivos”, sem todavia se abstraírem do facto de que se trata sempre de “direitos fundamentais com sujeitos”.*

Entre nós, no caso do “direito de acesso ao ensino superior público”, a distinção a que procedeu o TC (Ac. TC 148/94) entre o âmbito de proteção e a limitação do direito mostrou-se, fundamental e constitutiva. O que se perguntava era, tendo em consideração os princípios da “necessidade” e da “proporcionalidade”, se não deveria ser fixado um “limite razoável” dentro do qual se poderia falar da lógica constitucional da possível gratuitidade do ensino superior e não da lógica do pagamento parcial dos custos do ensino pelos respetivos utentes. No limite, a questão constitucional referia-se, estritamente, a um problema de “delimitação” e não de “restrição” de direitos. O que estava em causa era a “medida” do respetivo direito, i. e., como traçar os limites de um “direito subjetivo público”, sem violar o “princípio de igualdade”, dada a variação do valor das propinas com os custos diversificados, e possivelmente muito díspares, de cada instituição de ensino superior. Uma pretensão de acesso segundo a “medida” especificada na Constituição, i. e., segundo critérios de repartição justa de acordo com “as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país” e a “democratização do sistema de ensino”. Por último, o “direito de acesso ao ensino superior público” poderá ainda apresentar-se como dimensão relevante do “programa normativo” de um direito subjetivo pessoal, designadamente a “liberdade de escolha de profissão” (art. 47.º, nº 1 CRP) a “liberdade de aprender” (art. 43.º). Neste sentido, pode falar-se, com Gomes Canotilho, de uma “relação de contiguidade” entre um “direito de defesa” e um “direito a prestação”.

Por vezes, a distinção entre o conceito relativo e o conceito absoluto não opera de forma tao simples e linear. Atualmente, na jurisprudência norte-americana, vence a “teoria do contrapeso de bens no caso concreto”. A questão teve origem na criminalização do Partido Comunista no período do macarthismo – os “liberais” afirmaram que a Emenda I [liberdade de expressão] era “absoluta”.

O “contrapeso” resulta numa operação “guiada” por princípios. Mas não se trata nem de uma “ponderação” nem de uma “restrição” ou “redução” de direitos, antes de uma “compensação” entre diferentes bens e interesses constitucionalmente protegidos. Inscreve-se na direção de um pensamento fundado em “alternativas” no quadro de um “pensamento de possibilidades”. Por isso, o contrapeso deve ser visto, em primeira linha, como uma “compensação fortemente pluralizada”, que tem por finalidade a estabilidade e o equilíbrio dos interesses em presença.

Seja como for, quando o legislador procede à concretização dos direitos fundamentais deve-lhe ser traçado um “limite último”, “extremo” e “intransponível”. Ora, é nessa “função positiva” e não meramente “negativa” ou “proibitiva” da concretização dos direitos e liberdades fundamentais que se formula o “conteúdo essencial”. Este pode representar nas mãos do juiz constitucional um instrumento valioso, v. g., em razão da cláusula da dignidade da pessoa humana, ou mesmo da “função social” que se reconhece, em geral, aos direitos fundamentais. Mas trata-se de uma tarefa complexa. A delimitação do conteúdo essencial como limite dos limites ou barreira última da concretização resulta essencialmente criada pelo intérprete-aplicador. Constitui, nesses termos, a configuração de um “limite imanente”. Só que apenas são admissíveis os limites que se mostrem ao mesmo tempo “conformes” à “essência” ou ao “conteúdo” dos direitos fundamentais (que transcende a esfera da liberdade individual do respetivo titular para se apresentar como uma espécie de “barreira última” na concretização do direito).

CAPÍTULO IX – A constitucionalização de “novos” direitos fundamentais

1. Direitos, pretensões e expectativas

Os direitos fundamentais apresentam-se genericamente como limite ao poder público, e ainda como fim da própria atividade público-estadual (: “política dos direitos fundamentais”). A dignidade da pessoa humana como “princípio constitucional supremo” apresenta-se como “fundamento” da Sociedade e do Estado, i. e., como “norma jusfundamental” e como “direito fundamental”. Numa palavra, como “compromisso fundamental do Estado”.

Perante este quadro, é usual distinguir-se os “direitos constitucionais”, de um lado, das simples “pretensões” e “expectativas”, do outro. Alguns afirmam que as pretensões e as expectativas não constituem “direitos” verdadeiros e próprios. De todo o modo, trata-se de direitos amplamente aceites pela comunidade e que não podem como tal ser eliminados sem uma mudança fundamental na compreensão social. São genuinamente “constitutivos” de outros direitos no sentido em que ajudam a criar valores básicos da Sociedade. Mas são também “compromissórios” no sentido em que aspiram a desfrutar de um grau de estabilidade no tempo. A sua violação corresponde a uma espécie de quebra ou rutura da relação de confiança que deve presidir às relações entre governantes e governados, numa palavra, uma violação do “princípio da proteção da confiança” próprio de um Estado de Direito democrático e constitucional.

as pretensões e expectativas devem ser distinguidas dos “direitos” e “interesses” garantidos pelo direito ordinário infraconstitucional ou mesmo das simples “políticas públicas” de direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais. Por

outro lado, estes conceitos não se encontram dependentes de noções “confusas”, designadamente de “direitos negativos” ou “positivos”, mas de uma “posição de princípio” sobre o que realmente constitui um “direito fundamental”.

A esta luz, quer se entenda as “pretensões” como “direitos”, meros “interesses” ou simples “expectativas”, o certo é que estas se foram sedimentando na consciência jurídica geral de tal sorte que se apresentam como “direitos complementares” (ou “expectativas constitucionais”).

isto traz consequências na interpretação e aplicação desses direitos e liberdades ao caso particular: relativiza a separação entre o Estado e a Sociedade, bem como a diferenciação entre o Estado e o cidadão ou a relação cidadão/cidadão. Ambos vêm agora “comunitariamente (co-)responsabilizados por essa coordenação”, sem que a proteção constitucional da subjetividade fique precludida. Esta dirige-se, em primeira linha, ao legislador – não como “tarefa” político-programática, mas jurídico-constitucionalmente vinculante – uma tarefa definida como norma-fim e que se dirige ainda como expectativa constitucional tanto ao Estado como aos cidadãos.

Esta funcionalização – *rectius*, esta abrangência e amplitude da “função” dos direitos fundamentais (: “direitos fundamentais como fundamento funcional da democracia”) – coloca problemas pertinentes à teoria constitucional. Com isso adquirem os direitos um sentido qualitativo diferenciado. À tríade liberal-conservadora “segurança-diversidade-solidariedade” opõe-se agora a tríade “liberdade-segurança-fraternidade” nas condições de uma incerteza cognitiva e valorativa.

Oiçamos Luhmann: (...) o direito enfrenta hoje uma quantidade de “expectativas normativas”, que poderíamos definir como “pretensões de direito”, fora das quais dificilmente poderia ofertar valorações “contáveis” e “mensuráveis”. O mesmo vale para o juiz constitucional. na aplicação de normas jurídicas deve este recorrer não apenas a representações normativas, mas ainda a valores sociais não juridificados. E se tivermos em conta este facto, a função do processo de decisão constitucional parece consistir na “seleção do direito” e na “dignidade jurídica”. A sua “decisão seletiva” apresenta-se como um “requisito indispensável de validade jurídica”.

Quer dizer, segundo Luhmann, os procedimentos jurídicos não servem unicamente para a produção da decisão. Servem ainda para a “absorção de protestos”.

A “incorporação” nas novas Constituições dos Länder alemães de “expectativas de integração” não faz mais do que acentuar a tendência, relevando o significado político dos conceitos de pluralismo e de tolerância no quadro do moderno Estado de Direito democrático e constitucional, que se apresenta ainda como um Estado de Direitos Fundamentais.

Atente-se, a título meramente exemplificativo, na constitucionalização da garantia e defesa da “diversidade cultural local”, ou dos “direitos dos homossexuais” e “transsexuais”. O mesmo ocorre com a CDFUE que, nos termos do disposto no seu art. 22.º, garante e respeita a “diversidade cultural, religiosa e linguística” no quadro do espaço europeu.

Neste sentido, define Stern, as “expectativas constitucionais” como o “pressuposto de facto” do “direito fundamental” no que concerne à sua participação nos efeitos de proteção. Exemplo do que se acaba de afirmar será o desenvolvimento de uma conceção de “direitos auxiliares” necessários à proteção dos “clássicos” direitos de defesa contra intromissões do Estado e outras entidades públicas. A sua esfera de atuação manifesta-se primordialmente: face à ação da administração pública, face a atos administrativos, face às limitações objetivas de outros direitos jusfundamentais, face às limitações objetivas decorrentes da respetiva aplicação judicial.

Klaus Stern introduz a figura dos “direitos auxiliares” a partir de uma determinação jurídico-fundamental objetiva, ou, numa outra terminologia, a partir de “pretensões autónomas” quanto à determinação do conteúdo do direito jusfundamental, que se dirigem, em primeira linha, a toda a espécie de ações ou atividades por parte do Estado.

2. Reconhecimento jurídico e institucional

Os direitos fundamentais apelam a um “Estado cosmopolita”, a um modelo mais ou menos compreensivo de sociedade universal. Este apelo a um universalismo filosófico não ostenta qualquer pretensão hegemónica. Não suprime identidades particulares. Não silencia nem estigmatiza nenhum grupo atuante na esfera societária.

Esta técnica de “positivação” e “constitucionalização” de direitos, que associa o reconhecimento de “direitos” à implementação de “políticas públicas” de concretização e realização desses direitos, permite um certo grau de justiciabilidade dos direitos e liberdades implicados. Mas se a realização desses direitos gozar de proteção judicial, a questão do seu “reconhecimento jurídico” e “institucional” acaba por levantar problemas de interpretação e aplicação bastante complexos.

Essas políticas de “identidade” e “reconhecimento” desembocam na reivindicação de uma representação política específica para determinados “grupos” e “movimentos societários”. Mecanismos complexos de “diferenciação intercultural”, que se traduzem, por sua vez, em reivindicações de “reconhecimento jurídico” e “institucional”. O reconhecimento dessas políticas de “identidade” e “reconhecimento” ocorre somente com a “positivação” desses direitos e liberdades em ordem ao estabelecimento de um “sistema de garantias judiciais”, basicamente de cariz “procedimental” (: “status activus processualis”).

A Constituição refere hoje a existência de uma estadualidade “aberta”, que compreende um processo complexo de integração social. Este reconhecimento dos “grupos” e das suas “necessidades particulares” coloca “novos” problemas ao funcionamento do moderno Estado de Direito democrático e constitucional (outrora assente na autonomia individual e na universalização de princípios). Essas diferentes “cosmovisões” não se traduzem, porém, na reivindicação de novas formas de “redistribuição” de bens e serviços, antes relevam pretensões ao reconhecimento de “direitos” em torno de conceções fundamentais sobre a “identidade”, quer individual quer coletiva.

São, entre outros, os casos do “véu islâmico”, em França e na Alemanha, do “testamento vital”, na Itália, das “testemunhas de Jeová”, da “negação do holocausto” e da “lei de segurança da aviação”, na Alemanha, da “proibição de partidos políticos de extrema-direita”, igualmente na Alemanha, da “biomedicina”, etc. Tudo isto gera uma pluralidade de “esferas particulares de valores”, que põe em causa a “universalidade” do consenso constitucional pressuposto.

Mas é também o reconhecimento da “igualdade” (em abstrato) como “desigualdade” (em concreto) no quadro das prestações do Estado social, segundo a fórmula dworkiana de uma “igualdade preferente” ou a fórmula contemporânea de um “direito igual à desigualdade” (ou “diferença”). Numa palavra, os problemas da “inclusão” e do “consenso” no quadro de uma sociedade profundamente fragmentada e individualista.

Perante este quadro, o papel do Estado não será já o de arbitrar entre “grupos” e “interesses”, mas o de fornecer uma “proteção jurídica” quer aos grupos quer aos cidadãos individualmente considerados. A “identidade” é reconhecida agora pelo direito constitucional como podendo ser quer “individual” quer “coletiva”. A afirmação da sua expressão no “espaço público” faz-se “através da Constituição”. O mesmo é dizer que os grupos sociais quibus tale vêm reconhecidos como titulares de direitos fundamentais.

O problema fundamental, contudo, radica em saber de que “modo” e por que “forma” o princípio da tolerância se aplica no espaço público a certas expressões, práticas sociais, estilos e formas de vida. Em suma, saber até que ponto a Sociedade se mostra predisposta a aceitar a diferença, o “outro”, objeto de contestação (manifestações externas das “diferenças” que uma sociedade democrática e pluralista pode objetivamente comportar. O problema da tolerância transforma-se numa questão de “inclusão” ou “exclusão” de grupos minoritários ou marginais).

Usar um “véu islâmico” ou “yarmulke” em casa ou no local de culto não cria nenhum problema para o Estado democrático e constitucional. Os problemas surgem quando diferentes práticas religiosas, ideias, estilos ou formas de vida reclamam foros de cidadania no espaço público. Mas enquanto a tolerância como “liberdade” encontra uma solução no constitucionalismo liberal (a nossa liberdade termina quando interfere com a liberdade dos outros), a tolerância, entendida como reivindicação de uma “identidade”, diferentemente, constitui um problema real.

A Constituição reconhece hoje um “direito de autonomia”, mas não necessariamente um “direito grupal” de identidade cultural, e tão pouco protege expressamente as minorias culturais, designadamente a questão da liberdade de ação cultural da população imigrante.

O contexto cultural é um espaço no qual se constrói a personalidade e onde se deve desenvolver o respeito que é devido à pessoa humana enquanto tal. Mas a CRP não acolhe nenhuma garantia específica de conservação do âmbito cultural de origem.

Chamemos-lhes minorias ou não, há que lhes garantir e assegurar o respeito das suas crenças e identidade de origem. Aqui mostram-se particularmente operativas as cláusulas da liberdade de religião e de associação, a liberdade geral de ação, sob a

forma de um direito ao desenvolvimento da personalidade, e o princípio geral de igualdade, especialmente nas suas cláusulas específicas de não discriminação.

E, particularmente, no que concerne à população imigrante, refira-se que esta não goza, em geral, de um direito de participação política, designadamente do direito de sufrágio, reservado aos nacionais do Estado, mas poderá gozar já do exercício dos direitos fundamentais de liberdade que assistem a todos os indivíduos, independentemente da respetiva nacionalidade, de acordo com o princípio da universalidade que preside à concretização e realização dos direitos e liberdades fundamentais.

Mas a nossa ordem constitucional não prevê uma tutela específica para as minorias enquanto tais, embora garanta, em seu lugar, uma tutela constitucional geral dos direitos e liberdades jusfundamentais. O Estado, se o entender, é que poderá, depois, determinar uma tutela específica para esses diferentes grupos, mediante, v. g., uma proteção especial (determinando formas de proteção específicas para a preservação da própria identidade cultural, no quadro de uma compreensão e interpretação positivas e pluralistas do mandato de “neutralidade” e “tolerância recíproca” que deve enformar as relações dos cidadãos em Sociedade e destes com o Estado de que são nacionais), mas isso não resulta constitucionalmente exigível. O direito geral de associação e de liberdade de religião não podem incorporar essa função. Não determinam de per si, especificamente, uma garantia de identidade no seio da ordem jurídico-constitucional para outros valores ou tradições. Trata-se, sucintamente, de direitos individuais, que garantem a “autodeterminação” e a “autonomia” do indivíduo e não a de grupos sociais quibus tale.

3. A garantia dos poderes públicos

A proteção dos direitos e liberdades fundamentais estende-se à aplicação da lei pelo poder executivo e pelo poder judicial, embora o destinatário principal dessas pretensões jusfundamentais diretas não sejam os tribunais e o poder judicial, mas fundamentalmente o legislador.

No caso dos direitos que se concretizem em pretensões jurídico-fundamentais diretas a ações por parte da administração, haverá que ter fundamentalmente em consideração a afirmação dos princípios da legalidade e da precedência de lei. A administração encontra-se vinculada à lei e à Constituição quanto à determinação dos direitos e liberdades implicados (art. 266.º CRP). O exercício desses direitos e liberdades esbarra, porém, com o princípio da reserva de lei estabelecido na CRP.

No que concerne ao poder judicial, a constituição atribui aos tribunais a tarefa específica constante dos arts. 202.º, nº 2 e 204.º CRP.

Dualismo entre os DLG e os DESC: art. 18.º, nº 1 CRP determina um regime “dualista”: um referente aos direitos, liberdades e garantias e outro relativo aos direitos económicos, sociais e culturais. Mas com uma ressalva de vulto: o disposto no art. 17.º CRP. Quer dizer, caberá, em último termo, ao operador jurídico, sobretudo aos tribunais, determinar, no caso concreto, o regime e a força jurídica desses direitos e liberdades no caso particular.

Ainda assim, não poderá ignorar-se que na hipótese desses direitos se traduzirem em ações a levar a cabo pelo legislador a questão da sua validade ou eficácia direta se mostra problemática. Não é possível, afirma-se, aos tribunais gerirem uma política económica e social, domínio específico do poder legislativo, e muito menos exercê-la, numa gestão contrária à dos órgãos politicamente conformadores.

A configuração jurídica dos “direitos a prestações” pode apresentar-se como uma “tarefa constitucional legislativa particular” de “produção de atos jurídicos”. Neste sentido, a pretensão a uma ação do legislador existe enquanto postular uma atividade legislativa particular, tal como ocorre nos casos dos arts. 69.º e 70.º CRP. Estas últimas constituem “pretensões prestacionais jusfundamentais diretas”. A estas opõem-se as “pretensões prestacionais jusfundamentais indiretas”, i. e., todas aquelas para as quais o direito jusfundamental não pode autonomamente fundamentar uma tarefa legislativa, ou, numa outra terminologia, sempre que o princípio da reserva de lei não constitua fundamento para uma pretensão jusfundamental direta face ao poder legislativo. Traduz-se num “espaço de apreciação” e “prognose” que se revela, por sua vez, quanto à determinação dos correspondentes “deveres de proteção”, como uma “liberdade de escolha” face aos “fins de proteção”. Essa liberdade de escolha não é ilimitada, o legislador deverá escolher os “meios” de proteção alternativos “menos gravosos”. O Supreme Court dos EUA tem vindo a assinalar que os “interesses subordinados do Estado” devem passar por um “escrutínio estrito”, cabendo ao poder público o ónus de provar que “nenhuma outra alternativa de regulamentação resulta adequada para combater esses abusos sem infringir os direitos consagrados na Emenda I”.

De que “modo” e por que “forma” o “dever objetivo de proteção” se transforma num “direito subjetivo de proteção” a favor do respetivo titular? Esses “deveres de proteção” decorrem das próprias normas densificadoras dos direitos fundamentais. Estas impõem aos órgãos estaduais um dever de proteger os particulares contra agressões providas de outros particulares, proteção que abrange todos os direitos e bens consagrados na CRP, quer se trate dos DLG ou de DESC.

Tomemos como exemplo o direito à habitação e urbanismo (art. 65.º CRP). Este apresenta, para além de obrigações positivas, obrigações negativas. De acordo com van Hoof, o Estado violará o direito à habitação se consentir que as habitações sociais pertencentes a sujeitos de menores rendimentos sejam demolidas e substituídas por habitações de luxo fora do alcance económico dos seus habitantes originários, sem que, correspondentemente, se lhes ofereça o acesso a habitações alternativas.

Deste modo, não apenas van Hoof, mas também Eide, acabam por delinear um esquema que consiste em assinalar “níveis” de obrigações estaduais. De acordo com a proposta de van Hoof, poderíamos discriminar quatro níveis de obrigações: obrigações de respeito (“dever de não ingerência” do Estado, i. e., de não obstaculizar ou impedir o acesso ao gozo dos bens que constitui o objeto do direito); obrigações de proteção (consistem em impedir que terceiros possam intervir, obstaculizar ou impedir o acesso a esses bens); obrigações de garantia (supõem que o Estado deva garantir ao titular do direito o acesso ao bem quando este não o possa fazer por si próprio); obrigações de promoção (caracterizam-se pelo dever de promover e desenvolver as condições necessárias para que os titulares do direito possam aceder ao bem).

Deve tentar identificar-se, primeiro, o “conteúdo essencial” dos direitos implicados, no sentido de poder “predizer” o respetivo conteúdo com atributos de universalidade análoga ao dos direitos, liberdades e garantias.

Afirma-se que os DESC colocam quase sempre um problema quantitativo: quantos meios de subsistência, quanta instrução, quanto trabalho, que habitação? Os DESC apresentam-se como “direitos quantitativos”, i. e., “direitos de medida”, determinando-se a sua vinculatividade e grau de proteção jurídica em função do “modo” e da “forma” como vêm reconhecidos na Constituição ou nos princípios nela consignados.

Nestas circunstâncias, mesmo no caso dos DESC, sindicáveis através de um “direito de queixa” ou “reclamação”, pode falar-se numa “subjetivação” de direitos ou na existência de um “direito subjetivo” atribuído a um determinado titular. São “interesses juridicamente protegidos” ou “bens constitucionalmente valorados”, sendo que a partir destes se pode fundamentar um “direito subjetivo” a favor do respetivo titular (processo de “subjetivação” de direitos a partir do conceito de “norma de direito objetivo”).

Perante este quadro, os DESC, compreendidos como “posições jurídicas”, podem apresentar-se como “direitos subjetivos” desde que possam ser feitos valer em justiça pelo respetivo titular. A literatura e a jurisprudência falam unicamente em “posições jurídicas jusfundamentais”, tentando deste modo tornear a questão da qualificação desses direitos em sede de recurso aos tribunais.

4. A positivação pela intervenção do poder judicial

Do ponto de vista do direito judicial de controle sempre existiu uma enorme diferença entre a discricionariedade do legislador para desbravar poderes implícitos e a discricionariedade do poder judicial para impor limites implícitos sem especificar. Em último termo, a distinção procedia do facto de que a discricionariedade legislativa se encontrava sujeita a um controle popular relativamente imediato, considerando-se que a discricionariedade judicial não o estava. O propósito do direito judicial de controle era o de tomar em mão as cláusulas “abertas” e “vagas” da Constituição, dotando-as de um conteúdo específico adequado aos tempos e às circunstâncias, equilibrando as distintas considerações de bem-estar social nestas implicadas. O dever dos tribunais seria o de executar os amplos fins constitucionais, “fazendo” as leis necessárias e adequadas à sua concretização.

Existem diferentes opiniões quanto à questão de saber se a Constituição se encontra ou não “desfasada” face ao tempo. John Marshall havia já reconhecido que as constituições haviam sido criadas para ser interpretadas amplamente. Com isso referia-se tanto aos limites como aos poderes constitucionais, o que não é o mesmo que afirmar que os limites constitucionais tenham de quedar sujeitos a uma interpretação estrita e enrevesada, como tão pouco o estariam os poderes constitucionais. O que se passou foi que o “costume constitucional” moveu essa capacidade em direção ao poder judicial, acabando, na prática, por perverter a distinção tradicional entre aqueles que exercem

poderes e aqueles que impõem limites, i. e., genericamente, o status diferencial entre legisladores e juízes.

O movimento de progressiva “constitucionalização” e “juridificação” da política restringe o âmbito de “liberdade de conformação do legislador”. A extensão e intensidade dessa vinculação faz crescer os elementos vinculados, diminuindo o seu espaço de autonomia política. Os direitos fundamentais estendem-se a todas as esferas de vida: família, trabalho, sociedade, com novas dimensões geradas pela multiplicação dos meios de comunicação. Os mesmos direitos estendem-se a “grupos coletivos” novos – funcionários públicos, estudantes, militares, presos, etc. – que antes careciam deles. E mesmo nos direitos mais clássicos introduz-se uma “nova” sensibilidade democrática que se reflete, por sua vez, na exigência generalizada do princípio de igualdade: dos militares, dos grupos mais débeis, sobretudo a mulher.

Defende Luhmann a existência de “relações circulares” e não “assimétricas” entre o poder legislativo e o poder judicial (relações de “efeitos recíprocos”), o que implica cooperação e diálogo entre os dois poderes. Os tribunais apresentam-se como instâncias de dirimção de dúvidas em caso de conflito prático.

A tese de Luhmann é a de que a legislação se apresenta como o “locus” de transformação da política em direito. Daí a destronização do “direito público do Estado” pelo “direito constitucional judicial”, o que corresponde a uma “viragem jurisprudencial” do direito constitucional. Dominique Turpin fala, a este propósito, de um “novo” direito constitucional jurisprudencial.

No que concerne aos direitos, o TC incrementou “quantitativa” e “qualitativamente” a aplicação do “princípio geral de igualdade”, o “conteúdo essencial”, os “interesses difusos”, o “efeito expansivo” (irradiante), os direitos e liberdades como “princípios objetivos” da ordem constitucional e a sua aplicação nas relações jurídico-privadas.

Esta tendência corresponde a uma “teoria atual da constituição” e traduz-se na ideia comum de que as “sentenças aditivas” permitiriam a extensão dos direitos, porquanto mediante a interpretação constitucional se acrescentariam novos setores aos novos direitos, i. e., ao conteúdo das leis.

Este tipo de sentenças interpretam as leis, anulam parcialmente uma norma com o fim de dar um outro sentido à lei, limitam alguns dos efeitos das próprias pronúncias, incluem novos setores sociais, dirigem instruções (: injunções, mandatos) ao legislador, atuando, na prática, os tribunais de justiça constitucional como “legisladores positivos” por razões de ordem estrutural, i. e., por mudanças produzidas tanto no conjunto das instituições como especificamente ao nível do funcionamento da própria justiça constitucional (:o problema das sentenças interpretativas), que o configuram mais como “legislador positivo” do que como “legislador negativo”. Nestes casos, as decisões dos tribunais de justiça constitucional não se limitam unicamente a suprimir o preceito legal contrário à Constituição, antes incorporam uma “nova” norma (: “norma sub-constitucional”) na ordem jurídico-constitucional.

CAPÍTULO X – Delimitação dos direitos fundamentais no caso concreto

1. Os termos do problema

Os direitos subjetivos só adquirem consistência em virtude de uma justa repartição prévia dos bens dos outros membros do corpo social. É somente na medida em que esses bens resultem corretamente partilhados ou transmitidos que aquele ou aqueles que os recebem podem ser ditos autenticamente “titulares”.

Toda a pessoa chamada a exercer o direito numa relação social determinada busca a medida perfeita de um ajuntamento entre pessoas. Princípios como o pacta sunt servanda, in dúbio pro reo, e tantos outros, perdem rapidamente a sua evidência quando aplicados a uma situação concreta. Por exemplo, o princípio de que a vida humana é inviolável e indisponível. Este princípio poderá sofrer legitimamente uma limitação quando, tratando-se de um cadáver, se proceder à extração de um órgão para salvar uma outra vida humana?

Pode tirar-se uma primeira conclusão: os princípios mostram-se mais “débeis” ou mais “fortes” consoante o “caso” ou “a causa”. Para outros, o método do “contrapeso” ou da “ponderação de bens” no caso concreto apresenta-se como um caso de aplicação de “argumentos finalísticos”, i. e., argumentos que incluem fatores “não dedutivos”. Quer dizer, se existem “objetivos sociais legítimos”, o juiz deveria poder recorrer a argumentos finalísticos e, a partir destes, rejeitar as soluções meramente dedutivas com base em argumentos de fim ao mesmo tempo que excluiria os argumentos pessoais ou ideológicos.

São as “cláusulas abertas” da Constituição que abrem a via a valorações de “razoabilidade”, “adequação”, “proporcionalidade”, “tolerabilidade” e ainda ao “contrapeso de bens” no caso concreto. Isto provoca, no limite, não uma hierarquia entre normas jurídicas, mas uma coordenação entre as funções do Estado.

Reconduzida uma situação, ato ou norma ao valor constitucional donde derivam, contrapor-se-ia esse valor a outro, determinando-se a partir deste o conteúdo da norma constitucional.

Neste processo, os juízes desempenham um papel especial. Através do estudo da história, da economia ou da sociologia, descobrem os interesses sociais, “equilibrando” e “contrapesando” as diferentes reivindicações societárias, criando eles próprios regras apropriadas que refletem esse equilíbrio (decorre da teoria da “aplicação judicial da constituição” na sua função de “criação” de normas).

Importa, por isso, distinguir o contrapeso de bens em sentido amplo – a “ponderação de bens” – do contrapeso de bens em sentido estrito – a “jurisprudência dos interesses”. Enquanto a primeira opera com valores (: ponderação entre bens jurídicos abstratos), a segunda reporta-se, essencialmente, ao conteúdo concreto dos interesses em jogo.

2. Contrapeso de valores e contrapeso de bens no caso concreto

O contrapeso de valores constitucionais é o que determina a linha de separação entre os “direitos individuais” e a “cláusula do Estado social”.

O contrapeso só se aplica como método autónomo de decisão quando o TC, ou qualquer outro tribunal, puder formular uma “regra autónoma de interpretação” para a aplicação concreta de um princípio ou norma constitucional, tendo em consideração os interesses constitucionais em conflito, a fim de contrapesá-los, dando primazia a um deles ou buscando um equilíbrio entre todos. “Deve, pois, ser obtida uma acomodação” entre os direitos ou interesses em jogo “com a menor restrição de um deles compatível com a manutenção do outro”.

A necessidade de contrapeso é óbvia quando o legislador não eixou claro ou se mostrou silencioso quanto ao modo de resolver a tensão (aparente) entre os diferentes direitos ou valores constitucionais. Estas ponderações, todavia, não deixam de ser problemáticas, posto que não estão isentas de uma certa dose de subjetividade. Mas são admissíveis desde que efetuadas de forma cuidadosa e racional, i. e., se puderem ser objetivamente controláveis à luz dos princípios fundamentais recolhidos no texto escrito.

Facto é – de resto reconhecido pelo TC – que todos os bens gozam de igual proteção, devendo as normas ser interpretadas de forma a que todos eles recebam um grau idêntico de proteção jurídica, sem compressões ou reduções que possam afetar o seu “conteúdo essencial” em caso de conflito prático. De igual modo, não serão já sustentáveis ou admissíveis ponderações que se efetuem numa única direção.

Necessidade, revelada por Rawls e Sustain, da ordenação de princípios de “prioridade” e “harmonização”. Os primeiros conduzem a uma hierarquia de princípios interpretativos, os segundos a um princípio de conciliação em caso de conflito prático.

Esta operação interpretativa implica uma verdadeira e própria decisão!

De todo o modo, o contrapeso que se efetua reconduzindo interesses constitucionais à categoria de interesses individuais, contrapondo o interesse público ao interesse particular, constitui, segundo Chester J. Antieau, “uma preservação grosseira da jurisprudência dos interesses”. “Quando se trata de ponderar ou de contrapesar interesses ou reivindicações, devemos ter cuidado em compará-los num plano de igualdade. Se qualificamos a um como interesse individual e a outro como interesse social, corre-se o risco de estar a decidir antecipadamente”.

O problema do contrapeso de bens constitucionais é o de que não existe um definitional balancing capaz de gerar “regras” e “princípios” aplicáveis para os casos futuros. O contrapeso, escreve Henkin, é quase sempre “ad hoc”. O resultado será o de uma hierarquização de cláusulas ou o seu equilíbrio, mas o método seguido para se chegar a esse resultado não tem de ser necessariamente o contrapeso direto de valores

constitucionais. O contrapeso não constitui apenas a única forma de resolução do conflito como representa, quiçá, “o método mais criticado de quantos existem”.

Constituí, porém, um dos dogmas mais difundidos na doutrina norte-americana considerar que o contrapeso resulta “inevitável” quando entram em jogo valores diretamente reconhecidos pelo texto escrito em duas cláusulas do mesmo preceito, ou mesmo dentro da mesma cláusula, como ocorre, v. g., quando se enfrenta a liberdade de imprensa com os direitos dos cidadãos que pretendem ter acesso aos meios de comunicação social.

O juiz difere a decisão de constitucionalidade para a situação de facto concreta, formulando o TC um “princípio constitucional substantivo”, que consiste em delimitar quais os interesses reais que devem ser tidos em conta para se chegar, mediante o contrapeso, à solução correspondente. Nas palavras de H. L. A. Hart: “A decisão judicial (...) envolve muitas vezes uma escolha entre valores morais (...); será [todavia] de todo impensável acreditar que quando o significado da lei não resulta claro, a resposta se encontra sempre na moralidade. Chegados a este ponto os juízes terão de proceder de novo a uma escolha, que não é nem por isso arbitrária nem mecânica; (...) [socorrem-se da] imparcialidade e [d]a neutralidade na identificação das alternativas; [d]a tomada em consideração do interesse de todos aqueles que poderão por estas resultar afetados; e [d]uma preocupação em estabelecer um princípio geral aceitável como base racional da decisão, sendo porém sempre possível uma conceção plural desses princípios. Perante este quadro, não resulta demonstrado que esta seja a única decisão correta. Mas pode tornar-se aceitável na medida em que representa o produto racional de uma escolha imparcial e fundamentada.

Insiste-se, ainda, na extrema “flexibilidade” e “simplicidade” que a casuística do método [do contrapeso] pode comportar. “A sua simplicidade e apelo ao sentido comum são sedutores, as respostas que conleva são demasiado acríticas, favorecendo a tentação dos juízes a elevar a sua autoridade, ao mesmo tempo que simplifica a sua tarefa, evitando que tenham de se enfrentar com outros métodos de interpretação constitucional muito mais rigorosos, expandindo a discricionariedade judicial, libertando-a substancialmente da necessidade de justificar e persuadir.

A única diferença entre a interpretação e o contrapeso de bens constitucionais reside na diversidade das hipóteses congeminaíveis, que correspondem a interesses reais.

[No método do contrapeso:] a “falsa recondução” dos interesses em jogo à alternativa interesse público-interesse privado, a impossibilidade de equilibrar interesses por natureza díspares, donde a acusação de falta de parâmetros judiciais ou de princípios jurídicos que possam servir de guia no momento da aplicação do contrapeso, e a sedução da aparente simplicidade e economia do método, estão na origem da sua generalização como fonte autónoma de decisão tanto na jurisprudência comum como na constitucional, mas a crítica de fundo é invariavelmente a mesma: a mediação dos valores subjetivos do juiz no momento em que leva a cabo o contrapeso. É inevitável

uma dimensão de subjetividade que tem a ver, sobretudo, com a leitura [do juiz] ou enfoque global da ordem constitucional consubstanciada na Constituição.

Como recorda Alexy, “qual seja a solução que depois de uma ponderação vem considerada como correta, depende de valorações que não resultam controláveis pelo procedimento de ponderação”. Por isso, o método deverá ser residual, complementar, não se sobrepondo ou substituindo nunca a outros métodos ou ao texto constitucional.

3. Ordenação dos bens no caso concreto

A necessidade de ponderação, de equilíbrio e compromisso entre interesses que se opõem, mas que se encontram protegidos por normas constitucionais de idêntico estalão, pretendendo com isso dar significado a valores tidos por fundamentais, suprimem as decisões concetuais, transformando o juiz num árbitro de um conflito de normas, e o Estado num “Estado de ponderações”.

É isso basicamente o que Dworkin pretende significar com a sua distinção entre “princípios” (principles) e “argumentos finalísticos” (policies). O Tribunal Supremo, ou qualquer outro tribunal, não pode proceder ao contrapeso direto de direitos individuais com interesses coletivos ou sociais, posto que o direito individual não pode ser interpretado nunca como um “meio” para a realização de um interesse “coletivo” ou “social”.

Quanto mais um direito resultar limitado em função do contrapeso efetuado pelos tribunais tanto mais se justificaria um “controlo de razoabilidade”. E foi assim que a dogmática jurídica alemã dos direitos fundamentais foi buscar ao direito administrativo, e especialmente ao direito administrativo de polícia, o velho princípio da proporcionalidade.

Esta circunstância não obsta à necessidade de se proceder à racionalização do contrapeso recorrendo a princípios gerais de caráter utilitário. A tentativa mais conseguida é a de Roscoe Pound – “assegurar tudo quanto se pode a todos os interesses com o menor sacrifício de cada um deles” -, substituindo o critério qualitativo (e a sua sequela de “intuicionismo”) por um quantitativo (não importa que interesses estejam em jogo, mas procurar o máximo benefício possível para o todo e, por sua vez, para cada um deles). Um critério ou modo interpretativo que em relação ao anterior demonstra uma maior sofisticação na análise das “implicações políticas” que resultam da “escolha de valores”, “inerentemente não-neutra”, efetuada pelos tribunais de justiça constitucional.

Necessidade de se distinguir o princípio da proporcionalidade do princípio do contrapeso ou ponderação de bens no caso concreto. O princípio da proporcionalidade só deverá ser atuado depois de se ter procedido ao contrapeso. Como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, só pode falar-se em “restrição” ao exercício de direitos fundamentais depois de determinado o seu “conteúdo essencial” ou “âmbito central de aplicação”.

O contrapeso resulta “adequado” apenas se puder vir aplicado de forma diferenciada de modo a proporcionar ao juiz ou operador jurídico uma diferente liberdade de conformação. Nas palavras de E. Denninger: “Os valores só podem ser relativizados por outros valores”. Porém, “a precedência dessa ponderação suprime as decisões conceituais lógicas”.

Nesta medida, quando o TC adota uma teoria da ordem valores, fundando nesta a sua praxis deliberativa, aumenta o perigo de uma irracionalidade da decisão, funcionalizada à custa de argumentos normativos, pela equiparação contra-intuitiva, mais do que discutível, de princípios jurídicos com bens, fins e valores constitucionais.

À crítica de falta de parâmetros objetivos que possam medir o contrapeso ou ponderação de bens no caso concreto responde Alexy pelo recurso à “teoria dos princípios”. O princípio, define-o Alexy como dizendo respeito a todas as normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. uma definição que implica o recurso ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo com os seus três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A questão radica em saber de que modo e por que forma o juiz ou qualquer outro operador jurídico dispõem de critérios suficientemente precisos de controle que os possam guiar na decisão concreta do caso, ou se, ao invés, o procedimento de ponderação resulta incontrolável pelo recurso à “teoria dos princípios”.

Esta equivalência entre o conceito de “princípio” e o de “ponderação” possui o significado assertivo de postular que a natureza dos direitos fundamentais segue logicamente o princípio da proporcionalidade.

O subprincípio da idoneidade afirma que a intervenção no direito fundamental deve traduzir-se na prossecução de algum “fim legítimo”. Neste sentido, o recurso a este subprincípio serve para demonstrar não a adequação dos meios, mas a aptidão de decidir face a um conjunto de meios quais os que devem ser selecionados como “não idóneos” e, como tal, excluídos do procedimento de ponderação. Algo de similar ocorre com o subprincípio da necessidade. Este exige que de dois meios igualmente idóneos seja escolhido o “mais benigno”. Unicamente se afirma que se o legislador quiser prosseguir o fim por si escolhido só o poderá fazer se adotar o meio “mais benigno” ou o meio “igualmente benigno”. Quer dizer, não se trata de uma otimização face a um ponto máximo, mas simplesmente da proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, traduz-se na determinação da “medida” da limitação oponível aos direitos, uma medida que não é determinada ex ante, mas ex post.

É, pois, nessa ordenação de bens no caso concreto que ocorre a ponderação. O princípio de maior peso tomará então a precedência sobre o outro princípio. O resultado é o “direito definitivo”, que contrasta com a noção de “direito prima facie”, que existia antes de se proceder à ponderação, e que constitui o seu objeto (o recurso ao

procedimento de ponderação expressa o significado da “otimização” em relação aos princípios que jogam em sentido contrário).

Perante este quadro, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e não o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, mostra-se idêntico à “lei de ponderação”. Esta estabelece que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro”.

No contrapeso, o que determina o equilíbrio não é uma cadeia de raciocínio jurídico a partir de um ou mais direitos, mas um terceiro processo no qual encontramos argumentos de natureza “aberta” retirados da “moralidade”, da “teoria social”, das “expectativas gerais da comunidade”, da “competência institucional” ou mesmo da simples “admissibilidade”.

3.1. Direitos Individuais

O conceito de “direito subjetivo” pressupõe uma relação triádica entre um sujeito, um objeto e os seus destinatários. Na definição clássica de Kelsen, o “direito subjetivo em sentido estrito” apresenta-se como um poder jurídico a que corresponde um dever juridicamente valorado. Neste sentido, a existência de um direito apresenta-se sempre como razão ou fundamento substancial para a sua realização. Daí a definição de direito subjetivo como “poder de vontade” ou “interesse juridicamente protegido”.

Ainda assim, o conceito de direito subjetivo não se apresenta nem como um “domínio da vontade” nem como a “proteção de um interesse”, mas, basicamente, como uma posição jurídica. Deste modo, o direito individual apresenta-se sempre como um feixe ou conjunto de razões heterogêneas. Gozar de um direito subjetivo significa deter o poder de pretender perante um outro sujeito um determinado comportamento. Este é o “conteúdo” do direito subjetivo: o “dever jurídico relacional”. O conteúdo do direito corresponde ao comportamento que o respetivo titular pode exigir face a um outro sujeito.

O conceito de “direito subjetivo” apresenta-se como um conceito de enquadramento de difícil definição. Neste sentido, quando se fala em “subjetivação” de direitos, deveres ou posições jurídicas, referimo-nos, concretamente, à possibilidade de fazer valer esses direitos, deveres ou posições jurídicas em tribunal.

Quer dizer, o objeto de proteção das normas radica na defesa dos “direitos” ou “bens” jurídicos implicados. Mas estes não excluem, enquanto “interesses juridicamente protegidos” ou “bens constitucionalmente valorados”, que a partir destes se possa fundamentar um “direito subjetivo” a favor do respetivo titular. neste último caso, a doutrina tem vindo a referenciar a existência de um processo de “subjetivação” de direitos a partir do conceito de “norma de direito objetivo”. A esta luz, a exigibilidade judicial resulta determinada como uma propriedade das “posições jurídicas”. a existência dessa “posição jurídica” apresenta-se, por sua vez, como um argumento a favor da respetiva exigibilidade judicial. Existe, assim, um ónus de argumentação a favor

da exigibilidade. Em caso de dúvida, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais representam “direitos subjetivos”.

Deste modo, identificativo da presença de um “direito subjetivo” é, segundo Kelsen, a possibilidade da respetiva coercibilidade judicial. Neste sentido, ser titular de um direito subjetivo significa deter um poder jurídico reconhecido pelo direito objetivo, i. e., deter o poder de participar na criação de uma norma jurídica individual por intermédio de uma ação específica em justiça, designadamente através de “reclamação” ou “queixa”.

Partindo da “teoria dos princípios”, tal como esta ficou formulada em Dworkin, pretende Alexy demonstrar, no essencial, que na determinação da relação entre os direitos individuais e os bens coletivos, intercede necessariamente um mecanismo de “ponderação”. De acordo com esta conceção, os direitos individuais ostentam ou o carácter de princípios (: mandatos de otimização) ou o carácter de regras (: mandatos definitivos). E, segundo Alexy, isso significa que não decorre daí um mandato definitivo para a sua realização, antes um direito *prima facie* (um princípio jurídico) que terá de ser delimitado face a outros direitos em caso de colisão. E, conclui: apenas um “direito” a que corresponda uma “regra” possui carácter “definitivo”. Só este poderá ser caracterizado como “direito definitivo”.

Apenas os direitos “corporizados” em regras jurídicas possuem o carácter de “mandatos definitivos”. É, nesta perspectiva, que Dworkin apresenta os direitos individuais como “trunfos” face aos argumentos de carácter finalístico, que estabelecem os fins ou objetivos da comunidade política tomada como um todo, e, neste sentido, podem compreender ainda “direitos objetivos”. No caso dos direitos se encontrarem “corporizados” em princípios, diferentemente, não lhes corresponderia já um carácter “definitivo”, unicamente a natureza de um “direito *prima facie*”, que em caso de colisão com outros direitos ou bens jurídicos protegidos necessitaria de ser “delimitado” pelo recurso a um “procedimento de ponderação” ou “contrapeso de bens” em sentido estrito.

3.2. Bens coletivos

O “bem coletivo” distingue-se do “direito individual” fundamentalmente pela sua “natureza não distributiva”, quer no plano factual, quer no plano jurídico. Não exclusividade de gozo. O bem coletivo não pode ser dividido nem decomposto em partes individuais.

Alexy responde à tese norte-americana defendida por Rawls e Dworkin de que, na ponderação de bens, não poderiam ser contrapesados direitos individuais face a fins coletivos gerais. Indica que o direito individual se apresenta como “meio exclusivo” de realização de um bem coletivo; o bem coletivo se apresenta como “meio exclusivo” de realização do direito individual; os bens coletivos ostentam um “status” idêntico ao dos direitos individuais; entre os direitos individuais e os bens coletivos não intercede nenhuma relação meios/fins nem nenhuma relação de identidade. Assim, Alexy estabelece, por esta via, uma “regra de precedência *prima facie* geral” dos direitos individuais face aos bens coletivos gerais.

CAPÍTULO XI – A “vis expansiva” dos direitos fundamentais

1. Delimitação do conceito

A aplicabilidade direta dos DLG determina para o juiz um “direito de acesso” à Constituição. Mas é necessário saber se essa proteção aos direitos fundamentais é de cariz “subjetivo” ou “objetivo”.

Esta questão foi primeiramente abordada pelo TCF Alemão no acórdão Lüth. Aí, de facto, o recurso aos conceitos de “ordem de valores objetiva” e “normas objetivas”, enquanto princípios objetivos ordenativos da ordem jurídico-constitucional, que vinculam todos os poderes públicos, incluindo o legislador, e que os influenciam ou iluminam na interpretação de todo o direito (incluindo o direito privado), levou o TCF a determinar, pela primeira vez, a “força expansiva” ou “irradiante” dos direitos e liberdades jusfundamentais. A “dupla natureza” desses direitos e liberdades, não apenas como “direitos subjetivos” de defesa, mas ainda como “normas objetivas” do ordenamento jurídico-constitucional, quedava assim estabelecida.

Para quem defenda a teoria da “eficácia absoluta” ou erga omnes dos DLG, terá logicamente de afirmar a aplicabilidade direta desses direitos e liberdades ao comércio jurídico privado. É o que dispõe o art. 18.º, nº 1 da CRP. Aí se afirma que os preceitos relativos aos DLG gozam de eficácia erga omnes, i. e., absoluta, querendo com isso significar que o cidadão, sem necessidade de mediação concretizadora por parte dos poderes públicos, e particularmente do legislador, poderá fazer apelo direto aos seus direitos e liberdades tal como estes resultam plasmados na CRP e nos princípios nela consignados.

No caso do negócio jurídico-privado, designadamente contratos e testamentos, se, por hipótese, existir violação das cláusulas de não discriminação enunciadas no nº2 do art. 13.º CRP, os tribunais deverão anular essas cláusulas não por serem inconstitucionais, uma vez que o conceito só se aplica a atos do poder público, mas por serem contrárias à ordem pública constitucional.

De um ponto de vista histórico, a época da sociedade burguesa, cuja expressão mais tardia foi o Código Civil, chegou ao fim. Com a passagem dessa era retrocedeu também a pretensão de vigência do direito civil e do seu ideal jurídico. Ao retroceder esse modelo avançaram para primeiro plano os momentos “coletivo” e “social” como forças determinantes da ordem jurídico-constitucional. Este desenvolvimento ocorre, num primeiro momento, de forma clara, no direito do trabalho, e, depois, na formação de “novos” setores jurídicos. Isto teve por consequência a desintegração da unidade do velho sistema de direito privado e dos seus conceitos jusfundamentais básicos. O direito privado não atende já tao somente à autodeterminação do indivíduo, mas ainda à justiça social.

A introdução dos novos códigos teve por principal corolário o estabelecimento de normas jurídicas vinculantes em relação aos poderes públicos, e, designadamente, o governo. Mas a proteção ofertada aos cidadãos era de índole jurídica, não

constitucional. ora, é essa diferença assinalável que foi necessário submeter a um estatuto de direito constitucional.

2. A constitucionalização do direito privado

O direito privado, no “Estado social”, deve vir garantido pelo direito público. Só que aqui não se trata ainda de dois sistemas de regras positivas. Se a “constituição” e o “direito constitucional” pertencem ao direito público não é porque estes determinam a organização do Estado, mas porque fundam o “direito social” por oposição ao “direito natural”.

Esta “summa divisio” arranca historicamente da ideia de que o direito público é um “direito especial”, regulador dos direitos e deveres dos titulares do poder público, esquecendo, porventura, que muitas das normas de direito constitucional têm como destinatários entidades privadas, tais como os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, e, designadamente, os DLG, ou mesmo os preceitos constitucionais referentes à organização económica.

Quando nos referimos à “constitucionalização” do direito privado, temos em vista a identificação dos direitos como princípios supremos do ordenamento jurídico-constitucional ao abrigo de qualquer tentativa de relativização, o que conduz, necessariamente, a uma apreciação das relações entre o “direito constitucional” e o “direito privado”.

Na conceção clássica, o direito privado regulava as relações dos particulares do ponto de vista da liberdade individual à margem das relações políticas e constitucionais. Daí a posição secundária do direito constitucional face ao direito privado, definido, liminarmente, como o direito constitutivo da sociedade burguesa. Nessa construção, o direito privado deteria mesmo uma “primazia material” sobre o direito constitucional. o direito privado vinha concebido como um direito à margem e independente do poder do Estado.

Nestas circunstâncias, a liberdade foi expressamente estendida às relações laborais e às relações de emprego público. É a partir dessa época que o legislador passa a estar vinculado pelos direitos fundamentais, nestes incluídos os institutos de direito privado garantidos pela Constituição. É em Weimar que esse movimento de “constitucionalização” do direito privado emerge, pela primeira vez, com contundência e vigor.

É ao findar a I Guerra Mundial que a relação entre o direito constitucional e o direito privado sofre uma “mutação qualitativa essencial”. Essa mutação vem expressa por uma alteração nas “tarefas”, na “qualidade” e nas “funções” de casa um desses âmbitos jurídicos em particular.

Hoje, de acordo com o disposto no art. 18.º, nº1 CRP, a Constituição limita-se, no essencial, a garantir a vinculatividade dos DLG não apenas na esfera pública como ainda na esfera privada, mas não já, ao que parece, no que concerne aos DESC.

De todo o modo, a caracterização dos direitos e liberdades fundamentais como expressão de uma “ordem de valores objetiva”, acabou por reforçar o princípio e a força jurídica desses direitos e liberdades no seu conjunto. Como recorda Hesse, se o “sistema de valores” plasmado na Constituição fornece “impulsos” e “diretivas” para todos os poderes públicos, não poderá depois deixar de influenciar o direito civil. Se este contrariar esse “sistema objetivo de valores” entra em contradição com a Constituição, e, conseqüentemente, as decisões das autoridades públicas podem ser declaradas nulas pelo TC. As normas de direito constitucional relativas aos direitos fundamentais impõem-se ao direito privado pelo seu conteúdo, i. e., como normas objetivas. Aqui reside o “efeito de irradiação” dos direitos e liberdades sobre o direito civil.

3. Renúncia a direitos fundamentais

Consideremos a relação jurídica inter-privados. Esta não se traduz, de modo algum, numa desvalorização ou posta em perigo do princípio da autonomia privada. Se as pessoas nas suas relações recíprocas não puderem “renunciar” às normas de direitos fundamentais que se mostram indispensáveis à ação estadual, daí não decorre necessariamente que as mesmas se vejam objetivamente privadas desses direitos e liberdades no seu conjunto. Trata-se, sucintamente, de uma posição constitucionalmente inadequada, e, nesses precisos termos, inaceitável. Em primeiro lugar, porque os direitos, designadamente os DLG, mostram-se imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

O que importa é que a nível do direito privado o particular possa por “livre decisão” contrair obrigações que os poderes públicos não podem impor de “motu proprio” aos cidadãos. O caso dos dados pessoais informatizados é, a este respeito, paradigmático. Fornecer a bancos, companhias de seguros, sindicatos, hospitais, etc. dados pessoais, incluindo os dados pessoais sensíveis, não entra no conceito de “renúncia” a direitos fundamentais. De igual modo, as situações em que um particular detém um direito mas não faz legitimamente uso dele.

No campo das “relações de estatuto especial” (verificam-se no caso do funcionalismo público, dos militares, agentes militarizados, forças de segurança, reclusos, alunos de escolas públicas, ou mesmo relações laborais ou familiares) a Constituição tem também uma palavra a dizer. Aqui, de igual modo, não existe “renúncia” a direitos fundamentais, unicamente a sujeição a um “estatuto jurídico particular” que é constitucionalmente fixado e delimitado.

4. Sua expressão na relação Estado/cidadãos e na relação cidadão/cidadão

A eficácia dos direitos não é apenas vertical (: relação cidadão/Estado), mas também horizontal (exerce-se ainda no domínio jurídico-privado – “efeito externo” dos direitos e liberdades fundamentais).

Entende-se que o problema se encontra resolvido quando é a própria CRP a reconhecer expressamente aos direitos fundamentais “efeito direto” em relação a terceiros. É o que ocorre, v. g., com o exercício do “direito de resposta” e “retificação”,

nos casos da liberdade de expressão e informação, bem como, sendo caso disso, o “direito à respetiva indemnização” pelos danos sofridos, previsto no art. 37.º, n.º 4 CRP. O mesmo poderá dizer-se no que concerne ao exercício do complexo de direitos referentes à liberdade de imprensa e meios de comunicação social.

Nestas circunstâncias, somos forçados a reconhecer que esses direitos expressam “princípios jurídicos objetivos”, “decisões de valor” que enformam toda a ordem jurídica, nela incluído o âmbito do direito privado. Essa eficácia deverá tomar em consideração a “multifuncionalidade” ou “pluralidade de funções” que os direitos fundamentais são chamados a desempenhar em contextos “supra-individuais”, de forma a possibilitar “soluções diferenciadas” face ao caso prático que se está a julgar.

A esta luz, será de rejeitar a crítica da “perversão” da ordem jurídico-privada pela “hipertrofia” dos direitos fundamentais. É que, se na relação vertical com o Estado os cidadãos gozam, basicamente, de uma “situação de igualdade”, que vincula todos os poderes públicos, tal não significa que essa relação se possa transferir nos mesmos termos e com o mesmo alcance para a ordem jurídico-privada. A afirmação dos DLG não pode afetar o núcleo irredutível do princípio da autonomia privada de modo a torná-lo irreconhecível.

5. A teoria dos “deveres de proteção”

A proteção jurídica dos direitos e liberdades no Estado constitucional apresenta-se como uma das funções primordiais do Estado. Ao Estado assiste-lhe uma obrigação específica que se traduz não apenas num “dever de respeito”, mas também num “dever de proteção” (não apenas contra intromissões ou interferências excessivas por parte do poder público, mas também contra intromissões de outros cidadãos).

Johannes Dietlein refere que esse “dever de proteção” não se contém unicamente no art. 1.º da Constituição federal [alemã] relativo ao princípio da dignidade humana, antes se estende ao catálogo dos direitos fundamentais. O argumento decisivo vai buscá-lo ao Acórdão Lüth e, em particular, à afirmação da “dupla natureza” dos direitos e liberdades fundamentais como direitos subjetivos do cidadão face ao Estado e como princípios jurídicos objetivos da ordem jurídico-constitucional.

Hoje, pode dizer-se, é opinião dominante na doutrina e na jurisprudência, pelo menos na Alemanha, que a todo o direito jusfundamental deve corresponder um “dever de proteção”. Esse dever de proteção é genericamente aceite como uma “segunda função básica” dos direitos fundamentais. Só que essa proteção não deverá operar unicamente *ex post*. Deverá, pelo contrário, operar *ex ante* face aos diferentes “perigos” ou “ameaças” que circundam o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. E tal como o “dever de respeitar”, também o “dever de proteger” vincula todos os poderes públicos: legislativo, executivo e judicial. E não apenas quando se constata ou verifica a omissão de uma ação ou atividade devidas, mas ainda quando essa ação ou atividade se mostrar “deficiente”. Neste último caso, o princípio da proporcionalidade atuará não apenas sob a forma de uma proibição do excesso, quanto, sobretudo, sob a forma de uma proibição de uma ação deficiente.

O “dever de respeitar” requer que o Estado se abstenha de certas condutas ou atividades. O “dever de proteger”, diferentemente, exige uma atuação dos poderes públicos no interesse dos direitos e liberdades ameaçados. O legislador é livre na “escolha dos meios” para conformar esse dever de proteção.

Foi na segunda decisão sobre a IVG (1993) que o TCF Alemão desenvolveu um outro conceito – o da “proibição da insuficiência”. Trata-se, segundo Karl-Eberhard Hain, da proteção de um “standard mínimo”, que tem a ver com a “dignidade da vida” ou o gozo de uma “vida condigna”.

As leis regulam cada vez mais o uso comercial das novas tecnologias, mostrando-se insuficientes na determinação de “standards” ou “padrões de salvaguarda”. O legislador vê-se limitado a formular “diretivas” muito amplas cujo sentido específico muitas vezes é determinado por negociações ad hoc entre as autoridades administrativas e os atores privados. Nestas circunstâncias, não se deve confiar unicamente no controle legislativo em ordem a garantir uma “proteção suficiente”. Pelo contrário, as garantias constitucionais devem intervir ex ante e não ex post de forma a permitir que aqueles cujos direitos possam resultar afetados venham a participar nos procedimentos administrativos que autorizam o estabelecimento da respetiva operação, isto é, a “garanti dos direitos fundamentais através do procedimento” (: status activus processualis), que autorizam os particulares potencialmente afetados a defender os respetivos direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Mas existem objetivamente limites para além dos quais ocorre uma violação do princípio da proibição da insuficiência. Designadamente, se o legislador suprimir, sem qualquer alternativa ou compensação, ações de tipo negatório, pois daí poderá resultar uma lacuna de proteção tão massiva ou generalizada, que, neste aspeto, não estaria satisfeita a exigência de uma “realização eficiente” do dever de proteção dos direitos e liberdades implicados.

Nestas circunstâncias, não pode negar-se que existe hoje uma tendência para a “subjetivação” dos direitos objetivos em direitos subjetivos. Isto significa que ao indivíduo cujo direito resulte violado lhe assiste um direito de queixa ou reclamação contra o Estado. No limite, se existe um “dever de proteção” e o legislador permaneceu inativo, ou se não permaneceu inativo dimanou uma medida que se revelou, na prática, “deficiente”, o legislador não apenas viola o “direito constitucional objetivo” como viola ainda o “direito subjetivo” do particular.

Em consequência, na Alemanha, o TCF Alemão tem vindo a aceitar o recurso de constitucionalidade (: de “amparo”) com base na alegação de que o legislador violou um particular “dever de proteção” que existe no interesse do requerente. O Tribunal não só declara o ato administrativo inválido como obriga ainda o legislador a alterar a norma em que esse ato se baseava de modo a torná-la compatível com o dever de proteção jurídico-constitucionalmente determinado.

O dever de proteção coloca, pois, um problema de separação de poderes. Mas se é a Constituição que estabelece um dever de atuação, não se poderá depois afirmar

que o legislador é “livre” de escolher se cumpre ou não essa obrigação. A questão, como recorda Dieter Grimm, está em saber se esse dever de proteção pode razoavelmente ser deduzido do catálogo dos direitos fundamentais. O resto redundaria numa questão de grau.

CAPÍTULO XII – O futuro dos direitos fundamentais

1. A possibilidade de uma teoria jurídico-pública dos direitos fundamentais

Polémica gerada nos EUA a propósito da dicotomia entre “liberais” e “comunitaristas” quanto ao conceito, sentido, funções e essência da constituição e dos direitos fundamentais. No centro desta polémica situa-se uma obra de Michael J. Sandel, Democracy’s Discontent. American in Search of a Public Philosophy, orientada essencialmente contra as “teorias” liberais de Rawls e Dworkin.

A tese de Sandel assenta, basicamente, na crítica do que designa por “República procedimental”, tal como esta ficou formulada, em crítica ao utilitarismo, pelo “liberalismo” de Rawls e Dworkin. Os pilares desta construção estribam-se nos seguintes princípios: a) afirmação da prioridade dos direitos (fundamentais) sobre o bem. A teoria das “preferred freedoms”, tal como resultou formulada na praxis do Supremo Tribunal Federal, coloca a Declaração de Direitos e os direitos em geral fora do alcance da maioria; b) conseqüentemente, o Governo não poderá impor uma conceção particular de “bem comum”, já que a pessoa se apresenta como prioritária em relação aos “fins públicos”. As áreas da religião e da liberdade de expressão ilustram bem a “filosofia pública” da “República procedimental”.

Com efeito, de acordo com Rawls, uma “sociedade justa” não deverá tentar cultivar a “virtude” nem impor aos seus concidadãos “fins” particulares. Deverá, antes, facultar-lhes um “esquema de direitos”, neutral perante os fins, no quadro do qual as pessoas possam livremente prosseguir as suas próprias conceções de “bem comum”.

A esta luz, a questão concretamente colocada por Sandel é a de saber, no quadro da “República procedimental”, como encontrar uma base para os direitos constitucionais sem atribuir à Constituição uma conceção particular de bem comum, i. e., sem ordenar os direitos de acordo com o valor intrínseco dos interesses que a Constituição é chamada essencialmente a garantir e a proteger.

Na base destas considerações, encontra-se, na Europa, a discussão em torno do “futuro da Constituição”. Terá a ideia de constituição ainda algum futuro? Nas suas linhas gerais, a tese de Grimm pugna pelo défice de regulamentação constitucional que traz a “extensão” e “multiplicidade” das funções do moderno Estado social.

O problema, segundo Dworkin, só poderá ser resolvido através de uma “teoria político-normativa”, que compreenda um “esquema interpretativo”, i. e., que possa representar e definir uma conceção particular de democracia constitucional. esta justifica e fundamenta a nossa decisão e o esquema particular de direitos escolhido na defesa dessa interpretação.

2. A ação insubstituível dos tribunais

A posição dos tribunais no sistema jurídico obedece a dois elementos fundamentais: positividade e democratização. Ambos desenvolvem efeitos recíprocos. A positividade do direito, operada primeiramente com os códigos, e, depois, com a promulgação das constituições escritas, não garante, por só, a democratização da política. Esta implica uma maior proteção jurídica do indivíduo e dos seus direitos constitucionais. Daqui decorre uma intrínseca processualização do direito que chega também ao direito constitucional.

Isto assenta na constitucionalização de determinados “índices de bem comum”, como sejam a proporcionalidade, a não-arbitrariedade, a proibição do excesso e a fundamentação das decisões, nelas incluídas as decisões dos tribunais.

Os juízes fazem parte do sistema político não apenas como aplicadores ou executores do direito feito por outrem, mas também como formadores dos sentimentos que se expressam na legislação. É, neste sentido, que Rawls descreve o poder dos tribunais, e em particular dos tribunais de justiça constitucional, como um “fórum da razão pública”.

Este “direito judicial de controle” apresenta-se como uma forma de “republicanismo cívico”: uma relação integrativa de efeitos recíprocos entre a “comunidade política”, de um lado, e a “autonomia política dos cidadãos”, do outro.

A democracia requer que cada pessoa seja responsável pelo seu próprio desenvolvimento moral. Isto implica independência por parte do poder judicial. Mas essa circunstância não o isenta de fornecer as “razões” das suas próprias pronúncias.