SEBENTA DOUTRINA

fUNDAMENTAL RIGHTS

Iara Maçarico

2ºano

Índice

[O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 3](#_Toc12032309)

[**A IDEIA** 3](#_Toc12032310)

[**A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA** 6](#_Toc12032311)

[**O CONTEXTO PORTUGUÊS** 7](#_Toc12032312)

[**O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976** 9](#_Toc12032313)

[TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS 11](#_Toc12032314)

[**DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO** 11](#_Toc12032315)

[**A IDEIA DE LIMITAÇÃO** 12](#_Toc12032316)

[**A ABERTURA DO CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 14](#_Toc12032317)

[**A PROTEÇÃO JURÍDICA SEM LACUNAS** 16](#_Toc12032318)

[TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 18](#_Toc12032319)

[**NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 18](#_Toc12032320)

[**OBJETO E FUNÇÕES** 19](#_Toc12032321)

[**A SUA INSERÇÃO NO QUADRO DAS CHAMADAS “TEORIAS DOS DF”** 22](#_Toc12032322)

[O CONCEITO DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL 25](#_Toc12032323)

[**NORMA E FORMULAÇÃO DE NORMAS DE DF** 25](#_Toc12032324)

[**DIREITOS ENUMERADOS E DIREITOS NÃO ENUMERADOS** 27](#_Toc12032325)

[**O RECONHECIMENTO DO “CARÁCTER DUPLO” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 31](#_Toc12032326)

[**O PRÍNCIPIO GERAL DE IGUALDADE** 34](#_Toc12032327)

[A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 43](#_Toc12032328)

[**SISTEMA ABERTO E SISTEMA FECHADO** 43](#_Toc12032329)

[**O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS PROPOSTO POR DWORKIN** 45](#_Toc12032330)

[**O SEU DESENVOLVIMENTO NO MODELO TRIPARTIDO PROPOSTO POR ALEXY E GOMES CANOTILHO** 47](#_Toc12032331)

[A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (CONT) 51](#_Toc12032332)

[**A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 51](#_Toc12032333)

[**OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS** 52](#_Toc12032334)

[**O ESTADO SOCIAL** 57](#_Toc12032335)

[**A ABERTURA A NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 58](#_Toc12032336)

[A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 59](#_Toc12032337)

[**A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 59](#_Toc12032338)

[**O CONCEITO DE CONCRETIZAÇÃO** 61](#_Toc12032339)

[**A APLICAÇÃO JUDICIAL** 64](#_Toc12032340)

[RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 66](#_Toc12032341)

[**OS CONCEITOS DE RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS** 66](#_Toc12032342)

[**TIPOS DE RESTRIÇÕES** 68](#_Toc12032343)

[**O PRÍNCIPIO DA RESERVA DE LEI RESTRITIVA** 70](#_Toc12032344)

[**A GARANTIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL COMO LIMITE DOS LIMITES OU BARREIRA ÚLTIMA DA CONCRETIZAÇÃO** 74](#_Toc12032345)

[A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 76](#_Toc12032346)

[**DIREITOS, PRETENSÕES E EXPECTATIVAS** 76](#_Toc12032347)

[**RECONHECIMENTO JURÍDICO E INSTITUCIONAL** 80](#_Toc12032348)

[**A GARANTIA DOS PODERES PÚBLICOS** 83](#_Toc12032349)

[**A POSITIVAÇÃO PELA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIAL** 87](#_Toc12032350)

[DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO CONCRETO 89](#_Toc12032351)

[**OS TERMOS DO PROBLEMA** 89](#_Toc12032352)

[**CONTRAPESO DE VALORES E CONTRAPESO DE BENS NO CASO CONCRETO** 90](#_Toc12032353)

[**A ORDENAÇÃO DOS BENS NO CASO CONCRETO** 93](#_Toc12032354)

[A VIS EXPANSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 100](#_Toc12032355)

[**DELIMITAÇÃO DO CONCEITO** 100](#_Toc12032356)

[**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO** 101](#_Toc12032357)

[**RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS** 103](#_Toc12032358)

[**A SUA EXPRESSÃO NA RELAÇÃO ESTADO/ CIDADÃOS E NA RELAÇÃO CIDADÃO/ CIDADÃO** 106](#_Toc12032359)

[**A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO** 107](#_Toc12032360)

[O FUTURO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 108](#_Toc12032361)

[**A POSSIBILIDADE DE UMA TEORIA JURÍDICO-PÚBLICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** 108](#_Toc12032362)

[**A AÇÃO INSUBSTITUÍVEL DOS TRIBUNAIS** 109](#_Toc12032363)

# O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **A IDEIA**

* A tradição inglesa, depois americana e em seguida francesa iria qualificar de “constitucionais” esses direitos e liberdades jusfundamentais reconhecidos a cada cidadão num determinada OJ individual e concreta. Essas liberdades apresentavam-se como constitutivas dessa OJ na medida em que comandavam a respetiva instituição e organização.
* Essas liberdades, designadas de “DLG”, possuem carácter individual, e constituem-se como “direitos de defesa” do cidadão face ao Estado.
* No século XIX, o princípio da liberdade nacional limitou e impôs o respeito desses direitos unicamente ao Estado, que assim os reconhecia e instituía. Mas a própria afirmação dos direitos, qualificados de naturais, contradizia essa mesma concepção, acentuando, ao invés, a sua universalidade: esses mesmos direitos pré-existem ao Estado, à formação da unidade política, transcendendo como tal todas as clivagens políticas.
* No século XX assistiremos à proliferação de numerosas convenções de carácter universal ou regional.
* Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU 1948;
* Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais -50
* Pactos internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Económicos e Sociais – 1966;
* Carta Americana dos Direitos do Homem – 1981;
* Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos – 1981;
* Carta dos Direitos Fundamentais da EU – 2000;
* O principal objetivo destas é o de obrigar por diversos meios os Estados que as ratificaram a respeitar os direitos por estas proclamados. Nasce assim uma ordem jurídica de natureza supranacional.
* **Supranacionais**, os direitos e liberdades jusfundamentais são ainda **internacionais**: tendem a penetrar todas as esferas da OJ interna, independentemente da sua natureza pública ou privada, especialmente a das instâncias coletivas intermédias: família, associações e empresas.
* O crescimento dos direitos e liberdades faz-se ainda acompanhar pelo **reconhecimento progressivo do que se consignou denominar de direitos sociais**, primeiro no plano nacional e depois no plano supranacional.
* Os direitos e liberdades jusfundamentais, tradicionalmente, vinham concebidos como limites mais ou menos intangíveis à intervenção dos poderes públicos na vida dos cidadãos em nome de uma soberania de grau mais elevado. Traduziam-se, quanto ao Estado, numa obrigação de *non facere*. Mais do que uma obrigação de *non facere* traduzem-se **numa obrigação de *facere*: uma atividade positiva**, uma ação por parte dos poderes públicos.
* Esta vasta rede de solidariedade observa-se ainda no plano supranacional. As organizações especializadas da ONU, tais como a OIT, a OMS, a UNESCO… elaboraram um conjunto de convenções destinadas a garantir e reforçar, em nome da humanidade, um complexo de tarefas relativas aos doentes, aos trabalhadores….
* Esses direitos e garantias sociais não podem unicamente ser compreendidos num setor dito “social”, na realidade, dizem respeito a todos os aspetos da vida humana, para além da sua dimensão social. Deste modo, poucas questões permanecem hoje fora do campo das suas preocupações e diretivas.
* Os DLG e os DESC têm por pano de fundo a pertença do individuo *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 económicos ou sociais existentes na sociedade.
* É a lei positiva que cria o direito ao declarar, de modo radical, que é este que confere existência e consistência ao que enuncia, reenviando para o domínio extrajurídico, para o anda ou vazio jurídico, o que este não enuncia nem cura de prescrever.

**Minorias**

* É neste estádio que aparece o fenómeno das ditas **minorias**.
* **Conjunto de costumes ou das leis positivamente adotadas pelas diversas pessoas ou grupos de pessoas que desenvolvem laços entre si ou entre as que ditam ou editam uma pertença comum. Pouco importa o número de pessoas**.
* A noção de minoria **não releva da ordem do quantitativo**, mas do qualitativo. Uma minoria pode ser constituída por todo o agrupamento humano cuja fonte de coesão não resulte à primeira vista oficialmente reconhecida num OJ individual e concreta.
* Deverá oficialmente reconhecer-se o direito das minorias? Uma primeira resposta a esta interrogação reside na sua negação pura e simples. Contudo, a favor das minorias, as diversas OJ preveem hoje delitos de discriminação a partir do momento em que toda e qualquer distinção ilegítima opere entre pessoas físicas em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual (CRP, art. 13º, nº2).
* A nossa ordem constitucional porem não prevê uma tutela especifica para as minorias enquanto tais, mas garante, em seu lugar, uma tutela constitucional geral dos direitos e liberdades jusfundamentais. Ou seja, no direito constitucional nacional, não se prevê de momento qualquer tipo de derrogação especifica em favor dos grupos minoritários no confronto com a tutela geral dos direitos e liberdades jusfundamentais. Os direitos fundamentais aqui decisivos atuam ou como “direitos de defesa” ou como “deveres de proteção” a cargo do Estado. O Estado, se o entender, é que poderá determinar uma tutela especifica para esses grupos, mediante uma proteção especial, mas isso não resulta constitucionalmente exigível, designadamente determinado formas de proteção especificas para a preservação da própria identidade cultural, no quadro de uma compreensão e interpretação positivas e pluralistas do mandato de “neutralidade” e “tolerância reciproca” que devem enformar as relações dos cidadãos em sociedade e destes com o Estado que são nacionais.
* A “força irradiante” dos DF acabou por conduzir a uma expansão dos direitos de “autodeterminação”, “personalidade”, “intimidade” e “privacidade”, que vão muito para além da proibição de discriminação em razão de nascimento, raça, religião ou território de origem, até à aquisição da própria cidadania, direito ao uso de línguas minoritárias etc. já que estes direitos traduzem muito mais do que uma tutela especifica das “minorias nacionais”, para se projetar na realização e desenvolvimento dos DF e, particularmente, dos D e L individuais. A essas pessoas ou grupo de pessoas, chamemos-lhe minorias ou não, há que garantir e assegurar o respeito das suas crença e identidade de origem.

**Princípio da Dignidade Humana**

* O **princípio da dignidade humana foi sendo percebido não apenas como fundamento, mas especificamente como regra autónoma dotada de valor constitucional**. A todos os poderes públicos a Lei Fundamental impõe a obrigação de garantir e respeitar essa dignidade como valor constitucional supremo. O TC Federal alemão foi ainda mais longe: declarou, pura e simplesmente, que o princípio da dignidade da pessoa humana detinha valor supraconstitucional, impondo-se, a esse título, ao próprio poder constituinte, i.e., ao próprio Povo alemão. Nisto radica o estatuto da cidadania como “poder de ação” e não unicamente como simples “estatuto jurídico” que liga o cidadão ao Estado de que é nacional.

**Evolução da metodologia interpretativa**

* “revolução nos direitos” (século XX) – transformação na respetiva metodologia interpretativa.
* A visão dos DF como pré-condição e resultado de uma teoria da interpretação que compreende um sistema de direitos e a ordenação de princípios jurídico-constitucionais interpretativos básicos que se acrescentam às “regras de arte” da interpretação jurídica.
* A finalização (: eticização) da constituição chega também ao direito constitucional com o abandono dos programas condicionais (se/então) pelos programas finalísticos (meios/ fins). A “finalização da constituição” estabelece uma relação funcional de efeitos recíprocos entre a finalidade da constituição como norma e a função (: tarefa de interpretação) dos DF.
* Essa finalização provoca o abandono dos esquemas dedutivos lógico-substantivos. Ao “método dedutivo” opõe-se o “método concretizador” que se traduz, na prática, por uma concretização positivadora das normas que se substitui ao legislador.
* Os DF são elevados na “teoria dos direitos” de Dworkin a norma fundamental do sistema jurídico. Formam, se se quiser, um código binário de validade/ invalidade das normas do sistema jurídico que o contradigam.
* Essa *rights theorie*, tal como a dogmática alemã dos DF, assenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade preferente como valores supremos do OJ-constitucional.
* O sistema jurídico apresenta-se como um sistema aberto formado por normas, princípios, valores, e formas de argumentação. Dworkin dá ao método hermenêutico uma viragem construtivista. O “direito como integridade” assenta não num modelo dedutivo da decisão, mas num modelo de coerência entre os enunciados linguísticos textuais e as razoes que fundamentam a decisão, isto é, os argumentos utilizados.

## **A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA**

* Alemanha – não se pode reconhecer DF anteriores ao Estado, apenas “direitos subjetivos”, concedidos pelo Estado.
* França – reconhece direitos de participação, direitos estabelecidos ou garantidos através da lei.
* EUA – conceção de direitos como “positivados” e “garantidos” através da Constituição e do poder judicial.
* O ideal do Estado de direito nasce não do direito administrativo, mas do Estado constitucional.
* Na Europa, a excessiva visão “estatalista” da sociedade, que se traduz, num 1º momento, a partir dos anos 20, e ao longo de toda a II GM, no “cemitério de todas as constituições escritas”, arruinará de um só golpe as teorias constitucionais fundada na “infabilidade da lei”, o “Estado legislativo parlamentar” como protetor natural dos direitos e liberdades jusfundamentais e a teoria da “vontade da maioria” assimilada à “vontade geral”. O individuo não é mais o “súbdito”, despojado dos seus direitos, sem objetividade, verdade e estatuto fora do Estado. Pelo contrário, **é visto hoje sob as vestes discursivas de uma “cidadania democrática”, como titular de direitos e deveres fundamentais, ponto de impugnação autónomo do funcionamento moderno do Estado de Direito democrático e constitucional**. Isso pressupõe a fundação de uma “comunidade constitucional inclusiva”, defendida, se for preciso, como barreira última, pelo poder judicial.
* Os DF representam uma “desconfiança” para com o legislador. Cada um desses direitos revela a sua “força normativa”. Nesta ordem de considerações, **a constituição emerge mais como uma manifestação da vontade suprema (do “Povo”) do que como um “ato de abandono da maioria (vontade) parlamentar”**.
* O “equilíbrio constitucional” que se estabelece entre a “legitimidade jurídica” e a “soberania politica”, “DF” e “soberania popular”, não faz perder à constituição a sua força de norma jurídica 🡪 a **“dupla natureza” das normas e princípios constitucionais**, como regra e como tarefa, jurídico-constitucionalmente vinculantes para todos os poderes públicos, neles estando incluindo o legislador.
* Fala-se hoje numa “**democracia dos DF**”. Esta corresponde ao sentido “moderno” da afirmação dos DF. Numa 1ª fase, é denominada de “democracia liberal”. Numa 2ª fase, de “democracia constitucional”. Por último, é alcunhada de “democracia dos DF”. Esta última toma por modelo o desenvolvimento democrático-constitucional dos EUA e gozará de uma enorme expansão no post-1945.
* Elementos fundamentais desse modelo:
* A “constitucionalização” dos direitos civis;
* A incorporação desses direitos num processo de controle de normas, tendo por consequência a limitação da autonomia política do legislador;
* O fortalecimento do controle da administração pública.
* Em Portugal, Gomes Canotilho fala numa fase de “positivação” que corresponde à incorporação no Ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do individuo.

## **O CONTEXTO PORTUGUÊS**

* Ao catálogo dos direitos recenseados nas Constituições anteriores, sobretudo DLG e do intervencionismo da Constituição autoritária e corporativa de 1933, a CRP acrescenta a mais um sentido atual e pormenorizado dos direitos individuais, pessoais, civis e políticos, os DLG dos trabalhadores e um catálogo de DESC.
* Segundo Jellinek, o “centro espiritual” da constituição, o seu núcleo central irredutível, radica no catálogo dos DF. Como parte integrante dos chamados processos de democratização da “terceira vaga”, a **Const. de 1976** incorpora um catálogo mais alargado de DF, incluindo os **“DLG dos trabalhadores” e os “DESC”**.
* Este tipo de direitos coloca problemas de interpretação e aplicação complexos. Não é apenas a estrutura dos novos direitos que o reclama, mas ainda a multiplicidade e complexidade dos problemas e a projeção dos mesmos na ordem constitucional. Se a aplicabilidade direta e imediata dos DLG “clássicos” não conleva hoje questões de maior (diretamente aplicáveis pelo poder judicial), o mesmo não se poderá dizer-se do catálogo dos DESC.
* Mas não só: a CRP de 1976 incorpora ainda um conceito de Justiça Constitucional como “equivalente funcional” de um sentido originariamente perdido de “constituição” no constitucionalismo. Esses direitos hoje são revelados, concretizados e especificados pelos tribunais e, em particular, pelos tribunais de justiça constitucionais.
* A teste de Luhmann e de Habermas de transformação das pretensões e expectativas legitimas dos cidadãos em direito, chega tb ao direito constitucional, designadamente no campo:
* Da proteção do ambiente e qualidade de vida;
* Do direito da livre decisão nos casos de interrupção voluntaria da gravidez;
* Da liberdade de imprensa e direito à privacidade;
* Da definição de um espaço político-publico abrangente de autonomia, personalidade, privacidade e intimidade;
* Dos direitos fundamentais dos novos movimentos societários: identidade cultural local, homossexuais, transsexuais, fumadores, não fumadores.
* A expressão “direitos fundamentais” tem origem na constituição alemã de 1848. **O qualificativo “fundamentais” destinava-se a sublinhar o carácter de “reconhecimento”** e não da criação de direitos por parte do Estado. O carácter pré-estadual e de indisponibilidade dos direitos quedava assim estabelecido.
* Em Portugal, o trabalho pioneiro de sistematização é realizado por Jorge Miranda ao propor uma periodização quadripartida:
* Antes de Lopes Praça e até aos finais do sec. XIX;
* De Lopes Praça a Marnoco e Souza;
* Dos anos 30 aos anos 70;
* Dos anos 70 ate à atualidade;
* A professora propõe outra periodização:
* **Período liberal (1822- 1926)**
* Caracterizado por ruturas, avanços e retrocessos, que corresponde à implantação e fraca consolidação entre nós do regime constitucional. O destaque é aí atribuído à ordenação de direitos em torno da ideologia liberal clássica: liberdade, segurança e propriedade, interrompida, na vigência da Carta de 1826, pela ordenação do catálogo de direitos, ou o seu equivalente, depois da organização do p.p. Nesse período um lugar à parte deverá ser concedido ao constitucionalismo republicano ao propor, pela 1ª vez, uma cláusula aberta de DF, acrescida de uma garantia jurisdicional pelo estabelecimento de um direito de controlo jurisdicional difuso por parte dos tribunais. Nesse período os DF não são ainda vistos como princípios gerais objetivos da ordem jurídico-constitucional, acentuando-se o seu aspeto político.
* Com a República, começa já a visualizar-se tentativas de uma teorização “séria” dos direitos, sobretudo face à sua contraparte estadual. Estes, todavia, não deixam de ser percebidos no quadro de uma leitura liberal e reducionista. A sua validade jurídica é reconhecida. O estabelecimento do controlo jurisdicional difuso é disso exemplo marcante.
* **Um período retrocesso autoritário** (golpe militar de maio 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. O catálogo dos direitos compreende agora não apenas os clássicos direitos liberais, mas ainda um catálogo de direitos económico e sociais, fruto da ideologia corporativista e intervencionista do Estado Novo.
* No que concerne aos primeiros, direitos e garantias individuais dos cidadãos em sentido clássico, procede-se, pela 1ªvez, a uma separação entre o conceito de “direito” e a sua “limitação” pelo recurso a uma regulamentação legal. Não sendo os direitos reconhecidos na sua validade pré-estatal e pré-constitucional, mostravam-se na prática, simplesmente “tolerados” pelo Estado sem que a existência de espaços vazios de atuação tivesse aí alguma vez preocupado os poderes públicos, Governo e Assembleia Nacional e ainda os tribunais.
* O individuo é absorvido no coletivo.
* **Revolução de 1974** e institucionaliza-se com a aprovação, a 2 de abril, da Constituição de 1976.
* Os DF de catálogo alargado compreendem agora não apenas os DLG clássicos, mas ainda DLG dos trabalhadores a que se acrescenta os DESC. É reintroduzida a cláusula aberta dos DF do constitucionalismo de 1911 e uma referência expressa, sob a forma de receção, de normas de direito internacional e da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada em 1948, pela ONU. O sistema de justiça constitucional é restaurado, desta feita não apenas na sua forma de controlo difuso desconcentrado, mas ainda sob a forma de um modelo concentrado de raiz kelsiana, por muitos designado de “sistema europeu de controlo de constitucionalidade”.
* O TC procede a uma interpretação, intensiva e extensiva do catálogo dos DF, erigindo-se em órgão central do Estado de Direito democrático. Procede à criação e descoberta de “novos” DF, consolida a consciência democrática dos cidadãos e procede à consolidação do Estado constitucional. Para isso socorre-se dos instrumentos que lhe foram confiados pela Constituição, a saber:
* Cláusulas gerais da “dignidade da pessoa humana”, do “Estado de Direito democrático” e do “principio geral da igualdade”, a que deverá acrescentar-se, após a IV Revisão Constitucional, o “direito ao desenvolvimento da personalidade” com todas as consequências que lhe são inerentes (: direitos de personalidade, intimidade, autonomia e privacidade).
* Eficácia direta dos DLG;
* Estabelecimento de uma proteção jurídica e jurisdicional sem lacunas.

## **O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976**

* **É neste contexto que se fala no “carácter duplo” dos DF com o objetivo de acentuar quer os seus aspetos “individuais” quer os seus aspetos “institucionais” ou “coletivos”**. A CRP de 76 não foge a esta regra.
* De um lado releva o “aspeto” de direito individual não que concerne aos chamados “direitos da pessoa”, que podem não apenas assistir a indivíduos singulares, mas também a “grupos” (coligações, associações, sindicatos…)
* Os DF ostentam uma parte de contrapoder necessário numa “democracia pluralista”. **São limitações ao poder e divisão de poder**. O respeito pelas pessoas como agentes livres e independentes requer um sistema de direitos e pretensões a ser estabelecidos na Constituição.
* A CRP de 76 estabelece o **“primado dos direitos sobre a lei”**. Os direitos fundamentais postulam basicamente uma pretensão de proteção de uma esfera de vida que não pode quedar estritamente ao alcance do legislador. Os DF não são meras “concessões de Estado”, simples “tolerância estadual”. A sua garantia jurídica não se reduz a uma simples “reserva de lei”. Pelo contrário, **os DLG são diretamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas, incluindo os poderes legislativo, executivo e judicial**, que devem dirigir a sua atuação conforme aos DF. **O seu fundamento não é mais o princípio da legalidade, mas o princípio da constitucionalidade.**
* É, neste contexto, que se acentua a “dupla natureza” dos direitos e liberdades jusfundamentais**. Os DF não garantem apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de Direito**. Este “significado jurídico-objetivo” dos DF transforma-os em “preceitos negativos de competência”.
* O critério da “aplicabilidade direta” do ***art. 18º, nº1 CRP***, no que concerne aos DLG significa ainda que estes se encontram dotados de “densidade suficiente” para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei. A ideia de “aplicabilidade direta” encontra-se ligada à ideia da “determinabilidade constitucional” do seu conteúdo e “exequibilidade autónoma”, o que não é o mesmo que afirmar que a mediação legislativa se mostra desnecessário ou irrelevante. Deste modo, no “regime geral dos DF”, a Constituição procede à incorporação de 2 princípios: princípio da “universalidade” (toda a pessoa pelo facto de o ser possui direitos determinados) e da “autonomia”.
* **As pessoas físicas e coletivas** (todo o grupo de pessoas ou organizações às quais o direito privado, ou ainda o direito público, concede personalidade e capacidade jurídicas) **gozam de direitos e deveres fundamentais**. É necessária uma especial atenção às pessoas coletivas de direito público. Na generalidade dos casos, o Estado aparece revestido das suas funções de autoridade (: *imperium*). O Estado é precipuamente o “destinatário” dos DF e não, obviamente, um titular ou beneficiário dos mesmos. Não se verifica aqui uma “relação horizontal”, antes uma relação “vertical” entre o Estado e os cidadãos. Uma relação que corresponde pelo menos para quem aceite uma teoria pré-originaria dos DF, a uma forma de divisão e limitação do poder do Estado.
* Só em casos muito delimitados é que poderá afirmar-se que uma autoridade pública, seja o Estado ou um ente portador de poder público, especialmente no confronto com os DF, possa a ser declarado, ao mesmo nível que este, como titular de DF. De resto, o Estado e a autoridade pública gozam de outros instrumentos de imposição da sua vontade, a que não é estranho o monopólio da coercibilidade e da força pública, que vinculam os cidadãos.

# TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO**

* Conceito racional de const. – ordem jurídica fundamental do Estado, orientada por determinados princípios, própria do conceito modernista de constituição do início do constitucionalismo.
* **A Const. apresenta-se como “base e fundamento do governo”**, na terminologia do séc. XVIII. Erigindo-se a partir daí em modelo direto para toda a atividade público-estadual.
* Na Europa, o conceito de Constituição deixa, a partir daí, de ter por base os cidadãos e os seus direitos para passar a assentar num conceito abstrato de “soberania estadual” ou melhor de “Estado soberano abstrato”. Na Alemanha, na 1ªmetade do séc. XIX, os direitos são vistos como “princípios de direito objetivo”, delimitadores do poder do Estado, sem a correlativa função de determinação e proteção de “direitos subjetivos” anteriores ao Estado e conaturais ao cidadão. 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. 16º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.
* **O conceito de constituição apresenta-se como normativo**: prescreve um determinado comportamento, o de dar uma ordem política à sociedade. Constitui um projeto político de construção de uma “ordem nova”.
* **Os DF são direitos constitucionais que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “ética” de limitação do poder do Estado. Devem ser antes compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva**. Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, num concreto e objetivo “sistema de valores.”
* A constituição funda e dá forma a um regime político, orientado por determinados princípios, definindo os poderes de governo e o estatuto dos cidadãos no estado. Neste sentido, o conceito de constituição apresenta-se como uma **“ordem de limitação de poderes**”. Porém, **os conceitos de “constituição” e de “Estado” não se confundem**. O estado em “sentido estrito” apresenta-se unicamente como um elemento do regime político. Tudo aquilo que faz parte da constituição do regime político, incluindo os seus princípios básicos, reentra no conceito de constituição.
* Com o conceito de constituição escrita surge tb a ideia de **fixação de um conteúdo que deverá ser preservado**. Com a passagem a uma constituição escrita altera-se o conceito de constituição, de uma *art physis* para um *nomus* ou universo normativo, i.e., de um estado de poder para uma ordem jurídica, com o objetivo de racionalizar, limitar e dividir o poder no Estado.
* A Constituição é a ordem jurídica fundamental da comunidade. Por isso se afirma **que a garantia e proteção dos DF não resulta unicamente assegurada pelo princípio da “separação de poderes”, antes que essa proteção deve vir assegurada pelo Estado e sobretudo que esta deve vir assegurada no Estado**. Quer dizer, não se procura unicamente organizar o p.p. e prescrever-lhe um determinado modo de atuação. Pretende-se estruturar o próprio “corpo social”, a “boa sociedade” de que fala Rawls.
* O reforço dos mecanismos de garantia, e a sua incorporação nos textos constitucionais marca o triunfo da constituição como norma jurídica e o apogeu do constitucionalismo constitucionalmente garantido.
* A constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito. Provoca isso uma clara diferenciação entre o d. constitucional e o direito infraconstitucional. O binómio inovação política/ mudança conceptual reside precisamente nisso: 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 jurídicos. A constituição atribui-se a si própria a primazia.

## **A IDEIA DE LIMITAÇÃO**

* O estado constitucional apresenta-se como uma ordenação jurídico-pública a que corresponde a “constituição” dos direitos e liberdades jusfundamentais.

**Contexto Histórico**

* A uma conceção estatística e reducionista de “constituição” (legalismo), corresponde não um conceito “maioritário” e “estático” de democracia, mas um conceito constitucional. A “conceção comum” ou “comunitarista” (Dworkin) traduz-se, no que concerne ao papel dos tribunais num argumento em favor da expansão do seu poder. No processo de interpretação construtiva, os tribunais devem partir de um conceito coerente de ordem jurídica tomado no seu conjunto, um conceito que tenha em consideração a relação entre o “autogoverno democrático” e o “Império das Leis”. Os tribunais seriam um “fórum de princípios”.
* O sentido atual da função limitadora de constituição não pode deixar de ser trazido pelo “direito judicial de controle” das leis e dos demais atos jurídicos. Tudo isto se traduz num alagamento e extensão da função dos DF numa ordem jurídica.
* Todas as normas jurídico-constitucionais encontram-se no mesmo plano. A única exceção constitucionalmente prevista refere-se aos **DLG e os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais que gozam de valor supraconstitucional.**
* Pode estranhar-se a ordenação dos direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais ao lado dos DLG “clássicos”. Esta colocação, que indicia uma interpretação valorativa, só poderá explicar-se pelo “dualismo” tradicional que era atribuído aos DF. No quadro desta conceção, só seriam considerados como “DF no sentido forte e próprio do termo” unicamente os “direitos subjetivos dos indivíduos”. Os DF vêm identificados com os “direitos subjetivos”, deixando deliberadamente na penumbra a sua contraparte “objetiva”, i.e., a conceção dos DF como “princípios de direito objetivo”, de limitação dos poderes públicos e do legislador.
* Esta dicotomia pressupõe modelos concretos de ordenação dos direitos no texto constitucional. O modelo clássico, (declarações americana e francesa – séc. XVIII) pressupõe a respetiva fixação “fora” do texto constitucional. Este é o ponto de partida. Os direitos encontram-se ligados ao estatuto da cidadania, pelo que se apresentam como direitos dos cidadãos face a nacionais dos outros estados.
* Mais tarde (fim séc. XIX e início séc. XX), Jellinek proporá uma outra classificação, essencialmente ordenada em função do “status”. O “status” significa o “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. São estes:
* “**status passivo**” de submissão do individuo ao Estado, tratado com relativa brevidade.
* “**status negativo**” (“direitos” ações negativas face ao estado, acompanhadas de uma pretensão de “reconhecimento”).
* “**status positivo**” (“direitos” concreta e positivamente determinados, que aponta essencialmente para um “dever de proteção” do Estado).
* “**status ativo**” (respetiva posição dos “direitos” face aos órgãos de poder instituído) ou o “status” em que o cidadão exerce a sua liberdade no e através do Estado.
* É com base nesta inteleção que Schmitt individualizará, mais tarde, uma outra tipologia, que discrimina entre “direitos absolutos” e “direitos relativos”, a.p.d. dissociação por si estabelecida entre “DF em sentido próprio” e “impróprio”. Os primeiros 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 liberdade no seu conjunto. A delimitação entre os “direitos negativos” e os “direitos positivos” era feita através da lei, em dois modelos:
* Negativo, através do princípio de “reserva de lei”.
* Positivo, pela fixação do princípio de “precedência da lei”, i.e., pela vinculação da atividade pública às leis existentes.
* **No século XX, com a afirmação do princípio da “supremacia da Constituição”, a situação alterou-se. O legislador passa a estar agora vinculado aos DF**. Isto levou a uma subida de escalão dos direitos de defesa na hierarquia da OJ enquanto os direitos positivos (entre os quais os direitos fundamentais sociais) viram a sua posição inalterada, continuando a encontrar o seu “fundamento” e “medida” na lei. Os direitos de defesa gozam agora de uma proteção de nível “constitucional”. Os direitos sociais, pelo contrário, de uma proteção meramente “legal”. Por isso certos autores reduzem a força jurídica dos DF sociais, ainda hoje, a simples “direitos de medida”, afirmando que estes só podem ser garantidos através de medidas legislativas.
* Post-1945 – Discussão em torno do “novo contexto constitucional dos DF”. A conceção dos direitos como informando e enformando uma “ordem” ou “sistema de valores” concreta e objetiva gerou muita controvérsia. Esta ideia de recurso a um “sistema de valores” como corretivo do direito positivo é hoje prática corrente nos tribunais de justiça constitucional.
* **[EXISTE MAIS COISAS MAS ACHO QUE NÃO VALE A PENA POR – PAG 56 A 60]**

## **A ABERTURA DO CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* Os DF surgem no Estado constitucional como reação às ameaças fundamentais que circundam o homem e o cidadão.
* **Existe uma abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos como os novos perigos que possam surgir no decurso do tempo.**
* Este carácter aberto da garantia dos DF, seja no seu aspeto pessoal, seja no seu aspeto “institucional” ou “coletivo”, vem expresso numa multiplicidade de formas de proteção jurídica vêm exercidas pelos tribunais comuns, pelos tribunais de justiça constitucional e pelos tribunais internacionais.
* Os DF variam no tempo e no espaço no que concerne à distribuição de papeis no seu desenvolvimento jurídico. Não existe um *numerus clausus* de dimensões de tutela, do mesmo modo que não existe um *numerus clausus* dos perigos.

**Alemanha**

* Häberle refere uma realização cooperativa dos DF. **Os DF deixam de ser vistos como reservas contrapostas ao Estado para passar a ser compreendidos e inteligidos numa relação unificadora**. Esta transformação na conceção dos DF vem de igual modo realçada por Böckenförde e Denninger, sob o ponto de vista da criação de “conceito chave do direito constitucional” onde se incluiriam princípios como os da proporcionalidade, reserva de possibilidade, aplicabilidade direta, efeitos em relação a terceiros, proteção dos DF através de normas de organização e procedimento, etc. cuja interpretação se encontraria essencialmente dependente do consenso dominante.

**EUA**

* Distinção quase absoluta entre os direitos de conteúdo patrimonial e dos direitos de carácter pessoal. Assim, apenas um “interesse público extraordinário” ou “relevante” poderia justificar uma restrição a esses direitos e liberdades jusfundamentais. Não apenas determinadas cláusulas possuem uma vinculação mais forte, em termos de afirmação da sua supremacia, como ainda essa primazia se refletia no jogo de presunção de constitucionalidade, de forma a que seria o legislador que se encontraria obrigado a justificar a lei, sofrendo com isso uma espécie de “presunção de inconstitucionalidade”.
* *Grisworld v. Connecticut* – reconhece o direito à privacidade, pela primeira vez, com força constitucional.
* Roe v. Wade – a utilização do *substantive due process* foi-se progressivamente ampliando, estendendo-se à quase totalidade das clausulas constitucionais, abandonando o campo limitado dos “DES” para abarcar o círculo dos direitos de autonomia, privacidade, intimidade, personalidade e liberdades pessoais, direitos de uma “3ª geração”.
* Esses valores de autonomia, privacidade, intimidade e personalidade, não se limitam ao âmbito do *due process*. Aparecem ainda noutras clausulas, como as da Emenda I, o direito a não ser incriminado por posse privada de material obsceno ou clausulas como as que regulam os limites da atuação policial.

**Opiniões doutrinárias**

* **Existem pessoas que se limitam a afirmar que os direitos de personalidade e autonomia pessoal têm origem na constituição**, no fundo, na teoria do constitucionalismo que subjaz quer ao “documento” quer ao sistema político tomado como um todo.
* **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 desde que sancionada pelos seus representantes livremente eleitos.
* M**as há tb aqueles que buscam a fonte desses direitos numa lei superior à Constituição**. Esta caracterização dos DF como “normas estruturais” ou “disposições incapacitantes”, autónomos perante a lei, vem de igual modo realçada por Hesse. Mas não deixa corresponder à distinção corrente utilizada pelos juristas norte-americanos entre os “direitos substantivos” e os “direitos procedimentais”.
* Esta nova compreensão das relações entre o cidadão e o Estado implica um sistema de direitos e a construção de princípios jurídico-constitucionais interpretativos básicos que sirvam de fundamento à interpretação constitucional. Esta implica uma “racionalização do direito” ou se se preferir numa outra aceção de “construção” (tribunais) e “reconstrução” (legislador) da filosofia política, onde se compreenderiam os modelos de inclusão, reconhecimento e generalização.
* Este aparente paradoxo, revelado por Hesse ou Denninger – **O estado simultaneamente como limite, protetor e impulsionador da “realização” dos DF** – mostra-se intrinsecamente ligado ao conceito jurídico atual de “dignidade da pessoa humana” como valor fundamental.
* Esta dualidade do conceito de constituição, expressa por Ackerman e Rawls, estabelece uma relação funcional de efeitos recíprocos entre a finalidade da constituição como norma e a função dos DF. **Estes diferenciam-se agora dos meros “direitos de defesa” e dos simples “deveres de omissão”** por parte do estado para se transformarem em proteção dinâmica. As normas abertas da constituição deixam a partir daí 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.
* Com isso o princípio básico da “dignidade da pessoa humana” interroga os efeitos horizontais decorrentes da *vis expansiva* dos DF, 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, antes a delimitação e realização de tarefas de bem-estar social. A finalidade ético-social da constituição acaba por resultar conceptualizada, pelo menos no que concerne ao modelo duplo kantiano de liberdade-igualdade.

## **A PROTEÇÃO JURÍDICA SEM LACUNAS**

* A normatividade diz respeito a globalidade da ordem jurídica. Antes de mais, é política (a OJ descreve uma estrutura de distribuição do poder) e só depois jurídica. A sanção ou coercibilidade é confiada aos órgãos chamados a aplicar essa ordem que aparecem assim como o seu corolário. A normatividade apresenta-se como um atributo ou qualidade global da ordem/sistema jurídico, reportando-se a sanção ao conjunto da ordem constitucional e não a cada uma das suas normas em particular.
* A “hierarquia das normas” conduz a uma “hierarquia das instâncias de aplicação”. Daqui decorre uma série de contradições eu definem a dinâmica do direito positivo num Estado liberal: contradição entre a proteção constitucional e a reverência para com o legislador, contradição entre representações concorrentes quando se trata de determinar o conteúdo da legislação.
* É, neste contexto, que se advoga por uma “interpretação dos DF” a que corresponde, na terminologia de Häberle, uma “política dos DF”, uma interpretação e inteleção que postula uma “compreensão” correta e adequada dos DF no seu conjunto.
* Fundamentação de Marshall no caso Marbury v. Madison
* Ideia de que a constituição é uma norma suprema face ao poder legislativo;
* Ideia de que o direito constitucional se apresenta como uma normação reconhecida e aplicada pelos tribunais;
* Ideia de que essa interpretação judicial do direito válido se mostra vinculante, já que vem aplicada, pelo menos para o caso “sub iudice” [é assim que está escrito no livro, não sei o que é ou se a professora se enganou a escrever], através de uma sentença ou decisão judicial.
* Há quem afirme que a normatividade da constituição resulta melhor garantida pela construção de uma rede de “reservas de lei” que atuaria como barreira última face ao legislador. Outros, pronunciam-se a favor da construção de uma “reserva geral de conformação” quanto aos DF pela atribuição da sua configuração à criação de “cláusulas gerais”. Outros, numa tentativa de ampliar o sentido normativo ínsito nos modernos textos constitucionais, falam ainda da construção dos DF como “competências positivas” do Estado, uma espécie de deveres fundamentais, justificando-se a intervenção dos tribunais de justiça constitucionais. É a estes que compete a determinação dos limites desses direitos, em caso de conflito prático, em ordem à garantia e realização da constituição no seu conjunto.
* Desenvolveu-se, na Alemanha, uma conceção dos DF como “garantias de procedimento”, ou melhor a **garantia e realização dos DF 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**. Essa “proteção jurídica sem lacunas” integra, no caso português, o “direito de informação e proteção jurídica” (CRP, art. 20º, nº1); o “direito à tutela jurisdicional” (CRP, art. 20º, nº1); o “direito à tutela graciosa” (CRP, art. 23º e 52º, nº1) e o “direito à responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas” (CRP, art. 22º).
* O TC, em determinadas decisões, tem vindo a pugnar pela extensão da “garantia constitucional” do “duplo grau de jurisdição” à “tutela jurisdicional dos DF” que integram a categorias dos DLG, mesmo para alem da área de 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 DF, não apenas ao direito subjetivo “qua tale”, mais ainda ao “circulo de situações juridicamente protegidas” traduz não apenas num forte limitação da liberdade politica do legislador como ostenta, inclusive, uma outra dimensão: a de que os DF se concebe, hoje muito mais como uma “questão de justiça” do que como uma “questão politica”.
* Essa “proteção jurídica sem lacunas” ou “garantia constitucional nova” dos direitos e liberdades jusfundamentais, deve ser entendida como um “direito de acesso aos tribunais”. Nas palavras de Gomes Canotilho**: a proteção jurídica sem lacunas significa o direito à proteção jurídica através dos tribunais mediante um processo justo e equitativo** (CRP, art. 20º, nº4) **e uma justiça eficaz e temporalmente adequada** (CRP, art. 20º, nº5).
* A partir da Revisão Constitucional de 1997, que dá uma nova redação ao disposto no nº4 do art. 268º da CRP, qualificado já pelo TC como um “direito análogo” aos DLG, *ex vi* do disposto na cláusula do art.17º, 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 se pode falar 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”. A continua mutação das “situações típicas de perigo” exige uma “defesa móvel, flexível e abertas” desses direitos e liberdades no seu conjunto.
* A constituição ordena uma “obrigação de tutela” ou “dever de proteção” a cargo dos poderes públicos e a realização do DF através de normas de organização e procedimento que façam jus a esses direitos.
* A constituição de 1976 ordena uma obrigação de tutela ou dever de proteção a cargo do Estado. Configura os DF como fins da atividade público-estadual na qual se compreendem as condições de exercício desses direitos e liberdades jusfundamentais. Nisto consiste o chamado “*status activus prcessualis*”, i.e., a garantia dos meios processuais e administrativos adequados a uma defesa ativa desses direitos e liberdades no seu conjunto.
* A dimensão objetiva dos direitos aproxima-os dos “princípios constitucionais gerais”. Daí a conexão sistemática estabelecida por Böckenförde entre o “conteúdo jurídico-objetivo” dos DF e os “deveres de proteção”: “uma conleva em si a outra”.

# TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* O pós-1945 é caracterizado por uma “ambivalência” no que concerne às conceções constitucionais de DF. Dai a necessidade e possibilidade de se pugnar por uma teoria geral objetiva desses direitos e liberdades no seu conjunto. Uma teoria que tenha em conta uma síntese dialética entre as várias gerações, no sentido que lhe dá Ackerman e Gomes Canotilho, “construída com base numa constituição positiva” e “não apenas uma teoria dos DF de carácter exclusivamente teorético”, e dentro de uma “teoria do direito praxeologicamente orientada”.
* Isso exige uma teoria política normativa no sentido que lhe dá Dworkin, ou numa outra terminologia, um “esquema interpretativo” que represente e defina uma conceção particular de democracia constitucional. Tudo isto de traduz numa teoria constitucional complexa. Essa teoria constitucional destina-se a evitar a petrificação no que se refere à leitura e interpretação dos DF. Por isso o TC Federal alemão fala numa pluralidade de componentes no que concerne à caracterização e realização desses direitos e liberdades no seu conjunto.
* No quadro de uma otimização ou efetividade de gozo dos DF, distingue:
* História dos DF: pressupõe uma conceção jurídica e cultural dos direitos em termos de passado;
* Dogmática dos DF: pressupõe uma comparação jurídica e cultural desses direitos em termos do presente.
* Política dos DF: compreensão jurídica e cultural dos DF em termos do futuro.
* Que ilações se devem retirar desta “compreensão alargada” dos DF?
* Os direitos, não os poderes, formam a base da autoridade;
* Mas devem ser interpretados e inteligidos no respeito pelas outras partes da Const.
* Segundo Hesse, a interpretação dos DF não permite o contrapeso de direitos face ao poder, a restrição de um direito pela reivindicação de poderes dados, salvo no caso de assim estabelecer a própria constituição.
* Daí também a necessidade e possibilidade de uma **teoria geral objetiva dos DF**. Esta deve alicerçar-se num sistema coerente de DF, de acordo com a constituição positiva, assente numa conceção política de pessoa como ser livre e autónomo independente dos poderes públicos.
* Este “sistema coerente de direitos” assente numa conceção política de pessoa, pressupõe um **catálogo de DF**. Este não significa a criação de direitos pela const., mas o reconhecimento da respetiva existência, que corresponde a existência do homem. “Fundamentais” 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 subtrai-los ao cidadão, nem este pode renunciara estes.
* O que individualiza este catálogo de DF é o facto de este constituir a especificação jurídica de postulados filosófico-políticos que identificam uma cultura jurídica particular: o constitucionalismo.

## **OBJETO E FUNÇÕES**

* O princípio fundamental da OJ e dos DF não é o postulado da unidade dos direitos e deveres fundamentais, mas o da **prevalência dos direitos fundamentais sobre os deveres fundamentais.** Os indivíduos não são apenas titulares de direitos, mas ainda titulares de deveres jurídicos fundamentais. Os deveres não se encontram ao mesmo nível que os direitos. Se assim não fosse, afirmar-se-ia uma relação de identidade. Estaríamos então perante um sistema totalitário ou autoritário. Os deveres apresentam-se como limites dos direitos jusfundamentais.
* Neste sentido, fala-se na “multifuncionalidade” dos DF 🡪 diferentes elementos, funções e dimensões desses direitos e liberdades no seu conjunto. Uma diferenciação que Alexy designará por “direitos fundamentais na sua totalidade”, i.e., na totalidade das suas múltiplas compreensões e dimensões jurídico-fundamentais.
* A multiplicidade dos DF traz problemas à teoria constitucional. Antes de mais, é a questão da “**eficácia horizontal”**, o problema da *vis expansiva.* mas é também o **significado desses direitos e liberdades como tarefas constitucionais no quadro de determinação constitucional dos fins do Estado**. Tudo isto postula uma vinculação dos DF a normas de organização e procedimento, reguladas positivamente, ou um *status activus processualis* que faça jus a esses direitos e liberdades no seu conjunto.
* É neste quadro que surge a qualificação dos DF em direitos objetivos e direitos subjetivos. Os DF 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 dificultar esta vinculação depara-se-nos a respetiva concretização através da conceção indeterminada. Para colmatar esta decisão a Constituição determina hoje a **aplicabilidade direta dos DLG** (CRP, art.18º, nº1). Esta traduz-se num dever, no que concerne aos órgãos de aplicação, independentemente da necessidade de uma *interpositio legislatoris*. Essa vinculatividade direta dos DLG representa a negação do “principio programático” na interpretação e concretização desses direitos no seu conjunto. Daqui decorre para o legislador uma tarefa ou dever de ação como obrigação estritamente vinculante.
* Os DF podem ser vistos ainda como “**princípios fundamentais diretivos da ordem jurídica constitucional**”. Mais tarde, desenvolvendo esta conceção, Alexy introduzirá a “teoria dos princípios” de Dworkin. Os princípios apresentam-se como “argumentos a favor dos DF”. Compreendem um sistema de normas-princípios que apelam a um mandato de otimização.
* A conceção de direitos como “(1) **princípios primários de direito objetivo**” ou “(2) **normas-princípios do ordenamento jurídico-constitucional**” estabelece uma dupla relação com o âmbito da ordem jurídico-objetiva de que os direitos se apresentam como parte fundamental e irrenunciável.
* Só que os DF apresentam-se ainda como “(3) **direitos subjetivos**” a partir da sua determinação objetiva no texto constitucional. Na 1ªmetade do século XIX, Savigny definiu o “conteúdo jurídico-substantivo” dos DF como poder de vontade. Mais tarde, Rudolf v. Ihering substituirá esse elemento pelo critério do interesse. O direito subjetivo corresponde a um “interesse (ou bem) individual juridicamente protegido” ou a um “interesse (ou bem) subjetivamente valorado em termos de fins humanos”.
* **Esta dupla dimensão do conceito de direito fundamental subjetivo compreende uma liberdade de ação, positiva e negativa, de *facere* e de *non facere*.** Isto é, o direito de cada um de fazer ou não fazer algo. Apresenta-se como um conceito de enquadramento, neste caso.
* A Constituição de 76 acrescenta-lhes a proteção jurídica, que se pretende sem lacunas, através dos tribunais e do poder judicial. Com esta garantia constitucional acrescida, o caracter “jurídico-subjetivo” dos direitos e liberdades fundamentais recebe um reconhecimento geral.
* Mas se olharmos estritamente para o capítulo da proteção, somos forçados a aditar à norma reconhecedora de DF um sentido objetivo. Este traduz-se na produção de normas que tenham em conta essa finalidade ou que se orientem fundamentalmente pelos direitos fundamentais.
* A doutrina tem vindo a individualizar dois tipos de direitos subjetivos:
* Direitos subjetivos entendidos como **direitos de defesa**, residindo nesta sua dimensão a prioridade da sua acentuação jurídico-subjetiva.
* Direitos subjetivos entendidos como **direitos a prestações,** fundamentalmente a cargo do Estado.
* Face a esta tipologia de direitos fundamentais subjetivos, a Constituição ordena positivamente uma tarefa de concretização e otimização. As normas constitucionais reconhecedoras de DF não garantem apenas direitos subjetivos, mas ainda princípios objetivos da ordem democrática e constitucional do Estado de Direito.
* É nesta perspetiva que se afirma que o conceito de **direito de defesa vem caracterizado por uma certa ambiguidade**.
* De um lado, é marcado por uma certa abrangência, quando não mesmo por indicar a função principal desses direitos e liberdades jusfundamentais. Esta conceção dos DF como direitos de defesa encontra-se estritamente ligada a uma dimensão de defesa e proteção dos direitos sendo, portanto, menos influenciada pela determinação do respetivo conteúdo jurídico-objetivo.
* Seja como for, quer se acentue o lado jurídico-subjetivo ou o lado jurídico-objetivo dos DLF (direitos e liberdades fundamentais), o certo é que esta conceção dos direitos como direitos de defesa significa: a) uma liberdade face à intervenção; b) e uma reconstrução da função clássica dos DF. Fica assim estabelecido o **conceito estrutural de direitos de defesa**: **proteção de posições jurídicas subjetivas que se compreendem na determinação dos DLF**. Em termos breves, a acentuação da sua dimensão de defesa contra intervenções do poder público e particularmente do Estado.
* Somos forçados a concluir que o que determina o conteúdo dos DLG reconhecidos constitucionalmente é o bem ou o valor de proteção. Daí a relação entre o direito de defesa e a sua esfera de proteção.
* Hesse – “teoria dos DF” na qual se acentua uma compreensão alargadas do conceito de liberdade como conceito delimitativo estrutural do direito jusfundamental. Que o configura como uma esfera de proteção particular.
* Jellinek definiu a liberdade como conceito nuclear do “status negativo”: “toda a liberdade apresenta-se como uma liberdade face a uma coação ilegal. A liberdade em sentido estrito é definida como um poder de autodeterminação, de determinar a si próprio o conteúdo da sua ação. Trata-se de uma “liberdade de ação” entendida como uma esfera livre face à intervenção do Estado. Daqui decorre a dicotomia clássica da liberdade e propriedade como conceito delimitadores do direito subjetivo, entendido este último, como direito de defesa dos cidadãos face ao estado.
* Jellinek – distinção entre a liberdade singular e as liberdades no plural:
* Se a liberdade se compreende como uma liberdade face à coação ilegal, então não resulta juridicamente correto e adequado falar em direitos de liberdade no plural, antes e, liberdade no singular, pois é esse o conteúdo que se opõe à limitação provinda tanto do campo politico como do campo jurídico e que integra diversas tonalidade.
* O mesmo é dizer que ao sentido negativo dos direitos de defesa se deve acrescentar hoje um significado positivo não menos importante: o de quer a pessoa faça uso dessa liberdade. É esse o significado jurídico-objetivo, ou essa liberdade entendida como “liberdade de ação”, que se encontra no cerne da transformação dos DF em preceitos negativos de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais encontrariam o seu limite nos DF.
* Matteuci- constitucionalismo “latu sensu”, “stricto sensu” e “strictissimo sensu”
1. **“latu sensu”** – ideologia constituinte, momento fundador, “ideologia do constitucionalismo”.
2. **“stricto sensu”** – tem como função uma “dimensão de limite”. A constituição mostra-se necessária e funda-se em determinados princípios.
3. **“strictissimo sensu”-** ocorre apenas quando nesse conjunto de princípios, que definem o conteúdo com dignidade constitucional (“constitutional essentials”; controlo da constitucionalidade das leis pelo poder judicial.)
* Quando se afirma uma conceção constitucional do Estado de direito os DF surgem essencialmente valorados em termos da sua natureza deontológica, i.e., do seu carácter de “devorosidade”. Os direitos são vistos como trunfos de um jogo no qual os indivíduos apresentam as suas pretensões jurídicas face às supravantagens que se retiram de uma defesa dos fins coletivos gerais.
* Dworkin – esta tese de assimilação dos DF a princípios jurídicos leva à transformação desses direitos em valores fundamentais. Estes vêm agora interpretados como “normas” ou como “princípios”, dependendo dos diferentes argumentos substanciais utilizados na fundamentação.
* Dworkin – neste sentido o autor pronuncia-se, não tanto a favor de uma “teoria de justiça”, mas sim de reconstrução do conceito de direito, pertencendo uma critica do sistema e da dogmática jurídicas pela sua aplicação a partir do conceito de princípios (principles) e “argumentos finalísticos” (policies) Isto significa que os tribunais de justiça não fazem destes conglomerados de princípios e de fins o fundamento de validade de todas as normas jurídicas, antes os utilizam no exercício do seu poder de interpretação. É assim que os tribunais de justiça constitucional interpretam os textos constitucionais à luz de princípios que denominam de “direito natural”, “princípios gerais de direito”, “princípios constitucionais”, “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, “históricos” ou de “consciência”, que deduzem da constituição ou criam eles mesmos. Esses princípios deontológicos reportam-se à dignidade da pessoa humana, à solidariedade, à autorrealização e autonomia do individuo.
* Perante este quadro, o direito ultrapassa os limites das regras validas. Estas como factos constitucionais não representam todo o direito, ainda que constituam uma parte importante do mesmo. E ainda que não possamos sem mais fazer equivaler a diferenciação entre *principles* e *policies* à distinção entre o poder judicial e o poder legislativo, é justo concluir que os princípios jogam u papel significativo em relação à função judicial. Como normas regulam uma matéria no interesse de todos. Colmo valores constroem uma ordem simbólica transitiva que postula uma identidade ou “forma de vida” de uma comunidade jurídica particularizada. A “clausura” e o “determinismo” cedem o passo à inventividade controlada de um novo discurso jurídico, radicalmente hermenêutico.

## **A SUA INSERÇÃO NO QUADRO DAS CHAMADAS** **“TEORIAS DOS DF”**

* A integração do catálogo dos DF numa teoria dos DF terá lugar no início do século XX com as monografias pioneiras já citadas de Jellinek. Na base desta incorporação encontra-se a “vexata quaestio” de saber como interpretar esses direitos à luz de um “principio de unidade”, i.e., como encontrar uma base para os direitos constitucionais sem atribuir à constituição uma conceção particular do bem.
* Terão os valores que esses direitos incarnam e presentam de ser necessariamente valorados de acordo com os interesses que a constituição visa essencialmente garantir e proteger?
* EUA: “teorias representativas” – Ackerman, Tribe…; “teorias procedimentais” – Ely; “teoria dos direitos” – Dworkin.
* Alemanha: “teoria da constituição” – Smend, Shmitt;
* Existem 5 categorias delimitadas por Jellinek: “status activus”; “status subjectionis”; “status negativus”; “status positivus” e “status activus processualis”. Esta última 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. É esta a inteleção de Haberle dos DF como “fundamento civil do estado” e vocação moral do cidadão que está hoje na origem do modelo regras/ princípios/ procedimentos defendido por Alexy e Gomes Canotilho.
* A discussão entre teorias dos DF tem lugar no quadro de acentuação do “elemento garantístico” ou do constitucionalismo “strictissimo sensu” que acompanha o surgimento, consolidação e desenvolvimento da teoria constitucional.
* Na Alemanha, o conjunto das teorias dos DF, pelas quais o catálogo dos DF resultaria “supraprotegido”, pode ser ordenado da seguinte forma:
* Teoria liberal;
* Teoria da ordem dos valores;
* Teoria institucional;
* Teoria social;
* Teoria democrático-funcional;
* Teoria socialista dos DF;
* A ordenação deste esquema visível em Böckenförde ou Stern acompanha a discussão em torno da interpretação constitucional, aí incluída a questão da garantia e defesa dos DF pelo poder judicial e pelos tribunais de justiça constitucionais.
* Atualmente o debate parece orientar-se por outro caminhos.
* Alemanha: teoria do discurso (Habermas e Alexy)e teoria dos sistemas (Luhmann);
* EUA: teoria dos direitos e a teoria da justiça (versão rawlsiana).
* Não se pode falar de uma “teoria dos DF”, mas sim numa “multiplicidade” de teorias. De acordo com as diferentes dimensões ostentadas pelos direitos, assim se acentuará, consoante a orientação dos respetivos autores:
* o elemento liberal, assente numa conceção defensiva de direitos, de proteção de uma esfera pública individual de vida, numa referência pessoal ao homem individual;
* elemento institucional, que se acrescenta ao elemento individual, aparecendo o individuo fundamentalmente inserido na sociedade ou instituição de base.
* Pretende-se relevar a “dupla natureza” dos DF, a ideia de medida ou equilíbrio entre os seus aspetos individual e institucional, de forma a incluir os grupos, assinalando aos DF um momento de cidadania ativa necessário à realização e aperfeiçoamento do direito constitucional no seu conjunto.
* **Teoria da ordem de valores** – a constituição é percebida não apenas como ordem quadro, mas ainda como base e fundamento de toda a ordem social. Um “sistema de valores” constituído não apenas com base nos DF, mas ainda noutros princípios constitucionais como o princípio do Estado de Direito ou o princípio do Estado social.
* **Teoria social** – parte de uma tripla dimensão que deve ser assinalada aos DF: dimensão individual, institucional e social, na qual intervém já o elemento processual ou procedimental, que irá reforçar o modelo regras/ princípios/ procedimento. Acentua o elemento da sociabilidade ao relevar a intervenção estadual não apenas como limite, mas ainda como fim ou tarefa público-estadual, ordenando concretos deveres de proteção a cargo do estado.
* **Teoria Democrático-funcional** – releva o momento teleológico-funcional dos DF no processo político-democrático. O termo funcionalização encontra-se na base da discussão atual sobre o sentido e função da constituição no moderno estado regulador e interventor no campo económico social.
* **Teoria Socialista** – representa uma funcionalização extrema da teoria dos DF na qual os deveres sobrelevam os direitos. Hoje perdeu muita força.
* A questão é a da incorporação da teroia dso DF num processo de argumentação que compreenda tanto as regras como os princípios jurídicos. Trata-se de uma “teoria procedimental de correção prática” – Alexy.
* Esta rivaliza nos EUA com a “teoria geral da justiça” defendida por Rawls. Esta última baeia-se numa extensão e generalização de num número considerável de pontos de vista originariamente pertencentes aos pensadores social-contratualistas dos séc. XVII e XVIII. Uma continuação desse estilo abstrato de teorização que encontramos em Locke, Rousseau ou Kant. O objetivo destas teorias é o de procurar o elemento de adequação ou coerência entre o princípio da soberania popular e o princípio da democracia no quadro do Estado de Direito democrático e constitucional.
* A situação ideal do discurso é assinalada na Alemanha por Habermas, mas com um sentido divergente. Basicamente a circunstância de os valores não virem pré-constituídos, antes produzidos no discurso concreto. Quer dizer, ninguém poderá interpretar uma norma sem ter em conta a proteção dos fins e valores que essa norma protege e garante. Para alem do seu valor deontológico, os direitos possuem um sentido teleológico. Os valores são o “telos” dessas normas consagradas dos DF.
* A afirmação da prioridade do direito face ao bem coloca os direitos e liberdades jusfundamentais fora do alcance da maioria. É o chamado “prefered freedmons approach”. O governo não pode impor uma conceção 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, uma sociedade justa não deve tentar cultivar a virtude ou impor aos seus concidadãos fins particulares. Deverá facultar-lhes um esquema de direitos, neutral perante os fins, no quadro do qual as pessoas possam prosseguir as suas próprias conceções de bem comum, consistente com uma liberdade igual ou semelhante para os outro.
* A esta “república procedimental” opõe Sandel a impossibilidade de encontrar uma base para os direitos constitucionais sem atribuir ao mesmo tempo à constituição uma conceção particular do bem, i.e., sem ordenar os direitos de acordo com o valores intrínsecos dos interesses que a constituição é chamada a garantir e proteger.

# O CONCEITO DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

## **NORMA E FORMULAÇÃO DE NORMAS DE DF**

* **A norma jurídica não corresponde ao texto, antes se apresenta como o resultado da interpretação. O que é objeto da interpretação não é a norma, mas um texto**. Daí a criação do direito pelo processo de interpretação. Com isso o operador jurídico cria direito, pelo menos a 2 níveis: enuncia uma *norma geral* (produto da interpretação) e uma *norma particular* (aplicação ao caso concreto). Esta “operação de legislação” (negativa) pelos tribunais e pelo poder judicial apresenta um carácter retroativo. O juiz aplica a norma que ele próprio determina através da interpretação a factos que ocorreram posteriormente à edição do texto, mas anteriores à interpretação.
* Gomes Canotilho distingue entre dois níveis de densidade e abertura das normas constitucionais. Distingue concretamente, a “abertura de normas constitucionais” da “abertura da constituição”, para referir a distinção entre:
* “abertura horizontal”: relativa à incompletude e ao carácter fragmentário, i.e., não codificador do texto constitucional;
* “abertura vertical”: individualizadora do carácter geral e de indeterminabilidade de muitas normas e princípios constitucionais que, por isso mesmo, se abrem à mediação concretizadora do intérprete.
* A ser assim, somos forçados a concluir que a disposição jurídica pode conter mais do que uma norma, i.e., apresentar-se como pluralidade significativa e, nesses precisos termos, mostrar-se ainda necessitada de interpretação. A questão radicará em saber se as normas constitucionais compreendem um programa condicional reconduzível a um esquema subsuntivo (subsunção - interpretação de um caso particular como a aplicação de uma norma legal abstrata)?
* Neste sentido, distingue Muller entre o “texto da norma jurídica”, que não deverá ser confundido com o texto da norma. É com base nessa norma jurídica formulada pelo tribunal que se alcança a decisão individual ou norma de decisão com a qual se poe fim ao processo.
* Gomes Canotilho afirma como componentes fundamentais do conceito de “norma jurídica”:
* Programa normativo, a sua componente linguística;
* Setor ou âmbito normativo, a sua componente contextual, real, empírica ou fáctica.
* A norma jurídica corresponde à junção do programa normativo com o âmbito ou setor normativo.
* O programa normativo possui uma função de filtro relativamente ao setor normativo ou realidade a conformar, sob um duplo ponto de vista: como limite negativo e como “determinante positiva” do âmbito ou setor normativo.
* Mas, em ambos os casos, a conclusão é invariavelmente a mesma**: a norma jurídica não é o ponto de partida da interpretação, mas o seu resultado**. Muller define uma teoria da norma e uma teoria conexa da interpretação que colide com as qualidades próprias do direito liberal-burguês.
* O ciclo de realização do direito deve compreender os seguintes momento:
* Determinação do texto da norma;
* Concretização da norma em sentido amplo;
* Nova determinação do texto da norma.
* A normatividade não se relaciona com o texto da norma. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica. O que caracteriza o texto da norma é a sua validade. Esta consiste, por um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, por outro lado, na obrigação dirigida ao juiz de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequadas ao caso particular e de os trabalhar corretamente de um ponto de vista metódico. A normatividade apresenta-se como um processo, não como uma qualidade do texto.
* É necessário definir, com precisão, uma teoria normativa do direito judicial de controle e da interpretação constitucional. Esta inclui necessariamente os 3 poderes de governo num processo de diálogo e cooperação quanto à determinação do significativo objetivo do texto constitucional.
* A inconclusão de uma norma constitucional surge como expressão dos limites da ordenação constitucional e como condição de um processo livre e aberto. Sob este ponto de vista, os direitos apresentam-se como regras ou como princípios, dependendo dos diferentes argumento substanciais utilizados na fundamentação, acabando por representar diferentes papeis logico-argumentativos.
* A distinção entre “normas constitucionais explícitas” e “normas constitucionais implícitas” (ou entre direitos enumerados e não enumerados) cai no momento em que se distingue entre disposição e norma ou entre norma e formulação de norma. É isto que Kelsen pretende significar com o conceito de “interpretação autêntica”. É que, sendo esta válida não pode depois ser mais contestada. É uma interpretação vinculante. É o que Alexy e Aarnio denominam de interpretação constitucional.

## **DIREITOS ENUMERADOS E DIREITOS NÃO ENUMERADOS**

* Os DF 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 da aplicação a esses direitos do regime constitucionalmente previsto para os DF, designadamente os DF.
* Esses DF não enumerados abrangem direitos de qualquer natureza: tano DLG como DESC.
* Gomes Canotilho fala em “DF formalmente constitucionais” e “DF extraconstitucionais” ou “sem assento constitucional” e Jorge Miranda em “DF em sentido formal” e “DF em sentido material”. Os primeiros são os previstos na constituição. Os segundos os que vem especificados pelos órgãos de aplicação, o poder legislativo e o poder judicial.
* Sob este ponto de vista, a conceção perfilhada por Canotilho mostra-se mais estrita do que a de Dworkin. A verdade é que os direitos não enumerados podem, de igual modo, serem previstos pelo legislador constituinte e são tao direitos constitucionais como os outros. Mas podem não ter sido previstos 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 constitucional escrito. Se a sua revelação decorrer de uma intervenção concretizadora por parte do poder legislativo, somos forçados a recorrer a uma “segunda ordem de justificação”. Neste último caso, o grau de proteção jurídica de que gozam os direitos não enumerados é menor. Esses direitos encontram-se sujeitos a revisão por parte das instâncias de controle e, designadamente, o TC. Só passando pelo crivo de ação do TC adquirem esses direitos um grau de segurança e proteção acrescidas. A proteção de gozam é agora de natureza constitucional.
* 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 DLG 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.
* A estar certo este entendimento, e descontando as diferenças especificas do ordenamento, a questão é semelhante à da doutrina da “constitutional common law”, nos EUA, donde deriva p conceito de norma subconstitucional (sub-constitutional rule-making), Henry Monaghan, o criador da expressão, vê a criação pelo Supremo Tribunal dessas “normas subconstitucionais”, referentes a DF, como o exercício de um poder de “common law” de natureza essencialmente corretiva, substantiva e procedimental. Um apelo dirigido a todos aqueles que desejam racionalizar as decisões constitucionais, sem incorrer na politização do processo de decisão judicial, característico da “jurisprudência realista” ou “sociológica”. Esta conduz à defesa do poder do Supremo Tribunal da criação de normas subconstitucionais para a proteção e defesa das garantias constitucionais referentes aos DF.
* Perante este quadro, somos forçados a reconhecer que, no 1º caso, o legislador poderá sempre intervir, opondo-se a que o Supremo Tribunal estabeleça um precedente. No segundo caso não. Este último só poderá ser afastado ou por uma outra decisão do Supremo ou por um processo formal de revisão do texto constitucional escrito. Daí o paralelismo estabelecido com a doutrina norte-americana da “constitutional common law” e a força jurídica atribuída, entre nós, por certos autores, aos chamados “DF em sentido material” ou “extraconstitucionais”.
* Só que, nesta perspetiva, somos forçados a reconhecer que a posição defendida por Gomes Canotilho acaba por ser menos estrita do que a da doutrina norte-americana da “constitutional common law”:
* Gomes Canotilho afirma que, no caso dos “DF extraconstitucionais”, mesmo que não se lhes aplique o regime integral dos DLG, pelo menos os princípios materiais das leis restritivas e o princípio geral da igualdade são-lhes aplicáveis. De fora quedariam unicamente o mandato da aplicabilidade direta e a questão da eficácia externa dos DF em relação a terceiros previstas no nº1 do art. 18º CRP.
* Tratando-se de “direitos análogos”, i.e., de direitos enumerados na Const., mas fora do catálogo dos DF (p.e. art. 20º; art.21º) ser-lhes-á aplicável o regime dos DLG *ex vi* do disposto no art. 17º CRP.
* No caso de se tratar de direitos análogos, mas não enumerados, i.e., de “DF extraconstitucionais” na plena aceção do termo, previstos em convenção internacional ou em lei interna, a questão é objeto de uma outra solução. As leis que estabelecem direitos, para alem dos previstos na Const., são em certo sentido leis reforçadas, visto que não podem ser livremente derrogadas por outras leis. E no caso dos direitos contidos em convenção internacional beneficiam ainda do “sistema de fiscalização da constitucionalidade”. Na hipótese dos DF contidos em lei, o sistema de fiscalização previsto seria o da “legalidade” “a título de leis reforçadas”.
* A esta luz haverá que reconhecer que o resultado a que chega não corresponde necessariamente a um “processo de constitucionalização”. A interpretação dos DF não é apenas levada a cabo pelo TC, mas ainda realizada por todos os órgãos constitucionais. De contrário, seria dar prevalência unicamente ao TC. O que verdadeiramente distingue a “constitutional common law” da interpretação constitucional, levada a cabo por todos os poderes públicos, é o facto de a primeira poder ser modificada pelo Congresso, o que manifestamente não ocorre na segunda. Nesta perspetiva, se compreende as observações de Schrock e Welsh, quando referem que tomada nestes contexto a doutrina da *constitutional common law,* ainda que sob a capa de uma tentativa de racionalização a *outrance* das decisões do Suprem Tribunal, pode comportar formas inadmissíveis de “desconstitucionalização” do próprio direito constitucional.
* Neste sentido, a conceção defendida por Gomes Canotilho dos direitos sem assento constitucional como beneficiando do sistema de proteção e garantia das “leis reforçadas”, em sede de fiscalização da legalidade ou constitucionalidade, afasta o pressuposto de sabe da doutrina da *constitutional common law:* a possibilidade desses direitos poderem ser livremente derrogados pelo legislador comum. Situar-se-á 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 demonstrar aquilo que já se encontrava implícito no texto a interpretar.
* As normas reconhecedoras dos DF pertencem ao direito constitucional escrito, não ao direito constitucional não escrito, posto que o seu fundamento se encontra na Constituição. “o facto de a decisão preceder a norma em nada modifica as coisas: não é a decisão, mas a declaração da decisão, que é norma jurídica”.
* Se existem duvidas quanto à existência da norma é a existência dessa norma que se torna necessário investigar. Aqui o termo “existência” deverá corretamente ser interpretado como “estando em vigor”, “vir efetivamente aplicado”. O mesmo ocorre com o “direito constitucionalmente não escrito”. Uma prática teve lugar, 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.
* Perante este quadro, escreve Huber, uma das tarefas mais importantes e difíceis de clarificação do “direito constitucionalmente não escrito” radica na sua relação com a interpretação constitucional. Com isso pretende significar que, muitas vezes, o que está em causa não é uma interpretação do teor literal da norma, mas uma “operação concretizadora”. Por isso, segundo Huber, deverá distinguir-se a “necessidade de concretização” da “necessidade de interpretação”. O problema de interpretação constitucional coloca-se unicamente naquilo que já não foi previamente decidido pelo legislador constituinte. Todas as normas de direito constitucional apresentam-se como normas “diretivas”, i.e., como “princípios jurídicos fundamentais” do ordenamento jurídico-constitucional.

**Que conclusões se devem retirar deste conjunto de teorias sobre a concretização e especificação dos DF?**

* A distinção entre direitos enumerados e direitos não enumerados não tem sentido. Confunde o referente com a interpretação. No limite, a questão constitucional decisiva será a de saber “se” e “quando” os tribunais têm competência para aplicar direitos não enumerados na constituição.

EUA

* A questão 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 incluindo os DF. Grande pare dos direitos nos EUA pertence à categoria dos direitos não enumerados, i.e., de direitos não elencados ou listados no texto constitucional.

Reino Unido

* A Inglaterra não possui uma declaração de direitos. E embora tenha tido um papel relevante na redação e aprovação da CEDH não a incorporou no seu direito interno. A Convenção permaneceu como uma obrigação meramente convencional, vinculando internacionalmente o RU. Em 98 a CEDH foi finalmente transposta para o direito interno inglês mediante a aprovação do “Human Rights Act”. Este prevê a existência de um controlo judicial dos atos das autoridades publicas para efeito da determinação da respetiva compatibilidade com a CEDH e os seus Protocolos Adicionais.
* De todo o modo, nesse conceito de autoridade publica não se compreende os atos do Parlamento. A solução a que se chegou é a de um compromisso entre o “principio da soberania do Parlamento” e o princípio do “rule of law”. Em consequência, os atos do Parlamento não podem ser declarados nulos pelo poder judicial, antes os juízes deverão proferir uma “declaração de incompatibilidade” entre os atos do Parlamento violadores dos DF implicados face aos direitos reconhecidos na CEDH e nos Protocolos Adicionais. Verificada a situação de incompatibilidade, caberá ao Parlamento decidir se modifica ou não a norma violadora dos DF. Essa decisão de alteração ou reforma da norma ofensiva dos DF pode ter lugar ainda através de uma “ordem executiva”, sem necessidade de se recorrer ao procedimento legislativo comum.
* Não se trata de uma “declaração de direitos” verdadeira e própria, vista como limitativa da supremacia e soberania do Parlamento, mas de uma forma de compatibilizar direitos reconhecidos num instrumento de direito internacional que necessita de ser transposto para o direito interno a fim de vincular as autoridades públicas. Por isso não são todos os direitos reconhecidos na CEDH e Protocolos Adicionais os que vinculam internamente as autoridades britânicas, mas unicamente aqueles que se encontram no *Human Rights Act*.

**Os DF e o Ideal Político**

* Ainda assim, os preceitos constitucionais não ostentam unicamente uma natureza processual. Detêm ainda a natureza de “normas substantivas”. O catálogo dos direitos compreende uma rede de princípios, concretos ou abstratos. De acordo com Dworkin, esses princípios originam um “ideal político”. Constroem o esqueleto, a estrutura constitucional da Sociedade. Por essa razão não podem deixar de ser considerados pelo poder judicial.
* os direitos existem tanto fora como dentro do sistema jurídico. Recorde-se que no séc. XIX, os tribunais norte-americanos recorreram à proteção dos direito não enumerados afirmando que estes resultavam inferidos de natureza dos governos livres. No séc. XX, o Supremo Tribunal não abandonou essa prática. A atestá-lo está 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.
* De acordo com a “teoria liberal dos direitos”, tudo isto era explicado pelo recurso ao direito natural. A invocação da legitimidade da Constituição (*We the People*) assim o determinava. Os direitos eram reconhecidos para valerem com tais. Depois de reconhecidos pelo Povo, os direitos poderiam reivindicar uma dupla existência:
* Permanecerem como direitos naturais, que sempre existiriam, independentemente de qualquer regime jurídico.
* Ou ser-lhes aplicada uma proteção jurídica acrescida, desta feita de natureza constitucional.
* É disso que se reclama Corwin quando afirma que “esses direitos não são fundamentais porque se encontram no instrumento: são fundamentais porque o são”. Apesar disso, este tipo específico de direitos repousa também, em parte, nas cláusulas do documento: “os DF consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.
* É neste sentido que se afirma que o argumento a favor dos DF ostenta necessariamente uma “dupla natureza”: apresenta-se como “jurídico” e “politico-normativo”.
* De um lado como “direitos constitucionais”, os direitos apresentam-se como direitos positivos.
* Do outro, mesmo que não se encontrem enumerados no texto escrito, apresentam-se como direitos em sentido “politico-normativo”, posto que existem com anterioridade e fora da Constituição.

## **O RECONHECIMENTO DO “CARÁCTER DUPLO” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* A “guerra de posições pelos DF”, revelada em Weimar pela alternativa “princípio pragmático” e “regra de direito atual”, e retomada no segundo pós-Guerra pela contraposição italiana entre o “valor interpretativo” e “integrativo” das normas e princípios constitucionais, referentes aos DF, especialmente os DESC expressa exatamente isso: **o de que todo o “direito jusfundamental material” corresponde a uma tutela jurisdicional efetiva, fortemente pluralizada, no quadro de um sistema que apresenta em alto grau uma “finalidade constitucional aberta”.**
* Os **DF transformam-se em “deveres de ação”** do Estado, em tarefas estaduais, a desenvolver normativamente pelo poder legislativo e pelo poder judicial. Nas palavras de Haberle: “No Estado de prestações, o direito objetivo jusfundamental relevante vai à frente do direito fundamental subjetivo. Existem mandatos constitucionais de uso do direito fundamental aos quais não corresponde nenhum direito subjetivo público.”
* Esta ideia de orientação objetiva do sistema jurídico tem vindo a ser criticada um pouco por toda a parte. Estas críticas dizem respeito a questões de ordem substancial, funcional e metodológicas.
1. **Ponto de vista substancial** – discute-se o perigo de que o excesso de dimensão objetiva dos DF possa fazer perigar as liberdades individuais garantidas na constituição em favor dos DF de conteúdo social-estatal, democráticos e institucionais.
2. **Ponto de vista funcional** -é a extensão do conteúdo dos DF em si mesmo que vem criticada. Esta traduz-se numa ampliação dos deveres positivos que incubem ao estado e ao legislador. O perigo de abuso ou usurpação das competências de outros órgãos é maior no caso dos deveres positivos do que na hipótese dos “deveres negativos”.
3. **Ponto de vista metodológico** – é o recurso ao sistema de valores como fonte de decisão jurídico-constitucional que é posto em causa. A questão radica em saber se a proteção ofertada aos DF pela Const. resulta essencialmente de cariz subjetivo ou meramente objetivo.
* Antes de mais, o conceito de dimensão objetiva dos DF é pouco claro. Não se trata de simples “tarefas constitucionais não justiciáveis”, nem de “apelos a instâncias políticas”, cuja realização e cumprimento seria garantido pelo recurso à publicidade, mas não pelo recurso ao poder judicial. À luz da CRP de 76 não existem normas de DF não justiciáveis. A estas opõe-se a cláusula de vinculação dos artigos 3º, nº2 e 3; 18º, nº1 e 20º, nº1 da CRP, que assim se manifesta contraria à natureza programática *tout court* das normas e princípios constitucionais, especialmente os referentes aos DLG. Perante este quaro, só nos resta afirmar de que não existe aqui correspondência entre a “vinculação jurídica” e o “controle jurisdicional”. Existe quanto muito um défice de controle.
* A segunda distinção a introduzir é entre normas que garantem “direitos subjetivos” e normas que estabelecem “deveres objetivos” 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.
* Por isso, segundo Alexy, deve falar-se unicamente em “normas de direito fundamental objetivas” quando estas determinam “deveres objetivos” para o Estado, não quando se reportem a outros sujeitos de direitos subjetivos, mesmo se essas normas não contiverem nenhum “direito subjetivo público”. O conceito de “normas de direito fundamental objetivo” deve compreender unicamente DF que não possam ser interpretados como direitos individuais.
* Daí a necessidade de “reconstrução” da teoria do status de Jellinek. Esta, para alem de assentar numa contraposição meramente formal, coloca o acento tónico não na pessoa, mas no individuo abstrato, puro titular de direitos e deveres, divorciado da realidade das suas condições de vida.
* Grimm afirma que os DF apresentam-se como “princípios diretivos básicos de ordem social”. Nesta configuração reside a sua função jurídica-objetiva. Em segundo lugar, o conteúdo desses princípios estruturais objetivos deve ter sempre presente “o fim da liberdade individual”. Deste modo quem se propuser restringir os DF a direitos de defesa acabará por negar os princípios básicos fundamentais que protegem e garantem tanto as normas objetivas como os direitos individuais.
* A aplicação direta e imediata das normas referentes a DF não se encontra com isso precludida mesmo no caso do estabelecimento de reservas de lei em favor do parlamento. Essa hipótese não atenua a percetividade do comando constitucional, nem tão pouco subordina a eficácia plena de atuação dos órgãos legislativos. Trata-se de normas “auto-aplicativas” o que confere ao juiz um direito de acesso à Constituição, autorizando-o a “desaplicar” as normas legislativas que as contradigam.
* Existem outras estratégias no que concerne à aceitação do caracter objetivo das normas de DF.
* 1ª – Haberle: distingue interesse jusfundamental de direito fundamental. Esta transformação na conceção dos direitos é estranha a esta dialética subjetividade-objetividade. A “vontade da constituição” não é a vontade do momento, mas a vontade que tende para um fim. A jurisdição constitucional confere carácter objetivo aos DF, transformando-os em “bens jurídicos protegidos”, sem perda da sua individualidade, fixando ao mesmo tempo os “deveres de ação do Estado”. Esta revolução ou transformação nos direitos impõe uma combinação jurídico-processual dos seus aspetos subjetivos e objetivos nas condições atuais, sócio estatais, de um estado regulador.
* 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 para o TC. Aqui basta mencionar a “ponderação de bens”, a utilização acrescida das “cláusulas gerais”, a invasão da jurisprudência de orientação sociológica, a analise económica do direito e outras tantas formas de “cientificação” da justiça.
* A norma de valor central com efeitos objetivos é o artigo 1º com a sua chamada de atenção para o princípio da “dignidade da pessoa humana” e a “justiça” como valores fundamentais. Isso pressupõe 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 nenhuma dos direitos constitucionais implicados um significado puramente declarativo ou programático.
* Não o entendeu assim o TC português – caso das propinas; “direito de realização gradual”, “direitos colocado sob a reserva do possível”. Aos tribunais 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 solidaria”, 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 da existência condigna do homem.
* Argumento formal – se todos os DF, objetivos e subjetivos, se apresentam como diretamente aplicáveis, vinculando juridicamente entidades públicas e privadas, conduzem a uma transferência da política social do legislador para o TC. Se surgem como não vinculantes, conduzem a uma violação da cláusula de vinculação dos artigos 3º, nº2 e 3; art. 18º, nº1 e art. 20º, nº1 da CRP.
* Quando existe um direito este mostra-se sempre como justiciável. Sucede é que, no caso dos DESC, estes precisam ainda de uma configuração jurídica particular levada a cabo pelo legislador. A “reserva do possível” não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa clausula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação.
* O reconhecimento desse “carácter duplo dos DF” não decorre explicitamente da constituição, antes se apresenta como produto de uma “explicação-qualificação” dos mesmos por parte da jurisdição constitucional. O legislador, a administração e o poder judicial receberiam “diretivas e impulsos dos DF” embora não fosse lícito interferir daí uma “obrigação concreta dos órgãos estaduais”, na qual encontraria os seus limites o direito judicial de controle por parte do TC.
* A proteção dos DF vem agora garantida pelos tribunais, nomeadamente o TC, sendo a estes que caberá a delimitação jurídico-funcional e a coordenação dessas esferas de liberdade e pretensão em caso de conflito prático.
* Com isso o espectro das possibilidades jurídico-processuais-constitucionais de concretização desses direitos estende-se desde a mera constatação de uma violação da constituição, através da fixação de um prazo dentro do qual deverá ser levada a cabo uma legislação conforme à Constituição, até a formulação judicial direta do ordenado na Constituição.
* Mas, do ponto de vista da CRP, existe uma imediatividade do nível das regras sobre o nível dos princípios, ainda que as primeiras venham consideradas não apenas como positivações de princípios e, portanto, como decisões a favor de princípios, mas ainda como expressão da intenção do estabelecimento de determinações face a exigências dos princípios contrapostos.
* Isto tem como consequência que as decisões concretizadoras do DF que caiam no poder de apreciação do juiz constitucional se apresentam mais como uma “legislação no caso” do que como uma praxis interpretativa no sentido tradicional.
* Perante este quadro, a relação entre o legislador e o poder judicial sofre uma mutação qualitativa assinalável. Se os DF vêm agora reconhecidos na sua “dupla” função de direitos-liberdades subjetivos e como normas-princípios objetivos, i.e., decisões de valor que vinculam todos os poderes públicos, incluindo o legislador, logo verifica-se aí uma subida de padrão na respetiva interpretação.
* Esta legislação no caso possui estalão constitucional posto que se apresenta como uma forma de legislação constitucional. “ambos, o legislador e o TC, 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 TC a primazia.”
* A primazia na construção jurídica dos direitos caberá ao legislador e não os tribunais e ao poder judicial. Esta afirmação, que representa em si uma leitura e ponderação quanto aos pressupostos de um “Estado de Direito democrático e constitucional”, deverá ser tida como correta e justa. Mas o que fazer no caso de não atuação ou atuação arbitrária por parte do legislador?
* Este é o dilema dos DF e dos DESC. Seja como for esta conceção ampla dos DF implica a recusa da sua interpretação exclusivamente a partir dos elementos puramente formais. Mas implica ainda uma mudança de paradigma que tenha em conta não apenas a dimensão jurídica-objetiva desses direitos e liberdades no seu conjunto, mas também a respetiva inteleção como princípios supremos do OJ ao abrigo de qualquer tentativa de relativização.

## **O PRÍNCIPIO 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.
* Esta mudança do conceito de “honra” para o de dignidade faz-se acompanhar de uma política de universalização, que sublinha a dignidade igual de todos os cidadãos. O conteúdo dessa política foi o de igualizar os direitos à luz de princípios universais. Para alguns, essa política de igualitarização estende-se somente aos direitos civis e políticos. Para outros, abrangeria ainda a esfera socioeconómica. Pressupõe não apenas um conceito de igualdade subjetiva, mas ainda de igualdade estrutural.
* É assim que a CRP reconhece hoje um grande número de DF de igualdade (art.36º, nº1; art.36º, nº2; art.36º, nº4; art. 47º, nº2; art.48º, art. 10º, etc). Mas não só. A CRP 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 CRP assinala um conjunto de discriminações positivas em favor de determinados grupos (art.69º, nº2; art. 70º, nº1; art. 59º, nº2, c).
* Nuns casos torna-se mais relevante a função de direito subjetivo do princípio geral da igualdade. Noutros casos torna-se inequívoco o carácter de imposição constitucional concreta como consequência do dever jurídico-constitucional dos órgãos públicos e do legislador, quanto à concretização do princípio.
* Mas em todas estas hipóteses a questão de fundo permanece invariavelmente a mesma: atenderá a CRP, unicamente, a uma proteção contra discriminações subjetivas, logo a uma igualdade jurídica, ou incluir-se-á ainda nesse conceito as discriminações estruturais que têm em consideração os padrões sociais e económicos existentes na sociedade?
* A primeira questão, a da igualdade jurídica, diz respeito a atos de autoridades públicas. O princípio geral da igualdade ordena um tratamento igual ou similar na execução de um mesmo ato. A segunda questão, a da igualdade fática ou estrutural, relaciona-se com as consequências. Aponta para uma igualdade do 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.
* A questão radica em saber se constitucionalmente existe unicamente um princípio de igualdade, de natureza meramente objetiva, ou se existe ainda um autêntico “DF de igualdade”. Se se considerar o princípio da igualdade como um autêntico “DF de igualdade”, aplica-se a regra da “eficiência direta” dos DLG nas relações com os particulares (art. 18º, nº1 CRP) e, neste caso, o princípio geral de igualdade pode ser visto como uma garantia acrescida de proteção contra discriminações estruturais.
* Este uso progressista do princípio geral da igualdade é hoje um tema corrente na literatura constitucional. Essa aplicação progressiva do princípio da 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, vinculando desde logo os seus poderes normativos. Mas implica ainda a aplicação geral do princípio de igualdade mediante a exigência de tratamento igual nas relações com particulares que explorem serviços de interesse público direto como sejam táxis, cinemas, farmácias…
* Nestas circunstâncias, a questão que se deverá colocar será a da saber se existe no caso de um tratamento desigual de situações iguais uma razão objetiva que o justifique? A resposta da doutrina e da jurisprudência tem sido a de buscar no direito infraconstitucional, i.e., nos aspetos de política jurídica ou constitucional, a desejabilidade de soluções, o cálculo das consequências ou os efeitos socias que possam fundamentar a razoabilidade da decisão tomada com base no senso comum ou em outra qualquer categoria objetiva.
* Esta nova conceção da lei (a limitação do legislador pelo princípio da igualdade ou igualdade na formação na lei) situa a relação entre o poder legislativo e o poder judicial em termos radicalmente inovadores. Deste modo, o primeiro juízo que o TC terá de levar a cabo será um juízo sobre a própria lei. Daqui decorre a criação de figuras como o excesso de poder ou o desvio de poder da doutrina italiana, retirados do d. administrativo, ou o princípio da proporcionalidade do direito alemão.
* A propósito, é sintomático o tratamento que conferem à aplicação do princípio geral de igualdade. Este, tal como vem descrito no art. 13º CRP, contem uma clausula geral e uma cláusula geral especifica.
* A primeira (cláusula de não discriminação na terminologia alemã) distingue-se da segunda, que se baseia em motivos não enunciativos, i.e., em clausulas de desigualdades específicas. Contudo, quer a cláusula geral quer as especificas requerem sucessivos testes de comprovação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma ou comportamento objeto do recurso. O primeiro radica na verificação da própria desigualdade. O segundo caso esta ocorra, decorre da relevância dessa desigualdade. O terceiro aponta para padrões de razoabilidade de desigualdade relevante. No primeiro e no segundo casos o que resulta relevante é o conhecimento do direito ordinário infraconstitucional. Em último termo, a clausula geral de igualdade resolve-se recorrendo à jurisprudência dos valores.

**Caso Alemão**

* O critério da razoabilidade é visto como um critério de proporcionalidade. Ora, se como afirma Barile, a proporcionalidade e a adequação vêm compreendidas como um critério de congruência do preceito adotado como meio para a prossecução de um fim, então o princípio da proporcionalidade, que faz apelo ao teste de racionalidade, não pode valer para o direito constitucional. No limite, isso pressuporia a sua transformação num critério de oportunidade.
* A proporcionalidade e a adequação não operam nunca sem uma escolha de valores quanto aos interesses ou bens constitucionais implicados. Com isso o principio geral de igualdade começa a ser visto não apenas como um fum, mas ainda como um vinculo negativo, i.e., como um limite à atividade legislativa: coerência intrínseca com os fins que a lei se propõe realizar, mas também exigências de não contraditoriedade ou coerência com os fins constitucionais.

**Caso Americano**

* Ely lança a ideia ortodoxa de que os DF representam essencialmente uma desconfiança para com o legislador, sendo o possível um controle de racionalidade com base no princípio geral de igualdade. Esta exigência de igualdade na formação da lei transforma o controle de constitucionalidade de mero exame formal num controle substancial de normas.

**No Geral**

* A isto não obstam as diferentes formas de compreender o princípio geral da igualdade:
1. Como direito, acentuando a sua conceção positiva, mas também negativa, como igualdade estritamente formal;
2. Como fundamento principal positivo de controle da racionalidade e/ou razoabilidade das leis (mas não único). Aqui o princípio geral de igualdade não opera tanto como direito tanto quanto como critério de controle num esquema fundamentalmente triádico;
3. Como instrumento ao serviço de uma técnica de construção da fundamentação da decisão judicial.
* Nestes casos, e sobretudo nos 2 últimos, é o juiz que fixa o “parâmetro de controle” face ao qual se efetiva o confronto com a disciplina individual e concreta criada pelo legislador. Ora, é essa situação social concreta coma 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 que forma o “*tertium comparationis*”,i.e., aquilo que o TC exige para que se declare a decisão fundada no principio da razoabilidade. O critério tripartido na apreciação do princípio geral de igualdade fica assim estabelecido: facto, norma e *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, i.e., como controle externo das escolhas legislativas, tomando por parâmetro uma norma substancial e não já um mecanismo meta-relacional, seja este o principio geral de igualdade ou outro parâmetro equivalente que possa limitar o âmbito das escolhas legislativas.
* Este controle de congruência (admissibilidade, idoneidade, necessidade e proporcionalidade) pressupõe, no caso da limitação de DF:
1. Um controle sobre a admissibilidade dos fins que o legislador se propõe realizar. Este vê-se obrigado a invocar agora um interesse público como base para a sua decisão;
2. Um controle sobre a idoneidade ou adequação em abstrato do meio utilizado limitativo do DF face ao fim que se pretende alcanças
3. A determinação da necessidade prática da limitação desse direito
4. Valoração da proporcionalidade face à situação a criar em ordem à realização do fim prosseguido.
* Resulta evidente que os tribunais de justiça constitucional estabelecem uma graduação ou diferente intensidade de controle. Os tribunais não podem, sob pena de abdicação ou renuncia à função que lhes foi confiada, deixar de garantir um controle mínimo de racionalidade. Esta consiste na exigência de que os objetivos prosseguidos pelo legislador de mostrem relevantes e que as distinções introduzidas pela norma se mostrem pertinentes em relação ao objetivo visado. Este apelo à razoabilidade não aponta para uma solução única, antes para uma pluralidade de soluções possíveis.
* O primeiro desses testes (**teste da 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 uma 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. Este exige que se analisem as razões pelas quais o legislar crê necessário singularizar uma determinada situação, no sentido de poder contrastar a continuidade dessas razões com as finalidade constitucionalmente legítimas, as quais acabam por se amparar e resolver, em último termo, na proporcionalidade que guarda o fim prosseguido com a diferenciação estabelecida.
* O segundo (**teste da 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 na sua justificação, se estes se encontram ou não em conformidade com os valores constitucionais. Esta orientação é proveniente do TEDH. Pressupõe a realização de uma ponderação entre o valor da razão ou razões invocadas pelo legislador e o valor ou valores constitucionais implicados.
* O problema da relação entre o juízo de “razoabilidade” e o de “otimização” coloca-se não apenas em face da clausula de igualdade, mais ainda da ideia do conteúdo essencial. Neste sentido o TC Federal Alemão falou de um núcleo duro ou conteúdo mínimo da autonomia governamental face à Assembleia Federal, sem o qual as funções governativa e administrativas quedariam irreconhecíveis.
* Essas medidas de diferenciação necessitam 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 nº2 do art. 13º CRP, salvo os casos de discriminações positivas constitucionalmente previstas ou de outras constitucionalmente proibidas;
* Ostentem um fim legitimo segundo a ordem jurídica constitucional positiva
* Desde que se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objetivo.
* Quando um tribunal de justiça constitucional opta por um método de interpretação teleológico ou finalista, com o teste da racionalidade ou do excesso de poder, os valores representam algo mais. Cumprem a função de objetivar a finalidade da legislação ou acabam por dar lugar à criação de interesses constitucionalmente protegidos. Os preceitos constitucionais ao serem interpretados como valores, pela sua objetividade, prestam apoio à vontade política, pela intervenção das instâncias de controle. Daí a utilização dos juízes de valor como veículo de objetivação do fim das normas.
* As jurisprudências alemã e austríaca desenvolveram a valoração do controle de objetividade no sentido da apreciação da razoabilidade e/ou adequação da disciplina em causa face ao princípio geral de igualdade. Esse momento de objetivação serve ainda para contrastar o peso específico que os diferentes preceitos ou normas outorgam aos valores constitucionais dentro de um grupo normativo por forma a poder aferir-se do respetivo equilíbrio.
* Os valores constitucionais, na sua dimensão objetiva, proporcionam um escape para os conflitos cuja averiguação da finalidade autenticamente prosseguida pelo legislador e confrontam com uma justiça constitucional implantada. Mas permitem ainda solucionar os problemas dos *legislative findings*, i.e., a 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 estes. Os valores cumprem essa função. Permitem que o tribunal, sem tocar nos factos, i.e., independentemente do conflito prático, possa valorar do alcance dos preceitos constitucionais.
* Mas apesar de ser cada vez mais frequente a menção à razoabilidade e ou racionalidade da medida como padrão de juízo, é duvidoso que se haja generalizado a ideia de que só o irracional é inconstitucional. A “irrazoabilidade” ou irracionalidade da norma não leva automaticamente a sua inconstitucionalidade, nem a sua razoabilidade ou racionalidade a sua constitucionalidade. A imperfeição ou inteligibilidade da norma não gera a sua inconstitucionalidade. Mas existem preceitos constitucionais nos quais a razoabilidade e/ou racionalidade da norma se converte em parâmetro de exame da sua constitucionalidade objetiva. Nestes casos, a única forma possível de os tornar operativos, reside no recurso ao chamado teste de racionalidade e/ou razoabilidade.
* Esse requisito de razoabilidade não aparece no art. 13º 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 contesta, é evidente que o recurso ao teste de razoabilidade passa a ser operado a partir de pontos de vista valorativos mais complexos (conjuntura de sentido de Larenz ou lógica não dedutiva de Aarnio)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 do juízo de constitucionalidade acabam por coincidir tanto no seu conteúdo como no seu limite.
* No limite, o direito constitucional não estaria tanto preocupado em julgar da racionalidade e/ou razoabilidade do legislador quanto com os efeitos sociais das suas decisões. Saber se essa racionalidade e/ou razoabilidade se apresenta como licita ou ilícita depende de uma escolha ou opção valorativa que se torna impossível de determinar se foi ou não a que dominou a ação.

**Caso Português**

* O TC tem vindo a demonstrar uma patente contenção no julgamento dos critérios do legislador. Em jurisprudência constante tem vindo a entender o princípio geral da igualdade na sua vertente negativa, enquanto proibição de arbítrio. Não lhe compete aferir a motivação oi 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, mormente no que concerne ao conteúdo das cláusulas não-discriminatórias, nas quais o legislador não poderá considerar-se inteiramente livre, antes lhe estando vedadas as distinções arbitrarias, i.e., distinções desprovidas de justificação racional ou fundamento material bastante atenta a especificidade da situação ou os efeitos em causa.
* O índice ou situação mais clara de arbítrio haverá de encontrar-se na desproporção ou inadequação da regulamentação legal face à situação política a que quer aplicar-se. A realização da igualdade exige diferenciações, discriminações positivas, o que postula uma intervenção e concretização diferenciadas por parte do legislador. 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, o TC enveredou por uma nova formulação do princípio geral de igualdade. Este não compreende agora unicamente a proibição do arbítrio. Compreende ainda uma obrigação de diferenciação. Quer dizer, do princípio geral da igualdade não apenas deriva um dever de tratamento igual, sendo esse dever violado quando se apresenta um tratamento injusto evidente, mas ainda um dever de tratamento desigual. Este último determina que o legislador se encontra vinculado ao princípio geral da igualdade no sentido em que não pode tratar arbitrariamente de forma desigual o que é essencialmente desigual. O tratamento igual resulta ordenado unicamente se não existir uma razão suficiente que permita um tratamento desigual.
* 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 de arbítrio impõe a declaração de ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos e os enunciados no nº2 do art. 13º da CRP. A obrigação de diferenciação traduz-se numa forma de compensação que visa contrair situações de desigualdade relevantes.
* As proibições de discriminação, enunciadas no nº2 do art. 13º CRP, e as autorizações constitucionais de diferenciação, não esgotam todos os problemas atinentes à aplicação do princípio geral da igualdade. A atestá-lo está o recurso do TC às chamadas discriminações indiretas, i.e., aquelas nas quais de um ponto de vista objetivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatório, acaba por vir a afetar negativamente, em maior ou menor medida, uma parte individualizável distinta do universo dos destinatários a que primordialmente se dirige.
* Este efeito diversificado da norma que não viola o princípio de igualdade, mas que acaba por produzir efeitos discriminatórios, quando aplicada aos casos concretos, atingindo nos seus efeitos determinadas pessoas ou grupos de pessoas corresponde à dicotomia clássica utilizada pelo Supremo Tribunal nos EUA.
* Mas corresponde ainda à chamada nova fórmula do princípio geral de igualdade do TC Federal Alemão. Esta afirma que no controle do princípio geral de igualdade deve examinar-se se existe um tratamento desigual dos destinatários da norma. Se não existe tratamento desigual ou uma total desigualdade de tratamento, o exame deverá desenvolver-se segundo a fórmula da arbitrariedade. Se não é esse o caso, presume-se a violação do princípio geral de igualdade se um grupo dos destinatários da norma é tratado de um modo diferente em comparação com outros destinatários, apesar de entre os grupos não existir nenhuma diferenciação de tal tipo e peso que possa justificar o tratamento desigual.
* Esta variante da nova fórmula do princípio geral da igualdade impõe um controle triádico de apreciação da desigualdade relevante, a saber:
* Num primeiro nível, verifica-se se existe ou não um tratamento desigual de pessoas ou grupos de pessoas;
* Num segundo nível, se esse tratamento desigual de situações no caso concreto implica mediata ou indiretamente o tratamento desigual entre pessoas ou grupos de pessoas;
* Por último, nos restantes casos de tratamentos desiguais de situações, se estes têm efeitos mediatos ou indiretos sobre pessoas ou grupos de pessoas.
* 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. O princípio geral de igualdade encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade. Este define os limites da atividade do legislador, limites que dependem do objeto e das propriedades da regulação e que varam ainda desde a mera proibição do arbítrio até uma vinculação estrita às exigências de proporcionalidade.
* Se a intensidade da intervenção é maior do que o peso das razões que a justificam haverá uma violação do princípio geral de igualdade. Assim, as diferenciações de tratamento só são consideradas admissíveis, desde que fundamentadas à luz dos próprios critérios axiológicos constitucionais. A igualdade só proíbe discriminações quando estas se afigurem destituídas de fundamento racional bastante. Sob este ponto de vista, a cláusula geral de igualdade proíbe as ações arbitrariamente discriminatórias, i.e., sem fundamento material de justificação, na ausência de mandato particular de diferenciação.
* Mas não só. Desse mandato genérico a ações iguais decorre ainda uma pretensão a prestações derivadas. Essa pretensão e participação em ações prestacionais iguais refere-se não à pretensão, mas a uma igualdade de oportunidade de participação na prestação. O legislador pode ampliar a concretização do direito em causa. Daqui decorre a derivação de um direito a uma igualdade na aplicação da lei. Só que para isso haverá que proceder previamente a uma determinação do âmbito e conteúdo da pretensão potencial, vem como à delimitação dessa pretensão face aos direitos de participação originário.
* Os DF e os DESC podem não dizer respeito a todos os indivíduos da mesma forma. Podem dizer respeito a quem se encontre numa situação de desvantagem de facto, i.e., os sujeitos mais débeis. Neste sentido, os DF e os DESC exigem não uma igualdade entendida como universalidade, mas uma igualdade de oportunidade. 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, i.e., que lhe seja garantido um tratamento como igual e não necessariamente o mesmo tratamento. Do que se cura é de prover a uma igualdade de oportunidade, não a uma igualdade de condições. Esta última pressuporia uma alteração valorativa nas condições de vida, uma tarefa em princípio, da competência do poder legislativo.
* A tese geral, mormente no que concerne à jurisprudência da *Supreme Court*, onde a questão mais cedo foi colocada, é a de que as opções do legislador devem ser tidas por irrelevantes, exceto no que concerne aos objetivos da norma. O *Supreme Court* tem vindo a distinguir o conceito de opções do conceito de objetivos sem explicar cabalmente a diferença. Assim, quando os objetivos do legislador se deram adequadamente a conhecer, o Tribunal tem-se-lhes referido como *purposes.* Quando, pelo contrário, não se deram adequadamente a conhecer, o Supremo Tribunal tem-se recusado a toma-los em consideração, qualificando-os de motivação irrelevante.
* Alguns autores, e de forma mais notável Ely, têm vindo a criticar esta jurisprudência. A ideia de que os tribunais possam anular legislação com fundamento na sua irracionalidade, sobretudo no domínio económico, resulta controversa. Tomar ou restringir os fins legislativos não é tarefa do poder judicial. A chamada “irracionalidade” da legislação, como oposta à violação de um direito constitucional específico não pode servir de fundamento à anulação judicial da legislação económica.
* Mas a raiz de todas estas dificuldades não se encontra sequer nos tribunais, mas na confusão que se tem vindo a estabelecer entre os conceitos de motivação, intenção e objetivo.
* Motivação: fatores que atuam sobre as pessoas, de forma a causar-lhes um determinado tipo de ação;
* Intenção: aquilo que alguém tem imediatamente em vista como linha de atuação.
* Objetivo: fim que se pretende alcançar com uma determinada conduta.
* Deste modo, enquanto a motivação se apresenta como objetivamente separável da intenção e do objetivo, o mesmo não se poderá dizer destes últimos. A motivação atira para fora da competência judicial de controle dos tribunais de justiça constitucional a apreciação dos fatores condicionantes da atividade legislativa, o que manifestamente não ocorre com a intenção e o objetivo.
* E ainda que todas estas distinções se mostrem, na prática, difíceis de destrinçar, o certo é que não pode sem mais alcunhar-se o legislador de irrazoável. No milite, isso pressuporia um novo tipo de controle, muita mais intervencionista, um novo teste de racionalidade, na linha daquilo que Gunther tem vindo a designar de teste de racionalidade com presunção invertida.
* A não ser assim, romper-se-ia o âmbito do enunciado ou critério básico de presunção de constitucionalidade para passar a converter-se no seu contrário, i.e., em presunção de inconstitucionalidade de qualquer limite imposto em detrimento aparente de um direito ou liberdade jusfundamental.
* A esta luz, para alem dos casos concretos que possam ser aduzidos na ilustração destas supostas aporias, haverá que considerar a criação de novos direitos, sobretudo de carácter prestacional, com base exclusiva na cláusula do Estado social.
* Ora, os DF, tanto os DLG como os DESC constroem uma ordem de valores e 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 uma cláusula fechada no reconhecimento de novos direitos impostos pela necessidade de desenvolvimento e aperfeiçoamento constitucionais.
* O princípio da dignidade da pessoa humana como premissa antropológica do Estado Constitucional e conceito chave do direito constitucional poderá ser chamado a desempenhar o papel motor do desenvolvimento e aperfeiçoamento da ordem jurídico-constitucional. Isto tanto por impulso do legislador político democrático como por parte dos órgãos específicos de controle da constitucionalidade.
* 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 à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas deve ser qualificado de direito fundamental análogo dos DLG ou, na terminologia alemã, de direito subjetivo originário a prestações. Aí a posição jurídico-prestacional acaba por vir garantida por normas jurídicas vinculantes reconhecedoras de direitos subjetivos a prestações, i.e., por regras sujeitas a um mandato de vinculação geral.
* Dir-se-á que essa não é uma tarefa especifica dos tribunais e do poder judicial. Essa é uma decisão que importa a todos. Este é o dilema dos DF e dos DF sociais. Daí que resulte pertinente determinar se face à estrutura indeterminada do princípio geral de igualdade é legitimo ao órgão competente fiscalizar, modificar ou corrigir as opções nesse campo tomadas pelo legislador, recorrendo unicamente à cláusula do Estado social.
* A opinião dominante entre nós é que o princípio geral de igualdade se esgota na atividade legislativa. Constitui um postulado essencialmente dirigido ao legislador, não sendo possível a intervenção dos órgãos de controle na gestão de uma política social oposta à do legislador. Ao método jurídico não lhe corresponderá tanto decidir alternativas quanto proceder a uma escolha entre valores constitucionais. Estes possuem uma vinculação mais forte, uma força informativa que o juiz não poderá ignorar.

#  A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **SISTEMA ABERTO E SISTEMA FECHADO**

* Distinção entre constitucionalismo e legalismo 🡪 torna presente as diferenças profundas de estrutura do sistema jurídico:
* Distinção entre regras e princípios como uma diferenciação no interior da classe das normas jurídicas. Esta diferenciação 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 das regras ou possuem ainda a estrutura de princípios. Em conclusão: a ordem jurídica compõe-se tanto de regras como de princípios jurídicos.
* Uma conceção de sistema jurídico que compreenda apenas regras jurídicas, com exclusão dos princípios, pode ser denominada de modelo puro de regras. Esse modelo surge vinculado ao positivismo jurídico. Assenta num puro postulado de racionalidade, o que traduz o primando central de segurança jurídica. Todas as outras pretensões têm no modelo puro de regras um carácter extrajurídico, sendo caracterizadas como exigências morais ou políticas. 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 categoria. Essa força categoria é-lhe dada pelo recurso aos princípios jurídicos.
* Esta leitura principalista do sistema/ordem jurídica ultrapassa pura e simplesmente o texto da lei. Reclama por uma interpretação construtiva. Numa palavra, oferece-se como modelo alternativo ao método clássico lógico-substantivo. Neste sentido, reclama por uma justificação não apenas interna, mas também externa de raciocínio jurídico prático-geral. Trata-se de um modelo de congruência ou coerência aplicado ao direito constitucional.
* As razões dessa mudança vamos encontra-la não apenas na alteração dos modelos paradigmáticos de aplicação do direito, mais ainda naquilo que está na sua base: a elaboração de um sistema de direitos que tem de ser atuado e ao qual deverá ser dado uma efetividade ótima.
* Os conceitos de sistema e ordem jurídica não coincidem necessariamente. A conceção de sistema (aberto) é mais ampla do que a de ordem jurídica. No processo de interpretação constitucional isso significa que os tribunais devem partir de um conceito de ordem jurídica, tomado na sua globalidade, um conceito que tenha em conta a relação com o autogoverno democrático e o direito.
* Para Kelsen a estrutura do sistema jurídico é piramidal: a estrutura das normas jurídicas vem representada por uma pirâmide de normas hierarquizadas. Neste sentido, define uma conceção estática (conteúdo das normas em repouso) e outra dinâmica de sistema jurídico. Esta última corresponde ao conceito de direito em ação, i.e., como processo, no qual o sistema jurídico vem criado e aplicado.
* Mas Kelsen afirma ainda uma segunda tese: a da proeminência do princípio dinâmico sobre o estático. Daqui decorre a ideia uma prioridade *prima facie.* Uma conceção de sistema exclusivamente dinâmica corresponde a um sistema de delegação. Daí que, para certos autores, o nó do problema radique na distinção entre interpretação e sistematização do direito.
* Se o sistema se apresenta como um conceito de perfeição dogmática, um mecanismo de redução da complexidade do real, uma ordem de conhecimento segundo um ponto de vista unitário, somos forçados a concluir que a distinção entre sistema jurídico (conceito de ordem mais geral) e ordem jurídica corresponde a um problema de interpretação.
* Gomes Canotilho defende uma perspetiva principalista do sistema jurídico que se inspira em Dworkin e Alexy. O sistema não compreende apenas regras jurídicas, é composto por regras e princípios jurídicos, traduzindo-se estes últimos em argumentos a favor dos DF.
* A partir daí a tensão entre o constitucionalismo e o legalismo mostra-se tão só aparente: a função básica da constituição é retirar certas decisões ao processo político, i.e., colocar os direitos acima das decisões da maioria, fazendo só sistema dos DF o critério último de validade de toda a ordem jurídica.
1. O direito racional articula-se com um novo estalão de nível “post-convencional” da consciência jurídica moral: a de que o direito moderno se encontra agora dependente de princípios.
2. A positivação do direito necessita de ser fundamentada.
* No plano do direito, a metáfora do ordenamento escrito em cadeia reproduz a necessidade de interpretar o direito constitucional vigente não apenas em conformidade com o conjunto das fontes de produção jurídica, mas ainda à luz dos princípios éticos de justiça, que o juiz se crê obrigado a aplicar no pressuposto de que se apresentam como a obra de um único autor, que exprime a conceção coerente e racional de justiça e equidade. Nisto consiste o direito como integridade: proporcionar ao juiz ou operador jurídico a uma conceção coerente e racional da norma que se aplica, construindo um autêntico direito do caso. Este “direito dos juízes” deriva a sua autoridade e independência do método científico de fundamentação.
* A paz jurídica depende ainda do reconhecimento da observância e efetividade das suas normas e princípios ordenativos básicos. É esta interpretação baseada em princípios que transfere a soberania do legislador para o interprete, conduzindo a uma partilha de competências entre o legislador e o juiz.

## **O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS PROPOSTO POR DWORKIN**

* No que concerne ao conceito de direito essa mudança epocal/ revolução nos direitos/ mudança de significado no princípio geral de igualdade tem a ver com o aparecimento, em 1977, do livro *Taking Rights Seriously* de Dworkin.
* A critica de Dworkin contra o positivismo apoia-se numa teoria dos princípios jurídicos. Esta pode ser formulada em torno de 3 testes.
* 1ª diz respeito à estrutura e limites do sistema jurídico. O direito não se compõe exclusivamente de regras. Compreende ainda um estrato de princípios.
* 2ª, no seguimento da 1ª, afirma que em caso de conflito entre duas ou mais regras jurídicas a solução do problema não poder ser encontrada no quadro da ordem jurídica. Esta última não oferece nenhum parâmetro válido da decisão. A decisão é tomada recorrendo à discricionariedade do intérprete e do juiz ou com base única na sua autoridade.
* 3ª discricionariedade do juiz em sentido forte. O núcleo fundamental da tese de Dworkin é o de que os DF são formulados independentemente e com anterioridade às regras que os corporizam.
* No quadro desta teoria, os princípios jogam um papel fundamental e decisivo. A melhor teoria jurídica, i.e., aquela que fornece a resposta correta para a resolução dos casos difíceis 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 DF.
* É com base nesta dicotomia entre regras e princípios que Dworkin parte para uma segunda distiçao, desta feita entre princípios e argumentos finalísticos (policies). Por *policies* compreende Dworkin os fins coletivos gerais. Esta distinção corresponde à distinção comum nos autores alemãs entre direitos individuais e bens coletivos. Note-se que a distinção entre *principles* e policies não opera isoladamente, devendo ainda ser completada pela distinção entre *principles* e *rules*, donde deriva a distinção entre conceito e conceções.
* Neil MacCormick escreve que a distinção entre princípios e argumentos finalísticos é passível de critica. 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. Afirmar um princípio é o mesmo que articular um fim político passível. Por último, a afirmação de Dworkin de que só existe uma resposta correta mostra-se falaciosa. Assenta numa conceção absolutista de justeza ou correção dos resultados que deve ser rejeitada.
* Só que os princípios, ao contrário das regras jurídicas, não podem ser identificados por uma regra social de reconhecimento no sentido que lhe dá Hart. 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. Fazem igualmente parte do sistema jurídico.
* Neste contexto, as regras apresentam-se como casos de aplicação de tudo ou nada. Quer dizer, face a um determinado pressuposto de facto, de duas uma: ou a regra é válida, e então somos forçados a aceitar as suas consequências jurídicas, ou a regra não é válida, e então não pode servir mais base para a decisão. O facto de existir uma regra de exceção em nada afeta ou prejudica o carácter de validade ou de vinculação geral das regras jurídicas por contraposição aos princípios jurídicos.
* Diferentemente das regras, que ostentam uma pretensão de validade ou vinculação geral, os princípios revelam uma diferente dimensão de peso ou graduação em caso de colisão prática. São dotados de maior generalidade no confronto com as regras e apelam a um procedimento de ponderação. Nesse procedimento de ponderação a decisão acabará por pender para o lado do princípio de menor peso relativo perante o caso prático a decidir.
* Esta distinção entre princípios e regras, donde deriva a distinção entre princípios e argumentos finalísticos, não é comparativa, mas classificatória. Assenta numa distinção segundo o grau de generalidade (a regra deteria um grau relativamente mais baixo de generalidade face ao princípio). Mas 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. Nesses 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.
* A questão complica-se porque 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. Entre os dois há como um processo de transição flexível ou fluida. Alexy distingue entre cláusulas de princípios contidos em regras jurídicas e princípios fora dessas cláusulas, que tanto pode encontrar-se em regras como em princípios, ambos integrantes do sistema jurídico. 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, i.e., princípios que compreendem diretamente uma regra aplicativa e princípios que não a compreendem.
* Face à natureza de comando ou mandato definitivo da regra, da qual decorre necessariamente uma consequência jurídica, o princípio afirma não um mandato definitivo, mas um mandato de otimização. Somos forçados a concluir que o ponto principal da distinção entre regras e princípios aponta para uma natureza entre esses dois tipos de normas jurídicas. As regras possuem a natureza de mandatos definitivos. A forma característica da sua aplicação não é a ponderação, mas a subsunção.
* A distinção entre regras e princípios compreende-se melhor em face de um conflito de regras ou de um conflito de princípios. Um exemplo do 1º: entre uma lei geral que proíbe a abertura do comercio ao sábado e uma lei comunal que o autoriza no sábado de manha, prevalece a primeira. Este é um caso clássico de conflito de regras. As regras contradizem-se mutuamente. O que uma autoriza a outra proíbe. A contradição é sanada mediante a declaração de invalidade de uma das regras que deste modo desaparece da ordem jurídica. O problema do conflito de regras é assim solucionado através do recurso aos princípios “lex posterior derrogat legi priori”, “lex specialis derogat legi generali” ou o princípio segundo o qual se deve aplicar a lei que detenha uma força jurídica superior.
* Mas também é possível, como refere Alexy, proceder de acordo com a importância das regras no conflito. Mas se se tratar de uma colisão de DF, o órgão chamado a decidir não poderá anular nenhum dos direitos em conflito. Deverá estabelecer um sistema de precedência ou primazia. É que, numa situação de tensão, ambos os direitos vêm protegidos por normas de idêntico estalão, e nenhum deles poderá ser recusado. Sucede apenas que detêm uma diferente dimensão de peso no interior da ordem jurídica.

## **O SEU DESENVOLVIMENTO NO MODELO TRIPARTIDO PROPOSTO POR ALEXY E GOMES CANOTILHO**

**O Modelo Puro De Regras**

* Acima das regras e dos princípios estão os valores, i.e., as ideias do sistema a um nível superior. Esses valores, princípios e regras limitam o poder de decisão do juiz.
* *American Jurisprudence trough English Eye: The Nigtmare and the Nobel Dream* – Hart. Aí se descreve a teoria do direito norte-americana sobre dos prismas, considerados extremos que podem ser tomados como versões distintas do realismo e do relativismo. Segundo Hart denomina-se “sonho nobre” a conceção que subscreve uma posição realista de caracter metafisico em relação à interpretação jurídica. Denomina-se pesadelo a conceção cética face a essa esma 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 correta 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 estar certo este entendimento, pergunta-se: que conclusões se devem retirar deste conjunto de pontos de vista? Antes de mais, que a verdade se encontra numa posição intermédia entre esses dois extremos uma posição dominante denominada por Hart de “vigília”. Segundo esta, aos ju8izes às vezes depara-se uma resposta correta para os casos difíceis e outras vezes não. Em algumas ocasiões os tribunais criam direitos e noutras aplicam-nos. Mas não é nem o pesadelo nem o sonho nobre.
* Seja como for, o que o realismo jurídico veio dizer é que as reivindicações de justiça e os argumentos finalísticos deveriam ser abertamente identificados e discutidos no caso. O dogmatismo não admite a possibilidade de outros argumento e pontos de vista que se apresentem como não dedutivos. Mas aos olhos dos ingleses e dos escoceses 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 que 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 tema ver com a questão das lacunas e o tipo democrático do Estado que lhe corresponde.
* O positivismo jurídico procedeu a uma “juridificação” do Estado e a uma correspondente estadualização do Direito. isso fez com que desaparecessem outras formas pré-convencionais de expressão jurídica reduzidos agora ao direito criado, posto pelo Estado. O estado passa a deter a exclusividade do direito estatuído. É neste contexto que Bobbio pôde escrever que o positivismo jurídico representou na ciência jurídica:
* Um certo método de análise do direito;
* Uma determinada teoria do direito;
* Certa ideologia de justiça;
* O positivismo não se apresenta unicamente como um método de analise do direito, enquadrado numa certa e determinada teoria jurídica. Apresenta-se ainda como uma ideologia que expressa uma doutrina liberal. O positivismo afirma que o direito deve ser identificado pelo recurso a critérios públicos, claramente identificados, critérios que permitem ao cidadão separar as reivindicações da sua consciência das reivindicações do Estado.
* Esta ideia encontra-se explicita em Bentham quando distingue entre jurisprudência expositiva e uma jurisprudência censorial, ou mesmo em Austin, quando afirma que a existência do direito é uma coisa, o seu mérito ou demérito outra. Kelsen acentua a objetividade da ciência jurídica, contrapondo-a à tirania: “a ideia de um ciência objetiva do direito e do estado, livre de ideologias política, tem melhor oportunidade de ser reconhecida num período de equilíbrio social.”

**O Modelo Regras/ Princípios**

* No modelo puro de regras, o sistema apresenta-se como autossuficiente. A única entidade que controla o sistema é o próprio sistema. Nestas circunstâncias, a única possibilidade de fugir a esse repto é abrir o controle e torna-lo público, requerendo com isso uma justificação adequada para as decisões. Pode então falar-se num sistema aberto por oposição a um sistema fechado e não democrático. Daí a necessidade e aceitabilidade de um modelo alternativo de aplicação do direito: o modelo regras/ princípios.
* A aceitabilidade deste modelo permite a inserção no sistema jurídico de um estrato de princípios absolutamente imprescindível na decisão dos casos difíceis, i.e., aqueles nos quais não é possível o recurso à teoria clássica do silogismo jurídico. A renuncia a esse estrato de princípios como regra de decisão traduzir-se-ia não apenas na clausura ou fecho do sistema jurídico como ainda numa renúncia da própria racionalidade no processo de decisão judicial. Confundiria o constitucionalismo com o legalismo.
* A este argumento de ordem metodológica junta-se um outro de ordem substantiva, que apela para os princípios constitucionais diretivos, e em particular para os 3 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. Estes postulados apresentam.se hoje como formas reveladoras do direito racional. São como tal direito positivo e fazem igualmente parte do sistema.
* As regras não representam todo o direito, ainda que nos sistema jurídico mais avançados representem a parte mais importante do mesmo. É com base nestes pressuposto que autores como Finnis separam as teorias positivas do direito, como as de Hart, das teorias normativas do direito, como a de Dworkin, afirmando que esta última oferece pontos de apoio à atividade do juiz. Finnis qualifica as primeiras de descritivas, i.e., unicamente preocupadas com o passado, a tradição ou o peso da história. Neste sentido, sublinha, o que verdadeiramente distingue estes dois tipos de teorias jurídicas é a questão da fundamentação, a necessidade de expor e fazer compreender as razoes ou critérios da decisão.
* Para esta questão encontra-se resposta em dois tipos de teorias:
* Teorias morais materiais;
* Teorias morais processuais – formulam as regras para uma argumentação jurídica prático-racional
* Essas regras vêm-nos dadas pela teoria do discurso jurídico prático-racional. Correspondem a uma reconstrução do sistema jurídico ordenado em função da sistematização de um conjunto de regras do discurso e de um sistema de princípios que procuram garantir a racionalidade do processo argumentativo e dos seus resultados.
* Essas regras vêm identificadas pela individualização de quatro postulados de racionalidade prático-procedimental, a saber:
* Uma clareza conceptual-linguística no mais alto grau;
* Uma informação empírica no mais alto grau;
* Uma generalidade no mais alto grau;
* Uma imparcialidade no mais alto grau;
* Os modelos processuais de aplicação do direito distinguem as questões de princípio, que incluem argumentos finalísticos, das questões de competência institucional. As primeiras podem ser objeto de uma elaboração jurídica racional. As segundas permitem ao juiz prosseguir objetivos sociais legítimos. É que se estes existem então o juiz encontra-se autorizado a recorrer a argumentos finalísticos e, a partir destes, a rejeitar as soluções meramente dedutivas. Este método permitiria proceder a uma interpretação evolutiva, tomada necessária pelos interesses societários, ao mesmo tempo que afastaria a crítica da falta de neutralidade na aplicação do direito pelo repudio dos argumentos de natureza meramente pessoais ou ideológicas. O recurso ao método da coerência, que procede a uma adequação e consistência entre as decisões atuais e as decisões anteriores dos tribunais tomadas no passado, em casos idênticos ou similares, afastaria esse perigo.

**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.
* Este modelo visa assegurar um processo de aplicação racional do direito e, no limite, garantir um processo de institucionalização dos procedimentos judiciais como instâncias de dirimição de dúvidas e de aplicação do direito nos modernos sistemas democráticos e constitucionais. Trata-se de determinar se a norma ou a 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 justeza dos resultados. Alexy denomina este modelo de teoria processual de correção prática.
* Habermas defende uma teoria jurídica do discurso racional na qual as regras do discurso correspondem a formas de argumentação. E conclui: a aceitabilidade racional das decisões não se encontra necessariamente dependente da qualidade dos argumentos utilizados, mas fundamentalmente da estrutura do processo de argumentação.
* Com este modelo de compreensão procedimental do direito pretende Habermas estabelecer um esquema alternativo e concorrencial ao modelo contratualista de Rawls e Hobbes. É com base nesse modelo que Habermas individualiza o critério da situação ideal do discurso. Esta pressupõe:
* A igualdade de oportunidades para todos os participantes na discussão;
* A liberdade de expressão;
* A coerência de princípios;
* A veracidade;
* A ausência de coação ou constrangimento.
* São estas as condições do discurso racional e ideal. Por isso Kaufmann inclui a teoria de Habermas nas chamadas teorias procedimentais de justiça, opondo ao modelo contratualista de Hoffe e Rawls o modelo discursivo habermasiano.
* Ainda assim, a teoria de Habermas só indica as regras formais de modo de argumentação racional, ou seja, as condições de uma situação ideal de comunicação. Kaufmann adota uma teoria procedimental de justiça fundada materialmente. Esta teoria aplicada aos DF preconiza uma via média entre uma ampla teoria de valores proposta pelo TC federal 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 justa procedimental e uma justiça substantiva faz todo o sentido. Equivale à distinção entre a justiça de um procedimento e a justiça do seu resultado. Esses dois tipos de justiça exemplificam certos valores, respetivamente de processo e resultado, que não surgem em separado, mas em conjunto. Um consenso constitucional implica já um grau notável de acordo sobre as questões de substância. E essa justiça u equidade procedimental depende, em parte, da justiça dos resultados. A distinção entre uma justiça procedimental e uma justiça substantiva apresenta-se como uma questão de grau.
* É assim que, na Alemanha, autores como Denninger optam por relevar a existência de conceitos chave de direito constitucional. Estes vêm identificados com os princípios procedimentais que resultam da prática judicial. Esses conceitos chave do direito constitucional, de que o princípio da proteção da confiança ou o principio do contraditório em direito processual penal, se apresentam objetivamente como paradigma, nascem da prática judicial, vindo assim a juntar-se aos preceitos jurídicos clássicos da constituição escrita.

# A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (CONT)

## **A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* Quando se fala na função social dos DF pretende-se acentuar o abandono de uma visão unilateral da liberdade como direito individual. Se o conteúdo do direito resulta agora determinado pela sua inserção no real, i.e., pela sua função jurídica ético-social, então é essa função social que permite determinar os limites imanentes dos DF. Esta é a razão pela qual Haberle defende a ordenação de um sistema de correlações entre os aspetos individual e social desses direitos em contexto supra-individuais.
* Daí a necessidade de uma nova redefinição de direitos. Uma nova conceção de direitos que estabeleça uma nova síntese entre os clássicos direitos de defesa e os modernos direitos de participação, incluindo os direitos prestacionais de participação nos bens de vida. Uma nova redefinição de direitos que coloque a dimensão negativa e a dimensão positiva no mesmo plano ou, se se preferir, numa outra formulação que ligue a liberdade negativa à liberdade positiva.
* A esta luz, o conceito de pessoa jurídica não se constitui a partir unicamente da bipolaridade Estado/ individuo, antes aponta para um sistema multipolar, no qual as grandes instituições sociais desempenham um papel cada vez mais relevante. Esse estatuto do cidadão não se define, mas hoje através de um modelo de liberdade de carácter essencialmente negativo antes aponta para um estatuto de direitos civis concebidos como liberdades positivas.
* Os direitos já não são direitos contra o estado, mas direitos através do estado, i.e., direitos que facultam e garantem o gozo efetivos dos bens constitucionalmente protegidos. O estatuto da cidadania não consiste unicamente em proteger uma esfera de liberdade face ao estado. Pelo contrário, o estatuto da cidadania encontra-se hoje inextricavelmente ligado ao controle do poder público. Esse controle deve ser garantido através de mecanismos de participação, segurança e independência e não por simples barreiras erguidas contra o poder do estado.
* Essa leitura e interpretação do estatuto da cidadania, defendida por Habermas e Rawls, não só proporciona ao individuo o gozo de direitos vinculados ao conceito de liberdade como lhe exige ainda que assuma determinados deveres que vão para além do mero respeito pelos direitos e liberdades de outrem. Esse estatuto de cidadão implica que o individuo assuma um compromisso em relação aos interesses fundamentais da sociedade. E pode implicar uma teoria geral de bem-estar social. Uma teoria que torne possível tanto a liberdade individual como coletiva. Tudo radica em saber se as medidas redistributivas impostas por esse plano de bem-estar social se apresentam como corretas e justas. Trata-se de uma teoria constitucional complexa.

## **OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

* Tradicionalmente, os DESC, abreviadamente direitos fundamentais socias, eram vistos como direitos a prestações, i.e., 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.
* As modernas teorias da cidadania apresentam os DESC como títulos. É o sentido anglo-americano de “entittlement” (Rawls). Os direitos vêm reduzidos a uma logica de detenção ou de gozo ou, segundo uma outra imagem, a créditos que os indivíduos deteriam sobre o estado, beneficiando de uma proteção efetiva como ocorre com o direito de propriedade.
* Ainda assim, de acordo com a CRP, os DESC beneficiam do regime jurídico dos DF, mas não do regime específico previsto para os DLG (art. 18º CRP).
* Do ponto de vista da sua estrutura, os DESC apresentam-se como direitos a prestações ou a atividades do estado, embora a CRP inclua nesses direitos, “direitos de natureza negativo-defensiva” que não carecem de conteúdo prestacional. Estes últimos qualificados de DLG dos trabalhadores eram anteriormente considerados como direitos sociais ou conquistas dos trabalhadores. A sua qualificação atual como DLG dos trabalhadores fá-los beneficiar do regime jurídico específico previsto para DLG.
* Deste modo teríamos o seguinte esquema de direitos:
* Direitos *strictu sensu*, correspondendo uns ao chamado *status positivus* e outros ao *status* *activus*, i.e., direitos inerente ao homem como individuo ou como participante na vida pública.
* Liberdades, que correspondem ao *status negativus*, apontando por isso a defesa da esfera de liberdade dos cidadãos face ao estado.
* Garantias que recobrem o chamado *status activus processualis*, traduzindo-se na ordenação dos meios processuais e administrativos adequados para a defesa desses direitos e liberdades no seu conjunto.
* A compreensão dos direitos económico e sociais como direitos originários implica uma mudança de significado e compreensão desses direitos e liberdade no seu conjunto, colocando com acuidade o problema da sua efetividade. É que, se alguns direitos económicos e sociais se apresentam como direitos a prestações, dependentes de uma atividade mediadora a levar a cabo pelos poderes públicos. Exemplo do 1º caso: direito de propriedade (art. 62º) direito de iniciativa privada (art. 61º); exemplo do 2º caso: direito à saúde (art. 64º), direito ao ensino (art. 74º).
* Por sua vez, os direitos em sentido clássico podem apresentar-se como direitos a prestações. Estão neste caso o direito de voo, o direito a uma tutela ou defesa efetiva dos direitos na sua integralidade ou o dever de criação, que incumbe ao estado, de norma procedimentais, organizativas e administrativas que requerem uma prestação estadual.
* Por outro lado, a critica aos direitos socias 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 DES face aos recursos disponíveis que leva grande parte da doutrina a estabelecer aí uma distinção taxante entre os direitos de defesa e os direitos fundamentais sociais.
* Os primeiros não têm custos, uma vez que não se encontram dependentes da situação económico-social geral, nem vêm garantidos por esta. Os segundos têm os seus custos, só podendo ser garantidos na medida do possível, i.e., de modo proporcional ao desenvolvimento e ao progresso económico-social. É esse condicionamento e dependência conjuntural dos DES 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 sua configuração e conformação jurídico-normativa, já que a determinação dos meios orçamentais e financeiros requeridos para a respetiva realização se integra ni quadro da sua competência. O direito encontra-se sujeito a um princípio da reserva do possível.
* Mas o que deverá entender-se por reserva do possível? Concretamente a dependência desses direitos de recursos disponíveis, querendo isso acentuar a sua dependência dos recursos económicos existentes e relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no 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 a garantia de um mínimo social. Essa garantia decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana como DF. É com base neste princípio que Gomes Canotilho extrai o reconhecimento constitucional do rendimento social de inserção. Mas com uma advertência: essa garantia não se apresenta como um direito social, antes como uma forma de liberdade e 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, i.e., direitos garantidos diretamente por normas de estalão constitucional. Dispõem de vinculatividade normativa geral. Esta caracterização dos DESC como normas jurídicas vinculantes em relação a todos os poderes públicos significa que estes não se apresentam como meros apelos ao legislador. Como normas constitucionais apresentam-se como normas de ação para o legislador e como parâmetro de controle para o poder judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam. 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 não legitima pretensões judicias originarias, i.e., pretensões derivadas diretamente dos preceitos constitucionais. Em consequência, não há um DF à saúde, mas apenas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde.
* Contudo, a questão não é tao simples quanto isso. Os DESC ao constituírem relações sociais não devem ser reconduzidos a simples deveres correlativos não se apresentando como simples reflexos de um dever jurídico.
* Nestas condições, não se vê bem como “a priori” não possam ser deduzidas pretensões subjetivas jusfundamentais das regras constitucionais consagradoras dos DESC. O que ocorre é que o intérprete se encontra agora limitado 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 a verificação da existência de recursos orçamentais e financeiros disponíveis que garantam a efetividade ótima desses direitos e liberdades no seu conjunto.
* A doutrina alemã refere-se a este conjunto de direitos como integrando o núcleo das chamadas prestações existenciais que o estado teria por obrigação assegurar aos cidadãos. A este propósito alude a direitos derivados de prestações de que resultaria para os cidadãos, de forma imediata:
* Um direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas;
* 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 pu serviços relevantes quer quanto à participação numa instituição quer quanto à prestação de que gozam outras pessoas na mesma posição. Em ambos os casos, o argumento decisivo a favor da sua vinculatividade radica numa participação/ atividade igual. Daí a designação de direitos derivados a prestações, posto que o seu âmbito é justamente o da prestação. Uma classificação que encontra a sua base jurídica no princípio de igualdade; princípio da confiança; garantia de propriedade; direitos de liberdade.
* Os direitos de participação derivados produzem efeitos a partir de pretensões sociais, especialmente através da garantia dos princípios da igualdade e liberdade, já que a atividade de prestação se encontra vinculada ao disposto nos art. 12º e 13º CRP. Esses direitos derivados a prestações apresentam-se como verdadeiros DF de igualdade, posto que se traduzem na atribuição aos cidadãos de um direito de participação igual nas prestações estaduais.
* A prestação pode ser vista quer como uma prestação quer como uma omissão, designadamente se se tratar de direitos de igualdade estruturados como direitos de defesa derivados a omissões.
* Partindo destas premissa 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 que assistem a todo o cidadão sob determinadas condições.
* O direito derivado consiste numa participação igual na prestação: todos aqueles que se encontram ou possam cumprir os mesmos pressupostos, gozam também de uma igual pretensão a prestações. No caso dos chamados direitos a prestações originários não se estaria já em presença de um direito de acesso a participação igual nas prestações, mas de um direito fundamental social verdadeiro e próprio.
* Somos forçados a reconhecer que uma política de direitos inclui necessariamente uma linguagem de dever. Os DF à educação, à 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. E constituem ainda 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 baseada formação do contrato social.
* Por essa razão, alguns países optaram por inscrever os DESC num declaração de direitos sem efeito jurídico vinculante. Outros decidiram institui-los como princípios diretivos de política económica e sola, i.e., como políticas públicas de implementação desses direitos. Esse método ajuda a criar expectativas culturais quanto à implementação de políticas públicas dos DF sociais, podendo traduzir-se ainda numa forte pressão sobre o legislador para que legisle em medida que respeite o conteúdo desses direitos e pretensões constitucionalmente garantidos.
* A opção seguida na europa continental 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, detêm recursos limitados, não podendo como tal responder a todos os problemas de uma só vez.
* Mas não é essa a opção da CRP. O texto constitucional contém uma lista alargada de DESC acompanhada de políticas publicas que se destinam a implementar esses direitos e liberdades no seu conjunto. São direitos originários que vinculam o poder público.
* 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. O mesmo é dizer que CRP adota uma política de reconhecimento de direitos acompanhada de uma obrigação de implementação de políticas publicas de concretização e realização desses direitos no caso particular.
* Gomes Canotilho afirma que a constitucionalidade expressa de políticas publicas de implementação dos DESC pode diminuir a margem estrutural para a ponderação do legislador, mas será difícil compatibilizar a longo prazo as tendências políticas do legislador quanto ao sistema de prestações sociais e o esquema rigidamente cristalizado nas normas constitucionais.
* O problema dos DESC transforma-se numa questão de limites. Mas se se trata de um problema de delimitação de direitos, que só poderá ser resolvido perante os dados do caso, a separação entre fáctico e normativo poder surgir como uma fronteira porosa.
* 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, não faz sentido continuar a negar hoje aos DESC, pelo menos os básicos, o seu status constitucional de bens juridicamente protegidos.
* É nestes termos que Alexy coloca a questão de saber se os direitos e pretensões jusfundamentais podem ser construídos como posições subjetivas jusfundamentais de natureza prestacional. A constituição desse domínio jurídico-subjetivo traduz-se num dever de proteção por parte do estado capaz de fundamentar as correspondentes pretensões.
* Deste modo, o pressuposto fundamental da pretensão radica no dever de prestação jurídico-objetivo, o que pressupõe a analise:
* Do conteúdo da prestação;
* Bem como da determinação do dever jusfundamental;
* O conteúdo jusfundamental do dever de prestação é fixado de um modo jurídico-objetivo incompleto. Veja-se os art. 58º, 59º, 60º 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.
* A indeterminabilidade estrutural que caracteriza os DESC traduz-se num espaço de apreciação e prognose a favor do legislador que se revela na determinação dos correspondentes deveres de proteção. Nesse sentido apresenta-se como uma garantia relativa, i.e., não absoluta ou ilimitada, antes condicionada pelo cumprimento dos fins constitucionais de proteção e garantia dos direitos e liberdades implicados.
* Em caso de conflito com os outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos o legislador deverá ter particularmente em consideração a possibilidade da utilização de meios de proteção alternativos menos gravosos, cabendo a este último o ónus de provar que nenhuma outra alternativa de regulamentação resulta adequada de forma a prosseguir esse interesse público relevante alegado por outra via de menor impacto discriminatório.
* Gomes Canotilho afirma que os DESC enquanto direitos a prestações implicam:
* Uma interpretação das normas legais conforme à constituição social, económica e cultural;
* A inercia do estado pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras desse tipo de direitos implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvam a realização do direito jusfundamental ou a realizem diminuindo a efetividade legal anteriormente atingida.
* A proibição de retrocesso social. Uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não poderia depois eliminá-las sem alternativas ou compensações.
* Alguns autores, entre os quais GC, levantam o problema da existência de uma reserva de lei no que concerne à administração de prestações.
* A questão ordena-se da seguinte forma: quando as subvenções representam vantagens para os cidadãos e encargos para outros, haverá que atender a princípios de igualdade material. Os citérios objetivos devem ser fixados por lei e não pela administração pública. Nestas circunstâncias, defende GC a existência de uma reserva de lei na administração de prestações sempre que esteja em causa o princípio geral da igualdade. Deste modo, no que diz respeito às subvenções que se traduzem em encargos para uns e benefícios para outros, haverá que ter especialmente em consideração os procedimentos e regulamentos administrativos aplicáveis.
* O titular de direito não poderá exigir “a priori” uma determinação da pretensão, mas unicamente esperar que a administração tome uma decisão que respeite não apenas uma correta apreciação dos pressupostos de facto, mas ainda uma correta apreciação dos pressupostos jurídicos da sua atuação, i.e., basicamente os regulamentos e diretrizes aplicáveis.
* Este “plaidoyer” da extensão do princípio da reserva da lei na administração de prestações apresenta-se como uma exigência do princípio democrático e do princípio do estado de direitos, conduzindo, no limite, ao estabelecimento de uma reserva de lei nas subvenções mais importantes.

## **O ESTADO SOCIAL**

* É no estado social (ver art. 2º 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 “estado de direito democrático” o legislador não diz. Tratar-se-á da consagração constitucional de estado social de direitos 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.
* A conversão/transformação do estado contemporâneo num sistema distribuidor, regulador e managerial pressupõe a ordenação de novas formas de democracia económica e social. O protagonista já não é exclusivamente o individuo, mas o homem socialmente situado, em função do modo e da forma como se encontra organizada a sua existência social.
* A configuração da forma de estado como democrático de direito vem a culminar toda uma evolução na qual 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.
* A expansão em sentido qualitativo da estrutura do espaço público que acaba por atirar para a ordem do dia a questão fulcral do pluralismo. Este chama a atenção do jurista para a existência na realidade normada de um complexo de instituições como corpos autónomos e voluntários que se interpõem na relação individuo-estado: os grupos pluralistas. Força-nos a reconhecer o princípio de que os indivíduos e grupos concorrem e competem para a determinação da vontade política.
* O pluralismo repele todas as formas autocráticas e totalitaristas de exercício de poder.
* Desde o seculo XIX que se tem vindo a desenvolver nas sociedade modernas mais avançadas uma política social cujo objetivo imediato se destinava a remediar as péssimas condições vitais dos estratos mais desfavoráveis e desamparados da sociedade. Nos anos 70 do século XX essa política social perde em larga escala o seu caracter reativo e setorial para se transformar numa política social generalizada. Esta não se limita unicamente a seguir “ex post” os acontecimentos, antes 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. Essa intervenção provoca, num primeiro momento, e a longo prazo 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. Daqui resulta uma colaboração parcial e oficiosa entre as associações pública, acompanhada do estabelecimento regular de canais de transferência de funções da administração pública para áreas da competência de grupos organizados constituídos por organizações.
* As organizações de interesses institucionalizados devem estra sujeitas a formas constitucionais e a uma responsabilidade constitucional, de modo a que os direitos e as posições jurídicas, entretanto adquiridos não se constituem em governo privado a opor ao exercício de funções públicas. Isto significa:
* A obtenção desvantagens e privilégios em função da detenção de um status público que de outro modo dificilmente poderia ser tomado como legitimo não se dá sem a sua natural contrapartida, i.e., a aceitação de obrigações e limitações, sem as quais os primeiros poderiam ser tomados por opressivos;
* A representação desses interesses é hoje um fenómeno puramente existencial, que se traduz na exclusão “arcana praxis” pelo que a representação dessa esfera apenas poderá ser considerada se for tomada como uma representação do todo.

## **A ABERTURA A NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* A constituição de 1976 integrava já um direito de proteção e reserva da intimidade da vida privada e familiar. Mas apos a revolução constitucional 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 já clássico direito geral de personalidade garantido pela legislação civil.
* O conceito de vida privada compreende uma esfera própria inviolável onde ninguém poderá penetrar sem autorização do respetivo titular. Esse espaço integra a vida pessoal, a vida familiar, a relação com as outras esfera de privacidade, o lugar próprio da vida pessoal e a familiar e os meios de expressão e comunicação privados.
* Deste modo, o âmbito de proteção do direitos ao desenvolvimento da personalidade e da reserva da vida privada e familiar inclui:
* Segredo da correspondência privada;
* A casa de morada da família;
* A esfera familiar;
* Esfera secreta privada;
* Na Alemanha, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreende a mais uma liberdades geral de ação como direito geral de personalidade, que incorpora, para alem do direito de autodeterminação informacional que a CRP reconhece no seu artigo 35º, o principio “nulla poena sine lege”, visto no quadro do direto alemão como um reforço da proteção do direito geral de personalidade, e ainda o principio “ne bis in idem”, que decorre do anterior, e o principio da proteção da confiança e o principio geral da igualdade.
* Esses direitos são inatos, imprescritíveis e inalienáveis. É assim que a jurisprudência constitucional alemã pôde deduzir do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito de reserva da privacidade que recebe garantia diversa consoante se reconduza a **esfera íntima** estritamente relacionada com o valor da dignidade, à **esfera secreta** ou à **esfera privada.** Esta teoria das esferas ou domínios de ação decorre da intensidade da proteção outorgada ao direito jusfundamental que se mostra inversamente proporcional à dimensão pública da respetiva exposição.
* A esfera íntima compreende o domicílio, a família, o casamento, os locais de lazer e amizade, a vida associativa e o domínio do consumo privado. Distingue-se da esfera privada por esta última vir defendida pelos interesses do grupo em sentido amplo. Aí se incluem as relações de trabalho, arrendamento, locação… por último certos autores destacam ainda a existência de uma esfera social relacionada com os locais de intersubjetividade marcada por relações de sociabilidade.
* O direito à reserva da intimidade da vida familiar e privada distingue-se do sentido clássico usualmente concedido ao conceito de personalidade. Na verdade, tal como vinha configurado no direito civil, possui uma conceção mais restritiva do que aquela que lhe era dada pelo direito constitucional.
* No direito ao desenvolvimento da personalidade deve incluir-se um direito geral à privacidade e à identidade pessoal, que compreende a identidade genética e que definem uma esfera de vida não pública onde o estado não poderá penetrar sem a autorização do respetivo titular.

# A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* A questão será saber se a interpretação dos DF levada acabo pelo poder judicial deverá ser restritiva ou expansiva, i.e., se não tem apenas natureza jurisdicional, mas também politico-constitucional.
* De acordo com a teoria clássica da interpretação jurídica a interpretação vinha reservada unicamente para os casos de obscuridade ou absurdidade do sentido da regra. Hoje entende-se que a clareza de um texto não afasta por si a necessidade de interpretação. Deste modo, a questão de saber se um texto possui ou não sentido, torna-o apto ou aberto à interpretação. Afirmar que um texto é claro seria o mesmo que dizer que, no caso, este não era discutido.
* Existe assim uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto e o poder de interpretação conferido ao operado jurídico. Ora é essa precisão ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz.
* Neste sentido, Kelsen afiam que cada passagem no processo de aplicação de normas se apresenta como obra do conhecimento e da vontade. Por 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. O texto da lei é claro quando aplicado a uma dada situação todas as interpretações possíveis que dele se possam extrair não dão lugar a mais nenhuma dúvida razoável.
* Perante este quadro, Alexy distingue entre os conceitos de interpretação em sentido muito lato, em sentido lato e em sentido estrito.
* sentido muito lato: abrange a compreensão de sentido de todos os conteúdos ínsitos na lei ou prescrição jurídica. Deste modo, uma praxis comum, uma instituição social ou um sistema jurídico vêm tomados globalmente como objeto de interpretação.
* sentido lato: subcaso da interpretação em sentido muito lato. Tem a ver com a compreensão dos conteúdos permanentes os quais se encontram vinculados a um sentido objetivo de acordo com a compreensão das expressões ou atos de linguagem. Na ciência do direito trata-se da compreensão das textos. Se o texto resulta claro, se não se levantam dúvidas sobre o seu teor normativo, podemos falar numa compreensão direta dos textos. É neste sentido que se afirma que o conceito de interpretação em sentido lato compreende quer a compreensão direita quer a compreensão indireta dos textos jurídicos. Este conceito afirma que os limites entre a compreensão direta e indireta são fluidos, posto que quando se nos depara uma compreensão direta é porque apenas essa compreensão se apresenta como correta e adequada.
* Sentido estrito: subcaso da interpretação em sentido lato. Ocorre quando um enunciado deixa prever vários significados, não sendo certo qual deles se mostra correto e adequado. A interpretação em sentido estrito começa com uma questão e termina com uma escolha entre vários significados possíveis. É esse conceito de interpretação que se encontra hoje no centro dos problemas de interpretação jurídica.
* Na Alemanha, com o acórdão Luth dá-se início a uma teoria da constituição como compreendendo uma ordem ou um sistema de valores. A constituição é desde então percebida não apenas como ordem quadro, mas ainda como a base e o fundamento de toda a ordem social. Um sistema de valores constituído não apenas com base nos DF, mas ainda noutros princípios constitucionais como o princípio do estado de direito e do estado social.
* Mas é também na Alemanha que será lançado o debate sobre os princípios da interpretação constitucional. Esses princípios de interpretação constitucional constituem um catálogo de direito de interpretação constitucional. A tese de Ehmke era a de que esses princípios só seriam praticáveis tendo por pressuposto uma teoria da constituição admitida pelo consenso dos interessados. Mas acrescenta: 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.
* Existe uma aproximação entre dogmática e jurisprudência segundo a teste de Luhmann. A teoria da interpretação constitucional exige uma vinculação da constituição interpretativa a uma conceção do estado e/ ou teoria da constituição no constitucionalismo. Isso permite ao TC desenvolver um sistema de direitos, uma forma especifica de argumentação jurídica, orientada pelos DF, procurando com esta dar resposto a todas as questões que lhe sejam presentes, fomentando a mediação entre o nível de ação individual e o nível de ação do sistema.
* A necessidade de uma teoria de interpretação que limite objetivamente o poder discricionário dos juízes e dos tribunais nasce de uma premência de evidenciar a parte precisão da não-positividade ineliminável na ciência jurídica.
* A autoridade habilitada a interpretar é quem determina a norma a aplicar. 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 a uma decisão, uma decisão segundo padrões que não vêm pré-dados, mas constituídos. Por isso a diferenciação entre o sistema jurídico e o sistema político consiste não apenas no reforço da posição do juiz, e no recurso a uma sua maior autonomia decisória, mas ainda numa melhor elaboração teorética e metodológica da argumentação jurídica no confronto com as determinações estritamente lógicas ou sociológicas.

## **O CONCEITO DE CONCRETIZAÇÃO**

* A teoria da norma jurídica repousa na ideia de que a norma não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, corretamente designado de concretização.
* O texto é suscetível de comportar vários significados, é tarefa do juiz escolher entre estes a norma a aplicar ou a regra de decisão. É essa escolha ou opção que correntemente se designa por interpretação. Isto leva necessariamente a uma interpretação integrativa do texto no quadro de uma teoria da norma para o caso particular.
* O ponto de partida é sempre o problema que se inscreve na existência do sujeito e que supõe a sua pré-compreensão em relação à compreensão do texto como do problema, dando lugar a uma estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar.
* As normas jurídicas, gerais e abstratamente formuladas, veem-se remetidas ao escalão de *paper rules*, de simples possibilidades jurídicas. Ao juiz compete a tarefa da sua concretização em normas de decisão que se formulam no dispositivo. Esta função vai muito para além daquilo que poder ser considerado uma simples complementação do direito existente. 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 por forma a gerar a certeza e previsibilidade jurídica, não o simples acaso, o da decisão pela decisão.
* É assim que no quadro mais estável do pós-guerra a atenção dos juristas se volta para a temática dos fundamentos éticos do direito e para os problemas da técnica aplicativa judicial.
* Uns designam esta corrente por jurisprudência de valores, outros por hermenêutica jurídica, outros ainda numa orientação fundamentalmente anti formalista e antilogística, no 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, falam anda da passagem de uma jurisprudência da valoração, em cujo âmbito se iria progressivamente precisando a perspetiva hermenêutica, com o objetivo de tornar cada vez mais esfumados os confins entre o *ius conditum* e os *ius condendum*.
* A experiência jurídica tende a ser encarada como uma sucessão continua de significados ligústicos em processo de mutação. Face à perspetiva sincrónica do logicismo positivista, a hermenêutica afirma uma perspetiva 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. Somente no juízo do julgador, chamado a colmatar a distancia entre o facto e a norma, interpretando os factos segundo a norma e a norma segundo os factos, a multifuncionalidade que se destaca do teor literal dos enunciados normativos se encontraria em condições de se projetar na realidade, procurado o momento da sua concretização. O direito produzir-se-ia no processo da sua compreensão, concretizando-se, i.e., no momento da sua aplicação ao caso particular.
* A resposta da hermenêutica jurídica constrói-se contra o modelo convencional da decisão como subsunção ao caso sob a égide do direito. A contraposição sistema/problema releva a impossibilidade da existência de um sistema automático lógico-dedutivo.
* Partindo destas premissa, Perry distingue a indeterminação do texto da indeterminação da norma que resulta da interpretação desse texto a um contexto particular. A primeira obedece a uma logica dedutiva. A segunda a uma logica não dedutiva. É nesta segunda fase de determinação ou concretização da norma que tem lugar a decisão do caso particular. Essa concretização implica um escolha constitutiva, i.e., uma decisão criativa. Numa palavra, uma espécie de decisão legislativa.
* Na Alemanha, Ossenbuhl e Bockenforde falam não de interpretação, mas de concretização dos DF. Com isso pretendem estabelecer uma distinção entre o conceito de interpretação sem sentido tradicional e o conceito moderno de interpretação.
* A questão de Ossenbuhl concretamente coloca é a de saber se se trata de uma derivação jurídica ou de um decisão política. Para isso dá como exemplo a hipótese especial de interpretação dos DF. A hipótese especial refere-se aqui à questão de saber se se mantem ou não quanto a esses direitos a sua conceção liberal como direitos de defesa, ou, no caso dos DESC, a sua conceção como situações básicas de pretensão. Uma questão que não pode basicamente ser respondida através da interpretação em sentido tradicional.
* O problema está em saber se essa tarefa pertence como tal aos tribunais e aos TC ou ao legislador. Uma questão não de interpretação em sentido estrito, mas de legitimidade política. Um problema que se encontra indissoluvelmente ligado à discussão em torno do papel ativo ou passivo dos tribunais e da escolha no método em direito constitucional.
* Sob este ponto de vista, adquira a concretização um relevo jurídico-constitucional.
* A interpretação acaba por vir apreciada de duas perspetivas: uma interna, que faz referência à disciplina das regras e à autoridade da comunidade interpretativa; e outra externa, que tem a ver com a correção os justeza da decisão a partir de pontos de vista teleológicos morais, políticos ou outros, i.e., a sua aceitabilidade racional.
* Na interpretação de normas jurídicas trata-se de superar a distinção entre a genialidade da norma e a sua aplicação ao caso particular. O instrumento decisivo do método de interpretação constitucional não é já a subsunção, mas a retorica e o argumento. O esquema circular aparece condicionado pela representação final da decisão sobre a aplicação do direito, que corresponde a uma representação antecipada, obtida a partir de um horizonte espiritual, que representa a compreensão jurídica da comunidade. A função do intérprete aplicador corporiza-se na determinação do modo de aceder à compreensão do texto, entre outros motivos pela ponderação de princípios que o interprete 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.
* A característica central do sistema jurídico suta-se agora na atividade judicial. É no poder judicial, na prática dos tribunais, 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-lo em harmonia com a nova realidade social.
* Esta última não teria mais um papel mediador vertical entre a razão e equidade, entre o direito divino e o direito positivo, como na hipótese das sociedades estratificadas, ma sum papel mediador horizontal entre grupos e interesses, entre o poder do estado e a sociedade, entre as exigências de consistência dos DF como as de uma multiplicidade de subsistemas autopoieticamente regulados. Tratar-se-ia de uma norma versão modernizada da velha teoria da justiça mediadora de Placentinus.
* A partir deste estilo e sejam qual for a função que se reconheça em geral à norma jurídica, tanto as posições hermenêuticas com as da nova retórica vêm a participar de uma autêntica obsessão pela racionalidade da medida, especialmente no que concerne ao direito judicial. Uma racionalidade extraída a partir de processos de criação distintos dos da lógica formal, mas que pretende assegurar uma certa controlabilidade da ação, tornado 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 arbitraria, posto que esta se encontra limitada por um conjunto de regras ou atitudes interpretativas, antes indica que a decisão incorpora agora elementos valorativos que podem ir para além da letra estrita do texto da norma. Estre a constituição e a lei, entre a norma e a simples sentença aplicativa, estende-se um campo de técnicas judiciais aplicativas fornecido de peculiares estruturas teoréticas.

## **A APLICAÇÃO JUDICIAL**

* As decisões dos tribunais conferem aos DF um conteúdo jurídico objetivo. Daí que, segundo Rawls, no quadro de um estado bem ordenado, se deva facultar aos cidadãos um esquema de direitos, e não apor-lhes uma conceção específica de bem comum ou de fins públicos. O cidadão deverá prosseguir a busca da sua felicidade segundo as suas próprias conceções de bem comum, consistente com uma liberdade semelhante ou idêntica para os outros. É isso 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 alheias ao direito. essas técnicas de flexibilização, de adaptação do sistema jurídico aos valores dominantes, compreendem o recurso a noções de conteúdo variável, i.e., conceitos por contraposição a conceções especificas.
* Do ponto de vista metodológico, esta abertura comporta uma delegação em favor dos órgãos concretizadores. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, para além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o interprete. Daí que, apesar da clareza de muitas cláusulas, que se apresentam como modelos de especificidade, algumas admitam vários significados igualmente defensáveis. Conceitos como pessoa, direito subjetivo, separação de poderes etc. tanto podem referir-se à sociedade como à comunidade política tomada como um todo. Com eles pode modificar-se todo o direito sem necessidade de se modificar a lei positiva.
* Os conceitos correspondem a ideias e como tal devem ser compreendidos e interpretados pelo recurso a diferente conceções. Rawls avança com a distinção entre um “conceito” de justiça e as diversas conceções de justiça. As regras jurídicas tanto podem conter preceitos bem preciso, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas conceções, que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temos vagos, referencias a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das ideias do momento, os chamados conceitos, que reclamam dos juízes e dos tribunais uma complementação ou concretização posteriores.
* A atuação das regras e princípios jurídicos compreende quer a sua interpretação quer a sua aplicação. A norma que o juiz aplica não é apenas interpretação. É também criação do direito: afasta as interpretações concorrentes que se lhe opõem. A interpretação não autêntica ou científica na terminologia de Kelsen, ao corresponder a um ato de conhecimento, é que tem por objeto determinar os diversos significados possíveis de norma superior. A interpretação autêntica como função da vontade, consiste numa escolha, e posterior decisão, entre todos os significados possíveis do texto da norma que se apresenta como objeto da interpretação.
* Mas em ambos os casos, é a interpretação que liga o texto à sua aplicação. 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 analise das decisões jurídicas acaba por se resumir na análise da fundamentação que as sustenta. Só que o conceito de fundamentação é mais amplo do que o conceito de consequências jurídicas. Enquanto este último tem a ver com a utilização de um raciocínio dedutivo e com a determinação das consequências lógicas, apontando para a justificação interna do raciocínio jurídico prático-geral, basicamente assente em princípios lógicos, a fundamentação tem a ver não com a justificação interna, mas com a justificação externa do raciocínio jurídico prático-geral, i.e., com a aceitabilidade racional das premissas da justificação interna.
* A fundamentação da decisão judicial fixa um ponto no qual mais nenhuma duvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O tribunal alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma duvida e afirma que ninguém mais pode por em causa essa interpretação. É o que se designa por racionalidade externa ou extrínseca do raciocínio jurídico prático-geral.
* Este modelo de fundamentação é essencialmente valorativo e faz apelo a argumentos não dedutivos. A fundamentação corresponde não a um conjunto de regras, mas a um feixe ou conjunto de razões que justificam essas regras e que se oferece ainda em apoio das decisões produzidas. Este modelo de justiça estrutural ou de delimitação do poder pelo juiz conduz-nos da dedução unilateral ao contrapeso como forma de racionalização do discurso jurídico prático-geral.
* É essa fundamentação valorativa ou não dedutiva, mas extensa do que a fundamentação meramente dedutiva, própria do modelo do silogismo subsuntivo que vem agora defendida como elemento central da teoria da interpretação jurídico.
* Para a teoria da argumentação jurídica a norma jurídica ou regra de decisão encontra-se na justificação/ fundamentação das decisões judiciais, que se transforma num caso especial do discurso prático-geral. É esta ideia de que as decisões de direito devem não apenas ser obedecidas, como também reconhecidos, que acompanha a passagem de um direito de base autoritária a um direito de base democrática, implicando por isso discussão e diálogo. Os tribunais procuram fundamentar agora as suas decisões e não as impor por via autoritária. Fundamentar a suas decisões para fazê-las beneficiar de um consenso: o das partes, o das instâncias superiores e o da própria comunidade interpretativa. É que a administração da justiça num estado democrático resulta de uma confrontação de valores, o que implica cooperação e diálogo entre o poder legislativo e judicial.
* A estar certo este entendimento, cabe legitimamente perguntar se a interpretação controla o texto, essa interpretação faz parte da constituição?
* Os tribunais de justiça constitucional quando invalidam a norma legislativa criam a norma constitucional parâmetro ou norma subconstitucional. A passagem de uma disposição significado-abstrato ao valor-significativo concreto leva à transformação de um princípio em norma.
* Mas, apesar da CRP impor a obrigatoriedade de fundamentação quanto às decisões dos tribunais não a exige, na sua integralidade, para os atos de administração, exceção daqueles que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos. Sob este ponto de vista, a jurisprudência do TC não deixa uma imagem muito prestigiante no que concerne ao dever geral de fundamentação, à exceção do acórdão nº, 680/ 98.
* Mesmo nas decisões de não acolhimento ou meramente interpretativas, a decisão de constitucionalidade reveste natureza prescritiva, assente na força da argumentação utilizada. “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, o seu conteúdo normativo, não se encontra na conclusão, que possui os efeitos característicos de uma *res judicata*, mas na opinião que conduziu a esta. É nessa opinião que se estabelece a regra de direitos, que não contem apenas a decisão sobre a validade ou invalidade da norma, mas ainda o raciocínio jurídico em que baseou o conteúdo relevante da norma constitucional.
* A norma subconstitucional corresponde a esses princípio, princípios cientifico-jurídico formulados pelo jurista com base no direito estabelecido. As razoes da decisão transformam-se em princípios constitucionais adquirem uma força jurídica própria.
* A interpretação torna-se autêntica, incorporando-se na ordem constitucional qualquer que seja o sentido escolhido pelo seu autor. Deste modo, 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 um processo formal de revisão do texto constitucional escrito.
* A um modelo de aplicação do direito sucede um modelo de individualização da regra de decisão que confere ao juiz um amplo poder de livre apreciação. A decisão não se inscreve mais na passagem do geral ao particular, mas na relação de valor, valida para todos os casos semelhantes ou análogos.
* A regra de decisão exprime esse direito objetivo que necessita para a sua concretização não de uma qualquer formulação a priori, mas de uma capacidade perramente de individualização e particularização. Exprime a essência de uma pratica que resulta da comparação do caso particular não com uma norma geral, mas com uma norma média, não uma regra enunciada por uma qualquer instancia, mas a que rege efetivamente a decisão em todas as suas instancias, não algo que se aplica, mas aquilo através do qual se julga.
* A justeza ou correção da decisão depende da sua aceitabilidade racional. Esta pressupõe um conceito forte de racionalidade procedimental.

# RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **OS CONCEITOS DE RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* Os direitos previstos na CRP não são absolutos. Isto não quer dizer que desta afirmação de possa inferir a relatividade dos direitos e liberdades jusfundamentais. Pretende-se sublinhar a necessidade de se proceder à delimitação dos conceitos de **restrição** e **configuração** de DF.
* A definição destes conceitos não é una. Deverá ser distinguida de outros conceitos básicos, p.e. pressuposto de facto, cláusulas restritivas, etc.
* Por restrição de um direito deverá entender-se toda a interpretação e aplicação do direito que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental. Neste sentido, o conceito de restrição representa a parte negativa da norma jusfundamental. O lado positivo da norma vem-nos dado pelos conceitos de pressuposto de facto e âmbito de proteção do direito ou liberdade em causa. Os conceitos de pressuposto de facto e âmbito de proteção vêm definidos de modo distinto, segundo a norma de direito jusfundamental particular.
* A terminologia adotada nesta matéria não e una nem unívoca. Uns falam em restrições e direitos, outros em limitações de direitos, mas também se poderia utilizar outros termos como ingerência, interferência, afetação… No texto, o conceito de restrição é utilizado unicamente para 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.
* É assim que autores como Borowdki e Pieroth/ Schlink utilizam uma diferente terminologia. A diferença situa-se na perceção e posicionamento face à teoria dos limites. A esta luz, para quem aceite a teoria externa dos limites, afirma-se que os DF só podem ser delimitados em caso de colisão prática. Ao invés, para quem defenda uma teoria interna, a delimitação de DF não se mostra nem necessária nem possível. Daí a utilização de diferentes terminologias como “âmbito de proteção”, “âmbito de regulamentação”, “âmbito de garantia efetiva”, etc. que espelham essas diferentes perceções quando ao exercício dos direitos e liberdades constitucionalmente garantidos.
* Em todo o caso, o âmbito de proteção da norma reconhecedora dos DF não deriva unicamente do texto da norma, antes de uma multiplicidade de outros fatores, p.e., o estado da jurisprudência e o âmbito ou setor normativo, i.e., o recorte da realidade da vida do objeto de proteção.
* As restrições aos DF são levadas a cabo ou por normas de estalão constitucional ou por normas infraconstitucionais. As restrições de estalão constitucional são qualificadas de diretamente constitucionais. As de estalão infraconstitucional são denominadas de restrições indiretamente constitucionais. Sob este ponto de vista, distingue Alexy o conceito de restrição do conceito de clausula restritiva. O primeiro corresponde à perspetiva do direito. o segundo à perspetiva das normas.
* As clausulas restritivas podem ser consideradas expressas ou implícitas. Em algumas cláusulas é duvidoso saber se se trata de clausulas restritivas ou do pressuposto de facto do exercício do direito.
* A configuração dos direitos, tal como os conceitos de restrição e pressuposto de facto, não se mostra independente do caso concreto. 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 ao outro. Esta prevalência ou prioridade tanto pode dar-se a nível constitucional como a nível legislativo ou na elaboração da norma de decisão. Será nestas hipóteses de conflito que surge o problema da restrição e/ou configuração de DF.
* Neste sentido, retomando de novo a terminologia de Alexy, a configuração do direito engloba tanto a sua regulamentação como a sua concretização. No 1º caso, a CRP 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, da necessidade da lei conformadora do direito de antena… Em todas estas hipóteses, o direito jusfundamental carece para o seu exercício da interposição do legislador.
* Mas isso não quer dizer que os direitos acima referenciados não sejam diretamente aplicáveis ou que se mostrem exequíveis por si mesmos. O legislador não dispõe dos DF. Significa apenas a necessidade de lei em ordem a garantir o respetivo exercício. Como recorda Hesse, a configuração dos direitos impõe-se como tarefa de legislação. O legislador não é livre de configurar o direito a seu bel-prazer. A const. confia-lhe unicamente a determinação do seu conteúdo jurídico-normativo ou autoriza-o a preencher um “âmbito normativo” carecido de conformação jurídico-normativa. O mesmo é dizer que a liberdade de conformação do legislador é maior no primeiro caso no que no 2º. Na verdade, uma coisa é a regulamentação, preenchimento ou desenvolvimento legislativo do conteúdo do direito e outra a restrição, diminuição, redução, ablação ou compreensão do seu âmbito de proteção constitucionalmente garantido.
* De acordo com a terminologia adotada por Alexy essas restrições podem ser de dois tipos:
* A constituição prevê diretamente certa e determinada restrição (art.27º, nº2; 34º, nº 2 e 4).
* A constituição limita-se a prever restrições não especificadas (art. 35º, 47º, 270º)
* No 1º caso a lei limita-se a declarar a restrição prevista na constituição. No 2ºcaso a lei cria ela própria a restrição admitida pela constituição. No 1ºcaso, o grau de vinculação do legislador é maior do que no segundo.

## **TIPOS DE RESTRIÇÕES**

**Restrições Diretamente Autorizadas Pela Constituição**

* Quando se fala em Restrições Diretamente Autorizadas Pela Constituição, a limitação do direito é imediatamente estabelecida pela constituição. É o que se designa por restrição constitucional expressa. Exemplo – art. 45º CRP.
* Estas restrições são expressas. Mas podem ainda existir restrições implícitas, derivadas fundamentalmente da necessidade de salvaguardar outros direitos e interesses legalmente 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.
* A questão da ordenação dos direitos no caso concreto redunda num problema de interpretação. O que se pergunta em cada caso, é se o âmbito ou setor normativo do preceito em causa se inclui ou não uma certa situação ou um modo concreto de exercício do respetivo direito. Uma circunstância que implica a definição e construção previas de uma teoria do conteúdo essencial. Dentro desse alcance central de aplicação os direitos podem ser tonados compatíveis uns com os outros. Quer dizer existe um esquema praticável de direitos que pode ser instituído no qual o conteúdo essencial acaba por vir garantido a salvaguardado.
* Perante este quadro, resulta claro que 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, etc. neste sentido, estaríamos em presença não de uma regulamentação de direito em sentido estrito, mas de uma restrição inadmissível dos mesmos. Os eventuais limites imanentes do DF, resultantes da determinação do seu âmbito normativo ou conteúdo essencial podem ser revelados, mas não constituídos em caso de conflito prático e, mesmo assim, apenas em ordem à proteção e defesa de outros bens ou interesses constitucionalmente protegidos. O limite da tolerância vem dado pela operacionalidade mínima ou alcance central de aplicação do direito. Ultrapassado este limite, o legislador violaria o seu conteúdo essencial entrando a agir de modo inconstitucional.
* Ora após não ter em conta esta necessidade é que o TC (acórdão nº 174/93) procedeu não a uma configuração de DF, mas a uma restrição inadmissível dos mesmos, dispondo assim em contrário de uma outra decisão do mm tribunal (acórdão nº 74/84) na qual essa diferenciação havia claramente admitida e salvaguarda.

**Restrições Indiretamente Autorizadas Pela Constituição**

* Noutros casos a constituição autoriza a lei a restringir ela própria o âmbito de proteção do direito. será esta a hipótese prevista no art. 47º, nº1.
* Essas restrições devem atar-se aos fins em nome dos quais forma autorizadas. E só deverão ser adotadas se esses fins não puderem ser alcançados por outros meios alternativos menos gravosos. Devem compreender a medida exigida por esses fins. Por isso, caso a caso, deverá apurar-se a remissão para a lei resulta unicamente numa remissão conformadora ou se se trata ainda de uma autorização de conformação-restrição.
* A dogmática tem vindo a distinguir entre 1. direitos sujeitos a reserva de lei simples, 2. direitos sujeitos a reserva de lei qualificada e 3. direitos sem reserva de lei.
1. a reserva decorrer 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 DF comportar uma reserva de lei simples, como no caso do art. 41º, nº6 CRP, deve o legislador seguir todos os fins que o direito jusfundamental em si, mas também, em abstrato, pressupõe.
2. Exemplo: art.27º CRP. Neste caso a intervenção do legislador resulta batizada por essa reserva, designadamente porque é a própria CRP que determina a medida da realização desses fins.
3. A constituição não admite nenhuma intervenção através da 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. (art, 41º, 42º e 43º CRP).
* Na hipótese dos DF sujeitos a reserva de lei simples a liberdade de ação e configuração do legislador é mais extensa do que na hipótese dos DF com reserva de lei qualificada. Aí a margem de ação e configuração do legislador não pode ir mais além do que se encontra fixado na constituição, já que os limites e a dimensão da proteção do direito se apresentam como mais estritos. Deste modo, o legislador goza face ao direito jusfundamental de uma margem, para a determinação de fins quando o DF compreende uma reserva de competência de intervenção, mas não ordena que se produz a intervenção legislativa, antes permite que esta ocorra no caso em que concorram essas razões.
* No 1º 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 2º 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 (v.g. art. 27º 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 nos termos do art. 41º CRP.
* Assim, compete aos poderes públicos:
* Primeiro, o ónus de provar 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 essa limitação, demonstrado e provando, no caso concreto, não apenas a relação próxima entre a justificação oferecida e os meios de que se serviu para promover, mas ainda que de entre os meios possíveis escolher não apenas os menos drásticos ou discriminatórios, mas ainda os mais constitucionais, os únicos que no confronto com a constituição e os órgãos politicamente conformadores resultam constitucionais, porque menos gravosos para o DF.
* Escala de valores utilizada pela TC alemão:
* Dignidade da pessoa humana considerada de valor superlativo não podendo como tal ser contrapesada face a outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não lhe sendo aplicável o critério da proporcionalidade.
* “DF constitucionalmente reconhecidos”, subtraídos do poder de revisão nos termos do art.19, nº2 e 79º, nº3 da Lei Fundamental, que assumem valor supraconstitucional.
* “DF em geral”, fora da cláusula da intangibilidade do nº2 do art. 19º e nº3 do art. 79.

## **O PRÍNCIPIO DA RESERVA DE LEI RESTRITIVA**

* Mas em todos os casos o princípio que rege o respetivo regime jurídico é o da reserva de lei restritiva.
* Só que, no caso das clausulas restritivas, justifica-se que os direitos se encontrem sujeitos não apenas a um princípio de reserva de lei, mas ainda a um princípio de interpretação restritiva das cláusulas restritivas limitadoras do âmbito de proteção dos direitos em causa.
* Entende-se que as restrições constitucionalmente autorizadas só podem ser concretizadas ou por lei da AR ou por decreto-lei autorizado. O governo necessita de autorização legislativa para intervir na configuração e/ ou regulamentação dos direitos e liberdades fundamentais no quadro da reserva reativa da competência legislativa da AR. Nestes casos, a lei ou 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.
* Excluindo-se a possibilidade de regulamentos independentes, autónomos ou delegados, posto que estes se traduzem num verdadeiro e próprio processo de “deslegaziação”.
* A reserva de lei apresenta-se como uma reserva de lei parlamentar. E significa que as decisões essenciais sobre os pressupostos, circunstâncias e consequências derivadas de uma interferência nos direitos e liberdades fundamentais devem ser levadas a cabo pelo legislador não podendo como tal ser delegadas na administração pública.
* Daqui decorre o princípio da precisão e determinabilidade na regulamentação da lei, que não é unicamente apanágio do princípio da reserva de lei restritiva, se bem que assuma 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.
* Gomes Canotilho afirma que essa medida jurídica deverá ser capaz de:
* Alicerçar as posições juridicamente protegidas dos cidadãos;
* Constituir uma n0orma de atuação para a administração;
* Possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.
* Quanto mais intensa for a forma como resultam atingidos os direitos tanto mais precisa e diferenciadas deverá resultar a sua configuração legal. É este o conteúdo da chamada “teoria da essencialidade”, utilizada como instrumento de controle pelos tribunais de justiça constitucional. Esta afirma que o legislador se encontra obrigado a tomas todas as decisões em áreas normativas fundamentai, sobretudo quando colidam com o exercício dos DF, na medida em que esse exercício for suscetível de configuração legal.
* De acordo com esta teoria, 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 delegados na administração pública. Leading cases – acórdãos nº 285/92 e 458/93 do TC.
* De notar que o princípio da precisão e da determinabilidade das normas no qual se traduz a teoria da essencialidade, adquire relevo jurídico particular em sede de direito penal, já que a falta de clareza e previsibilidade da norma penal incriminadora pode conduzir a uma violação do princípio da legalidade dos delitos e das penas consagrado no art. 29º CRP.
* O princípio da reserva de lei restritiva afasta a doutrina da regulamentação das liberdades. Esta, segundo Gomes Canotilho, não pode reaparecer encapuçada sob as vestes de uma teorias dos limites imanentes ou implícitos. Estes últimos configuram-se como limites constitucionais não escritos, mas a sua existência acaba por vir postulada pela necessidade de resolver conflitos práticos entre DF.
* Por outro lado, o princípio da reserva de lei restritiva não deve ser confundido como princípio da reserva daa constituição, este significa que determinadas questões, respeitantes aos DF, e ao estatuto jurídico do político, não devem ser reguladas por lei ordinária, mesmo se de uma lei proveniente da AR, mas si pela Constituição.
* Exemplo: artigo 41º CRP. 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.
* Em matéria de liberdade de consciência, religião e culto não é possível constitucionalmente fixar ou estruturar uma reserva de lei seja esta qual for. O mesmo já não se poderá dizer quanto ao exercício do direito geral à objeção de consciência (art. 41º, nº6, CRP). Aí é o próprio legislador constitucional que remete de “motu proprio” para a lei a configuração do respetivo conteúdo.
* O direito geral à objeção de consciência resulta constitucionalmente reconhecido mediante cláusula geral e não por disciplina regulada. Encontra-se submetido a um princípio de reserva de lei.
* Existe uma relação entre o princípio da reserva de Const. e o postulado da liberdade de conformação do legislador. Mas não são conceito idênticos. O primeiro pressupões o princípio da tipicidade constitucional de competências e ainda o princípio da constitucionalidade das restrições dos DLG.
* É neste sentido que GC e Vital Moreira distinguem as restrições da delimitação do âmbito do próprio direito. só se pode falar em restrições ao exercício de um direito 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. Assim:
* A lei deve limitar-se a revelar ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição. 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 natureza idêntica.
* Essa delimitação de direitos, em caso de conflito prático, deve ser reduzida ao estritamente necessário à superação do conflito.
* Não deverá confundir-se as leis restritivas com as leis de garantia do exercício dos direitos e liberdades constitucionalmente garantidos.
* Seja como for, deverá ter-se presente que os chamados limites imanentes não deixam de ser restrições ao âmbito do exercício dos DF. Tais limites não são originários. Surgem antes da necessidade de configurar ou compatibilizar DF face a outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.
* Neste sentido, não poderá falar-se na existência de clausulas gerais, unicamente de clausulas específicas de restrições de direitos. As restrições aos DF devem ser constitucionalmente autorizadas, i.e., particularizadas, traduzindo-se essa particularização na respetiva predeterminação constitucional.
* De iguala forma, não se poderá falar em clausulas tácitas de restrição ou mesmo de restrições de direitos não expressamente autorizadas pela constituição. Igualmente será excluir o recurso à DUDH, CFUE entre outras, sempre que esse reenvio ostentar o sentido de aí encontrar uma autorização geral ou tacita de restrição de direitos, que a constituição não autoriza e proíbe.
* Os direitos não podem ser instrumentalizados como meios para a obtenção de determinadas finalidades políticas. Uma possibilidade que não é admitida pela constituição e que resulta ainda patentemente ofuscada pela ausência de regras ou critérios específicos que permitam determinar quando se deve respeitar o direito ou quando há lugar à sua derrogação. O recurso à ponderação de bens como métodos de interpretação, logo a valores não dedutivos, no chega para justificar quer a referência ao direito quer a sua exceção.
* Naturalmente que o estabelecimento de uma garantia constitucional dos direitos tem o sentido de reforçar essa proteção e não obviamente o sentido de a restringir.
* A norma constante do nº1 do art. 52º CFUE releva como critério geral para a limitação dos direitos. A norma ínsita no nº2 limita-se a reenviar a possibilidade de eventuais restrições para a lei, i.e., para os tratados comunitários ou o TFUE.
* A opção da CFUE resolveu-se em favor do estabelecimento de uma clausula geral de restrição, acompanhada da admissão, caso a caso, de restrições especificas. Mais um vez, a Carta limita-se a uma remissão quanto a admissibilidade das restrições possíveis. E isto quer ser trate de clausulas gerais quer especificas, i.e., determinadas em função de cada direito em particular.
* Deste modo, para alem de um critério geral, a Carta estabelece uma remissão para o regime de restrições que se encontra previsto na Convenção. E isto sem atentar contra a autonomia do direito comunitário ou mesmo da jurisprudência do TJUE.
* Mas uma opção, ainda assim, que não deixa de ser criticável. Esta traduz-se numa fuga ao próprio texto, deixando a determinação do sentido e do âmbito dos direitos e liberdades implicados a uma escolha política e discricionária dos diferentes legisladores nacionais.
* De resto, uma pluralidade de sistemas de proteção de DF 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, paradoxal e perverso, de potenciar conflitos entre jurisdições que se assumem como guardiãs dos DF.
* Esta deriva constitucional dos direitos traduz-se no estabelecimento de novas limitações ou restrições que não resultam como tal autorizadas pela normativa constitucional.

## **A GARANTIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL COMO LIMITE DOS LIMITES OU BARREIRA ÚLTIMA DA CONCRETIZAÇÃO**

* As decisões do TC contribuem, de modo decisivo, para a definição e aperfeiçoamento do conteúdo jurídico dos direitos e liberdades fundamentais.
* Para concretizar e especificar os direitos torna-se necessário:
1. Delimitar-lhes um âmbito de proteção, bem como os respetivos limites.
2. Aplicar o princípio da proporcionalidade aos limites dos direitos e liberdades implicados.
3. Apenas excecionalmente, podemos desviarmo-nos da função liberal desses direitos quando a norma em questão apresentar um fundamento suficientemente preciso.
* Esse limite dos limites, que designa as limitações a que o legislador se encontra sujeito quando estabelece fronteiras ao exercício dos DF, integra-se na respetiva garantia. Esses requisitos definem o âmbito da proteção e o conteúdo jurídico dos direitos constitucionais em causa. Esse limite dos limites encontra-se contido no próprio DF.
* Neste contexto, é usual individualizar-se um conceito relativo e outro absoluto no que concerne ao conteúdo essencial dos direitos e liberdades fundamentais. No 1º caso, o conteúdo do direito não pode ser determinado para todos os casos de um modo definitivo, antes em função dos interesses em presença, e forma a que quando se enfrenta um interesse jurídico mais protegível poderá até desaparecer a garantia da intangibilidade desse mínimo. No 2º 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.
* Nestas circunstâncias, a teoria absoluta do conteúdo essencial, tal como quedou plasmada em Haberle, corresponde ao “teste absoluto” dos norte-americanos nos casos ocorridos à sombra da Emenda I e a teoria relativa à substituição do teste absoluto pelo contrapeso não só nos casos da Emenda I como também em muitos outros casos.
* É assim que quando as pessoas pretendem reivindicar algo do sistema jurídico colocam as respetivas reivindicações sob a forma de direitos tal como outrora o haviam feito sob a forma de uma linguagem religiosa. Daí a necessidade de formulação de clausulas restritivas. Só que estas não podem ser utilizadas nunca para esvaziar o DF na sua totalidade, i.e., na globalidade do seu sentido ou significado real.
* Dworkin afirmou que a ideia da existência de DF dotados de clausulas restritivas não possuía qualquer sentido. Essas restrições dizem respeito ao conteúdo essencial e à necessidade de abstração e generalidade das leis restritivas que existem, no caso português, no art. 18º, nº2 e 3º CRP.
* Quanto mais poderia afirmar-se que as cláusulas restritivas dos DF, e particularmente dos DLG, deveriam ser interpretadas restritivamente. Esta necessidade de interpretação restritiva das clausulas restritivas dos direitos e liberdades jusfundamentais implica um teste forte de proporcionalidade, pois só a partir deste se poderá determinar se uma restrição específica resulta ou não compatível com a natureza do direito ou liberdades em causa.
* Ainda assim, o objeto de proteção da norma diz respeito tanto à garantia geral e abstrata como à posição jurídica individual de cada cidadão. Releva quer o carácter objetivo quer o caracter subjetivo da proteção ofertada.
* Um outro problema que deverá ser equacionado tem a ver não com o carácter objetivo ou subjetivo da proteção constitucional estabelecida, mas com a natureza absoluta ou relativa do conteúdo essencial. Trata-se de saber se a proteção só se dará a conhecer em cada caso concreto, mediante uma ponderação de bens ou interesses concorrentes ou se, pelo contrário, possui substancialmente própria, delimitável, independentemente da colisão de interesses verificada no caso particular.
* No 1º caso, GC e VM inclinam-se para a consideração dos DF como bens jurídicos objetivos, sem todavia, abstraírem do facto de que se trata sempre de DF com sujeitos.
* Se partirmos de um conceito relativo de conteúdo essencial, o conteúdo do DF não pode vir determinado para todos os casos de um modo definitivo, antes em função dos interesses em presença. Mas se, ao invés, partirmos de um conceito absoluto, o conteúdo essencial pode vir determinado com independência dos casos concretos, i.e., com validade uniforme, seja qual for o interesse com que este entre em conflito.
* Só que, por vezes, a distinção não opera de forma tão simples e linear.
* O contrapeso para quem aceita as conceções relativistas do conteúdo essencial, resulta numa operação guiada por princípios. Mas não se trata nem de uma ponderação bem de uma restrição ou redução dos direitos, antes de uma compensação entre diferentes bens e interesses constitucionalmente protegidos.
* O contrapeso, visto como uma compensação ou equilíbrio entre bens jurídicos protegidos por normas constitucionais de idêntico estalão, inscreve-se na direção de um pensamento fundado em alternativas no quadro de um pensamento fundado em alternativas no quadro de um pensamento de possibilidades. Por isso o contrapeso deve ser visto, em 1ª linha, como uma compensação fortemente pluralizada, que tem por finalidade a estabilidade e o equilíbrio dos interesses em presença. Haberle diz: a garantia do conteúdo essencial deve vir configurada através de um sistema de graduação, um sistema em escala, que determine os limites dos respetivos direitos e liberdades jusfundamentais implicados.
* Como interpretar as palavras de Haberle? Trata-se de uma proposta de normatização da garantia do conteúdo essencial pelo recurso a uma ponderação diferenciada entre bens e princípios jusfundamentais. Uma obra comum ao legislador, à jurisprudência e ao direito de opinião pública.
* Seja como for, quando o legislador procede à concretização dos DF deve-lhe ser traçado um limite último, extremo e intransponível.
* É nessa função positiva da concretização dos direitos e liberdades jusfundamentais que se formula o conteúdo essencial. Este pode representar nas mãos do juiz constitucional um instrumento valioso, em razão da cláusula da dignidade da pessoa humana do art. 1º da CRP.
* 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 a configuração de um limite imanente que traduz o firmamento dos valores constitucionais face à totalidade da Constituição. Só que nem todos os limites se mostram admissíveis. Os limotes admissíveis são aqueles que se mostrem ao mesmo tempo conformes à essência ou ao conteúdo dos DF.
* Esse conteúdo ou essência dos DF transcende a esfera da liberdade individual do respetivo titular para se apresentar como uma espécie de barreira última na concretização do direito. essa função positiva ou objetiva do conteúdo essencial impõe a exigibilidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito dos atos do poder público face aos fins que este se propõe legitimamente prosseguir.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **DIREITOS, PRETENSÕES E EXPECTATIVAS**

* Os DF apresentam-se como limite ao poder público e como fim da própria atividade público-estadual. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional supremo apresenta-se como fundamento da sociedade e do estado, i.e., como uma norma jusfundamental e como direito jusfundamental. Como compromisso fundamental do estado.
* É usual distinguir-se os direito constitucionais das simples pretensões e expectativas, i.e., aquilo que os norte-americanos chamam de “*constitutive commitments*”.
* Alguns afirmam que as pretensões e expectativas não constituem direitos verdadeiros e próprios. Outros referem a existência de um feixe de direitos que não são fixos, antes evoluem com o decurso do tempo. 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.
* Esses direitos 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 de confiança que deve presidir às relações entre governantes e governados, uma violação do princípio da proteção da confiança próprio de um estado de direito democrático e constitucional.
* Quer os direitos constitucionais, i.e., aqueles que independentemente de se encontrar ou não inscritos na constituição, são garantidos por um interesse prevalente, quer os *constitutive commitments,* devem ser distinguidos dos direitos e interesses garantidos pelo direito ordinário infraconstitucional ou mesmo simples políticas públicas de DF, especialmente os DF sociais.
* Os cidadãos gozam do direito à liberdade de expressão, liberdade de religião, de iniciativa económica, etc. mas não necessariamente à ajuda e proteção do estado. Estes conceitos, que espelham direitos e liberdades básicos, não se encontram dependentes de noções confusas ou de conceito variável, designadamente de direitos negativos ou positivos, mas de uma proteção de princípio sobre o que realmente constitui um DF.
* Os direitos devem ser vistos, em primeira linha, como instrumentos de proteção de interesses humanos fundamentais. Daí a importância da distinção entre direitos e interesses decorrente da tradução ocidental do direitos natural e das teorias do contrato social.
* 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. Se se quiser, como expectativas constitucionais. i.e., aquilo que os cidadãos têm direito a esperar da sociedade.
* Ainda assim, muitas das disposições relativas aos DF não se referem a direitos na aceção rigorosa do termo. Referem-se a tarefas e finalidades/ responsabilidades do estado, sem cuidar de especificar se os cidadãos gozam em relação a essas normas de um direito à proteção de determinadas pretensões ou interesses constitucionalmente garantidos.
* Esta relação entre a função e a situação social dos direitos tem consequências na interpretação e aplicação desses direitos e liberdades ao caso particular.
* Antes de mais, 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 responsabilizados por essa coordenação. A proteção constitucional da subjetividade não fica com isso precludida, antes vem recordada ao estado como politicamente comunitária. Esta dirige-se ao legislador como uma tarefa jurídico-constitucionalmente vinculante, uma tarefa definida como norma-fum e que se dirige ainda como expectativa constitucional tanto ao estado como aos cidadãos.
* Os DF devem ser analisados a partir de uma compreensão que vá para além do seu carácter tradicional como direitos de defesa em prol de uma compressão constitucional que tenha em conta o seu sentido jurídico-objetivo. Que os compreenda na sua função como expressando um sistema ou ordem concreta de valores com todas as consequências daí advenientes.
* Esta abrangência e amplitude da função dos DF coloca problemas pertinentes à teoria constitucional. Com isso adquirem os direitos um sentido qualitativo diferente. À tríade liberal-conservadora “segurança-diversidade-solidariedade” opõem-se agora a tríade “liberdade-segurança-fraternidade” nas condições de uma incerteza cognitiva e valorativa.
* Seguindo de perto a lição de Luhmann, Isensee parece concordar com a afirmação de que a função primaria do direito não radica unicamente na produção de determinados comportamentos, antes no reforço de determinadas expectativas.
* De forma diferente do positivismo de modo antigo, que havia considerado a vontade como fonte de direito, 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, mais 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.
* Segundo Luhmann, os procedimentos jurídicos não servem unicamente para a produção da decisão. Servem ainda para a absorção de protestos. E na medida em que a legitimação através do procedimento tenha sucesso, o sistema político legitima-se a si próprio ao mesmo tempo que legitima o direito por si próprio. A sua legitimidade torna-se independente das representações de valor institucionalizas de modo duradouro na sociedade.
* Sob este ponto de vista, a tese de Denninger, tal como a de Grimm, é a de que a justiça constitucional confere carácter objetivo aos DF, transformando-os em bens jurídicos protegidos, fixando com isso ao mesmo tempo deveres de ação a cargo do estado, podendo dar lugar à criação de direitos subjetivos a favor dos respetivos titulares.
* A incorporação nas novas constituições dos Lander alemães de expectativas de integração não faz mais do que acentuar essa tendência, relevando o significado político dos conceitos de pluralismo e de tolerância no quadro do moderno estado de direito democrático e constitucional.
* Os direitos não medeiam apenas entre o facto e o valor, mas ainda entre o direito e a política.
* Define Stern, as expectativas constitucionais como o pressuposto de facto do DF 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 publicas. A sua esfera de atuação manifesta-se:
* Face à ação da administração pública;
* Face aos atos administrativos;
* Face às limitações objetivas de outros direitos jusfundamentais;
* Face às limitações objetivas decorrentes da respetiva aplicação judicial.
* No que concerne aos direitos de defesa a sua essência radica na fundamentação das correspondentes pretensões de carácter negativo a omissões por parte do estado. Só que, no que diz respeito aos DF a prestações, a fundamentação muda radicalmente de figura. A pretensão não corresponde já a uma omissão, mas a uma ação. Na terminologia de Jellinek, os DF a prestações correspondem ao “status positivus”, i.e., reclamam por uma ação, um “facere”, por parte do estado. Traduzem pretensões de cuidado e proteção com a ajuda da atividade público-estadual em ordem à realização dos respetivos interesses.
* Mas isto não quer dizer que da parte dos direitos negativos não possam existir pretensões afirmativas. Significa apenas, face ao legislador, que, no caso, o grau de vinculação desses direitos acaba por se traduzir num maior espaço de prognose e liberdade de decisão. A doutrina refere, tradicionalmente, quanto à fundamentação desses direitos e, particularmente, quanto à vinculação do legislador à criação de leis prestacionais, a ausência ou falta de um objeto determinado capaz de fundamentar os correspondentes direitos no seu conjunto.
* Stern introduz a figura dos direitos auxiliares, a partir de uma determinação jurídico-fundamental objetiva ou a partir de pretensões autónomas quanto à determinação do conteúdo do direito jusfundamental, que se dirigem a toda a espécie de ações ou atividades por parte do estado.
* Nesta perspetiva, autonomiza a dogmática jurídica alemã os chamados direitos a prestações derivados ou direitos de quota-parte, que podem ser ordenados na base de um conteúdo defensivo, tal como os clássicos direitos de defesa. Mas não só. A discussão não se centra unicamente neste tipo de direitos, mas ainda nos chamados direitos a prestações positivas, ou seja, todos aqueles que traduzam em pretensões a ações prestacionais. Alexy fala a este propósito, em direitos a prestações em sentido amplo, a distinguir dos direitos a prestações em sentido estrito, onde se incluiriam os direitos económicos, sociais e culturais.
* Com esse conceito de direitos a prestações em sentido amplo, pretende Alexy incorporar todos aqueles que se traduzem em atividades socio-estatais, o que implica uma delimitação dos mesmos. Alexy inclui neste conceito os direitos a prestações negativas, i.e., todos aqueles que se traduzem em pretensões a omissões jurídico-prestacionais ou omissões de prestações a ações autónomas não negativas. O TC Federal Alemão fala em pretensões a ações promocionais do estado, não apenas positivas, mas também de proteção ativa.
* Um dos problemas centrais dos direitos a prestações radica na ordenação prévia de um domínio jurídico-subjetivo que possa fundamentar um direito jusfundamental subjetivo a favor dos respetivos titulares. A constituição desse domínio jurídico-subjetivo, identificador da existência do direito jusfundamental, traduz-se, quanto à determinação jurídico-fundamental do direito em causa, num dever de proteção capaz de fundamentar as correspondentes pretensões.
* Assim haverá que ter especialmente em consideração na fundamental desses direitos se é a Constituição que estatui esse dever de proteção. No que concerne às formas particulares objetivas do conteúdo dos direitos a prestações, haverá que referenciar a caracterização dos mesmos como garantias institucionais ou princípios ordenadores objetivos.
* No que diz respeito às garantias constitucionais, não se trata de retomar a polemica do chamado dualismo dos DF, expressa por autores como Schmitt ou Thoma, na qual unicamente os direitos subjetivos eram identificados com os DF, projetando uma divisão rígida entre o conteúdo subjetivo e objetivo desses direitos no seu conjunto. O mesmo é dizer que o sentido jurídico-constitucional das garantias institucionais resulta fundamentalmente do direito jusfundamental e o direito subjetivo jurídico-fundamental propriamente dito. Tudo dependerá da conceção de base sobre o conceito de constituição e de DF que se perfilhar.
* Neste contexto, muitos afirmam que o que importa não será já distinguir as garantias institucionais dos DF, concebendo estes últimos como direitos subjetivos destinados a proteger as esferas da liberdade do cidadão face ao estado e declará-los unicamente, com exclusão das garantias institucionais, como DF em sentido forte e rigoroso do termo, mas em reconhecer aos DF em si mesmos garantias institucionais objetivas, independentemente da natureza objetiva ou subjetiva dos direitos em causa.
* Há quem afirme que a qualidade e estrutura jurídica dos direitos a prestações não se encontra vinculada à questão da validade direta ou indireta desses direitos e pretensões no seu conjunto, nem tão pouco dependente de questões financeiras ou orçamentais, mas unicamente do conceito de reserva do possível em sentido estrito, que não renega a subordinação do direito orçamental ao direito, e particularmente ao direito constitucional. A dificuldade quanto à fiscalização jurisdicional não radica na ambiguidade ou vaguidade do respetivo conteúdo, mas na limitação objetiva da existência de recursos societários limitados ou na extrema dificuldade em garantir, com efetividade, que direitos dessa natureza possam a vir a ser respeitados na prática. Tudo dependerá da conceção e natureza do discurso concreto sobre os direitos que se adotar.
* Partindo deste pressuposto, muitos autores constroem hoje a dogmática dos DF a partir da combinação da existência de um dever objetivo com um direito subjetivo. Desta forma quedariam garantidos que os pressupostos jurídicos quer os pressupostos de facto dos direitos e liberdades implicados, já que este últimos resultam criados a partir de pressupostos jurídicos.
* Este esquema relacional dos DLG e dos DESC consiste na circunstância de os primeiros, na sua generalidade, não se apresentarem indissociáveis dos seus referentes ESC.

## **RECONHECIMENTO JURÍDICO E INSTITUCIONAL**

* Os DF apelam a um estado cosmopolita. Este apelo a um universalismo filosófico não ostenta qualquer pretensão hegemónica. Não suprime entidades particulares. Apela para a ideia de comunidade cívica. Os povos civilizados partilham uma ideia comum de ordenamento e justiça. Procuram através de uma ideia comum aportar num critério aceitável de legitimidade para a ordem jurídico-pública.
* 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.
* Estas políticas de identidade e reconhecimento desembocam na reivindicação de uma representação política especifica para determinados grupos e movimentos societários. Este reconhecimento da totalidade dos membros da sociedade como livres e iguais, bem como o reconhecimento recíproco dos membros entre si, traz consigo mecanismos complexos de diferenciação intercultural, que se traduzem em reivindicações de reconhecimento jurídico e institucional.
* O reconhecimento dessas políticas de identidade reconhecimento ocorre somente com a positivação desses direitos e liberdades, em ordem ao estabelecimento de um sistema de garantias jurídicas, basicamente de cariz procedimental.
* Sem esquecer os problemas do contextualismo e do universalismo… uma noção de liberdade como não dominação, associada a uma conceção deliberativa de democracia, o que implica reflexão e responsabilidade.
* A constituição refere hoje a existência de uma estadualidade aberta, que compreende um processo complexo de integração social. Se a teoria clássica do constitucionalismo assentava nos conceitos de autonomia individual, universalização de princípios e na igualdade e liberdade dos cidadãos, este reconhecimento dos grupos e das suas necessidades particulares, coloca novos problemas ao funcionamento do moderno estado de direito democrático e constitucional. Essas diferentes cosmovisões nos se traduzem, porem, na reivindicação de novas formas de redistribuição de bens e serviços, antes revelam pretensões no reconhecimento de direitos em torno de conceções fundamentais sobre a identidade, quer individual quer coletiva.
* Este tipo de disposições gera problemas de interpretação e aplicação complexos. Antes de mais, é a questão de assimilação e ordenação de expectativas de integração. Estas conduzem a uma releitura dos conceitos jurídico-constitucionais básicos do pluralismo e da tolerância, designadamente no que concerne à composição dos conselhos de informação e imprensa, conselhos de opinião e representação no seio da administração pública, etc.
* Mas é ainda o problema do reconhecimento de direitos no campo da bioética e da investigação de técnicas reprodutivas. Basta percorrer as principais decisões dos tribunais de justiça na europa e nos EUA para facilmente nos apercebemos desta conclusão.
* Mas é também o reconhecimento da igualdade como desigualdade no quadro das prestações do estado social, segundo a fórmula dworkiana de uma igualdade preferente ou a fórmula contemporânea de um direito à igual desigualdade. Os problemas de inclusão e do consenso no quadro de uma sociedade profundamente fragmentada e individualista. Daí a contradição entre o reconhecimento da legitimidade do conflito e a aspiração do consenso que permeia o ideal da inclusão e participação cívicas.
* 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 tales” vêm reconhecidos como titulares de direitos fundamentais. A identidade do cidadão, o livre desenvolvimento da sua personalidade, deve ser preservado, mesmo que isso signifique uma proteção face a grupos económicos e sociais atuantes na esfera societária.
* Os direitos aqui decisivos atuam quer como direitos de defesa quer como deveres de proteção. Só que a teoria clássica do pluralismo não resolve, por si só, todos os problemas atinentes ao tratamento da diferença na esfera pública. A resolução desta questão depende do contexto institucional e social em que ocorrem. O problema fundamental 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 aa sociedade se mostra predisposta a aceitar a diferença.
* Sob este ponto de vista, os problemas atuais da tolerância não têm tanto a ver com a esfera interna, privada ou intima do cidadão, quanto com as manifestações externas das diferenças que uma sociedade democrática e pluralista pode objetivamente comportar. O problema da tolerância transforma-se numa questão de inclusão ou de exclusão dos grupos minoritários ou marginais. E é aqui que a questão da tolerância e da não-discriminação no espaço público surge com toda a pujança dos seus argumentos face a grupos não-maioritários, portadores de diferentes costumes, convicções e formas de vida.
* Usar um véu islâmico em casa ou no local de culto não cria nenhuma 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 tolerância, entendida como reivindicação de uma identidade, diferentemente, constitui um problema real. Essa relação de tensão entre a convicção privada e a tolerância pública pode ser difícil de conciliar. É que a tolerância, concebida exclusivamente como um problema de liberdade, se encontra hoje intimamente relacionada com o problema da legitimidade, tornando-se, de alguma forma, na sua *altera pars*.
* Do ponto de vista do direito constitucional, a CRP 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 migrante.
* É certo que a autonomia e a identidade pessoal se alimentam, em larga medida, do contexto cultural em que se desenvolvem. Este 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 especifica de conservação do âmbito cultural de origem.
* Mas, se diferentemente de outros estados e ordens jurídicas, Portugal não enfrenta um problema de reconhecimento de minorias, coloca-se a questão da sua garantia jurídica, pois que certamente existe na população que habita o território nacional pessoas ou grupos de pessoas provenientes de diferentes origens, designadamente em virtude de um ciclo recente de imigração. A essas pessoas ou grupos de pessoas, chamemos-lhe 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 da igualdade, especialmente nas suas clausulas especificas 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 DF de liberdade que assistem a todos os indivíduos, independentemente da respetiva nacionalidade, i.e., cidadãos nacionais e estrangeiros, 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 especifica para as minorias enquanto tais, embora garanta uma tutela constitucional geral dos direitos e liberdades fundamentais. Por essa razão também não se encontram previstas derrogações especificas em favor dos grupos minoritários no confronto com a tutela geral dos direitos e liberdades reconhecidos a todos os indivíduos. O estado, se o entender, é que poderá determinar uma tutela especifica para esses diferentes grupos mediante uma proteção especial, mas isso não resulta constitucionalmente exigível, designadamente, determinado formas de proteção especificas para a preservação da própria identidade cultural, no quadro de uma compreensão e interpretação positivas e pluralistas do mandato de neutralidade e tolerância reciproca que deve enformar as relações dos cidadãos em sociedade e destes com o estado de que são nacionais.
* O direito geral de associação e liberdade de religião não podem incorporar essa função. Não determinam per si, especificamente, uma garantia de identidade no seio de uma ordem jurídico-constitucional para outros valores ou tradições. Trata-se de direitos individuais que garantem a autodeterminação e a autonomia do individuo e não a de grupos sociais *quibus tale*.

## **A GARANTIA DOS PODERES PÚBLICOS**

* A proteção dos direitos e liberdades fundamentais não se esgota unicamente na legislação, antes se estende à aplicação da lei pelo poder executivo e judicial, embora o destinatário principal dessas pretensões jusfundamentais diretas não sejam os tribunais e o poder judicial, mas fundamentalmente o legislador.
* De um ponto de vista pragmático e operativo, os direitos ordenam-se consoante o tipo de pretensões dirigidas aos poderes públicos. Deste modo, 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 da lei.
* A administração encontra-se vinculada à lei e à constituição quanto à determinação dos direitos e liberdades implicados. Assim, nos termos do art. 266º CRP, a “administração pública visa a prossecução do interesse publico, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (nº1). “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à constituição e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé” (nº2). O exercício desses direitos e liberdades esbarra com o princípio da reserva de lei estabelecido na CRP.
* No que concerne ao poder judicial, a CRP atribui aos tribunais a tarefa específica de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (art. 202º, nº2). Mais nos “feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na constituição ou os princípios nela consignados” (art. 204º).
* Ora, é aqui que o dualismo entre os direitos subjetivos (DLG) e os direitos objetivos (DESC) encontra a sua base mais forte de sustentação. De acordo com o disposto no art. 18º, nº1 CRP, “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”, determinado, em consequência, um regime dualista: um referente aos DLG e outro relativo aos DESC. Mas com essa ressalva de vulto: nos termos do disposto no art. 17º CRP “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.”. quer dizer, caberá, em último termo, ao operador jurídico determinar, no caso concreto, o regime e força 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. A responsabilidade pela concretização e especificação desses direitos compete, em primeira linha, ao poder legislativo, e não aos tribunais e ao poder judicial. O princípio jusfundamental objetivo neles expresso, assim o determina. E, mesmo assim, com enorme contenção. 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 generalidade da lei, cujo conteúdo e sentido constrói o dever de prestação jusfundamental, determina que a aceitação da pretensão individual e proteção desses direitos incumba, em primeiro lugar, ao legislador. Daí que a configuração jurídica dos direitos a prestações possa 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 (exemplo – art. 69º e 70º CRP) que se reportam à proteção da infância e da juventude. Estas últimas constituem “pretensões prestacionais jusfundamentais diretas”. A estas opõem-se as “pretensões prestacionais jusfundamentais indiretas”, i.e., todas aquelas 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.
* A indeterminabilidade estrutural de que vêm dotados os direitos e liberdades fundamentais traduz-se num espaço de apreciação e prognose, que se revela 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 ter em consideração a possibilidade de utilização de meios de proteção alternativos menos gravosos, tal como de há muito vem referenciado na jurisprudência dos tribunais.
* Da jurisprudência dos tribunais não resulta clara a questão de saber se à determinação dos deveres de proteção jusfundamentais corresponde uma pretensão de garantia ou pretensão jusfundamental subjetiva de cumprimento e concretização desse dever de proteção. Tudo dependerá da resposta a uma questão fundamental: 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 DF. Estas impõem aos órgãos estaduais um dever de proteger os particulares contra agressões provindas de outros particulares, proteção que abrange todos os direitos e bens consagrados na constituição, quer se trate dos DLG ou DESC.
* Tomemos como exemplo o direito à habitação e urbanismo (art. 65º CRP). Este apresenta 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 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, que caracterizam o complexo identificativo de cada direito, independentemente da sua adscrição ao conjunto dos DLG e DESC.
* De acordo com a proposta de van Hoof, poderíamos discriminar 4 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** – impedir que terceiros possam intervir, obstaculizar ou impedir o acesso a esses bens;
* **Obrigações de garantia** – o estado deve garantir ao titular do direito o acesso ao bem quando este não o possa fazer por si próprio;
* **Obrigações de promoção** – dever de promover e desenvolver as condições necessárias para que os titulares do direito possam aceder ao bem;
* Nenhum destes níveis, porém, pode ser caracterizado de modo unitário através do binómio obrigações positivas/negativas ou binómio obrigações de resultado/ de meio. Pelo contrário, do que se trata é de atribuir aos DF, incluindo os DESC, o estatuto de direitos constitucionais, deixando de lado a sua dimensão originária de direitos meramente legais.
* Ainda assim, 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 DLG. É que, no campo dos DESC, a efetividade não se apresenta unicamente como condição ulterior do direito, que por si existe já juridicamente, antes como condição da existência do próprio direito.
* Tomemos como exemplo a liberdade de expressão (art. 37º). Mesmo que o respetivo titular não tenha acesso aos meios de comunicação social, devendo contentar-se com o âmbito a que pode chegar a sua voz, o mesmo não poderá dizer-se, ou poderá dizer-se em sentido débil, que eu gozo de um direito de acesso aos meios de comunicação social ou a meios de subsistência se não usufruo de uma posição juridicamente garantida no que diz respeito às leis que consagrem esses direitos.
* É neste sentido que se afirma que os DESC colocam quase sempre um problema quantitativo: quantos meios de subsistência, quanta instrução, quanto trabalho? 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 nele consignados. Tudo isto se reflete nas diferentes técnicas de proteção dos direitos.
* 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. Entre nós, esse direito de reclamação e queixa é reconhecido às associações de proteção do ambiente contra violações de preceitos constitucionais de legais, e ainda no que concerne à saúde pública, à qualidade de vida, à proteção do consumidor de bens e serviços, etc. (art. 52º, nº3).
* O objeto de proteção das normas radica na defesa dos bens coletivos 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.
* Perante este quadro, dos DESC compreendidos como posições jurídicas, podem apresentar-se como direitos subjetivos desde que possam ser feitos valer em justiça pelo respetivo titular.
* Assim no que concerne à questão da subjetivação, e correspondente “justiciabilidade” desses direitos e liberdades, haverá que individualizar 3 posições:
* Uma primeira de negação: os DESC são direitos subjetivos, defendida por Hesse e Badura;
* Uma segunda, que afirma que só em casos evidentes os DESC podem ser considerados direitos subjetivos, sendo nos restantes casos qualificados de normas objetivas, defendida por Bockenforde e Dietlein.
* Uma terceira tese que afirma que os DESC, desde que alcancem um determinado conteúdo, devem ser qualificados de direitos subjetivos, defendida por Alexy, Stern, Murswieck, Schwabe e Borowski.
* A doutrina e a jurisprudência falam unicamente em posições jurídicas jusfundamentais, tentando deste modo tornear a questão da qualificação desses direitos em sede de recurso a tribunais. Neste sentido, deverá ter-se por excluída a primeira tese, i.e., a tese da negação dos DESC como direitos subjetivos.
* No que concerne à segunda tese, a questão radica em saber como se produz essa passagem das normas objetivas para os direitos subjetivos nos casos não evidentes. Essa passagem implica uma ponderação ou contrapeso de bens no caso concreto.
* Deste modo, a posição jurídica jusfundamental apresenta-se como direito subjetivo quando no processo de ponderação essa posição acaba por assumir uma maior dimensão de peso na colisão com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos. O direito resulta delimitado face a uma norma objetiva. Fundamentalmente, o que o TC tem em vista é a qualidade da norma jurídica violada: se se trata da violação de uma norma reconhecedora de direitos subjetivos ou tao só de princípios objetivos. Em ambos os casos, a qualificação jurídica é deixada nas mãos do TC e do poder judicial.
* No que diz respeito à terceira posição, que afirma ser necessário que o direito económico e social, na medida em que protege essencialmente o individuo, ostente um conteúdo determinado para que possa ser feito valer em justiça, o direito jusfundamental acaba por resultar judicialmente aceitável, posto que se apresenta sob a forma de um direito subjetivo.
* Mas mesmo que não se reconheça o direito económico e social como direito subjetivo, a preservação do mínimo de existência condigna é sempre qualificada de direito subjetivo, acabando por resultar garantida nos mesmos termos dos direitos de defesa. Essa posição mínima definitiva, embora não possa ser juridicamente delimitável em abstrato, acaba por resultar protegida através de uma regra como mandato definitivo. O que significa, à luz da teoria dos princípios, que a forma da sua aplicação não é a ponderação, mas a subsunção. O conteúdo mínimo do direito é fixado independentemente de um processo de ponderação. Esse conteúdo retira-se de enunciado linguístico da norma ou da vontade do legislador constituinte.
* Acresce que no direito alemão, a questão da subjetividade/ justiciabilidade do direito assume uma outra tonalidade, já que se admite o recurso direto da constitucionalidade em sede de proteção e defesa dos DF, recurso que não é aceite em Portugal, restando-nos a ação de reconhecimento de direitos ou o incidente de constitucionalidade junto dos tribunais comuns e, por último, a intimação para a proteção dos direitos, liberdade e garantidas, consagrada art. 109º e seguintes do CPTA.

## **A POSITIVAÇÃO PELA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIAL**

* As questões constitucionais polemicas necessitam de uma interpretação, não de uma adaptação ou revisão. Mas tanto no direito legislado como na casuística o jogo entre a adaptação e a interpretação é complexo. Daí a expressão de Dworkin de que “uma boa interpretação deve não só adaptar-se como justificar a prática que a interpreta”.
* 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 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 o não estava. O propósito do direito judicial de controlo era o de tomar em mão as cláusulas aberta e vagas da constituição, dotando-as de um conteúdo específico adequado aos tempos e às circunstâncias, equilibrando as distintas considerações de bem-estar social nelas implicadas. O dever dos tribunais seria o de executar os amplo fins constitucionais, fazendo as leis necessárias e adequadas à sua concretização.
* Só que expandir ou acrescentar a constituição à luz dos seus próprias intentos é de facto ir mais alem destes. É acrescentar um novo fim à norma constitucional. Existem diferentes opiniões quanto à questão de saber se a Constituição se encontra ou não desfasada face ao tempo. Podem existir diferentes posturas quanto à extensão judicial dos fins constitucionais. 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 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.
* A interpretação de Marshall em McCulloch v. Maryland acentua já essa ideia: “a constituição foi pensada para durar para os anos vindouros e, em consequência, para ser adaptada às diferentes crises dos assuntos humanos”. A expressão “para ser adaptada” parece sugerir que a constituição deva ser modificada para ser aplicada a novas situações para as quais a constituição originária não oferecia respostas adequadas. Mas o que Marshall pretendeu significar não foi isso. Antes, que a mutação não procedia de elementos externos, antes do interior do próprio sistema ou, pelo menos, era admitida por este. A constituição, falando estritamente, não se adapta, é adaptável.
* O movimento de progressiva constitucionalização e jurisdição 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 DF 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 que antes careciam deles. E mesmo nos direitos clássicos introduz-se uma nova sensibilidade democrática que se reflete na exigência generalizada do princípio de igualdade: dos militares, dos grupos mais débeis, sobretudo a mulher.
* A pouco e pouco, gera-se na europa a aplicação do conceito norte-americano de revisionismo constitucional. De forma necessariamente esquemática, significa esta uma interpretação extensiva dos princípios constitucionais de igualdade, de um lado, e da validade do princípio democrático, do outro. Na Alemanha, um exemplo desta conceção revisionista dos DF e do poder judicial vamos encontrá-lo em Bockenforde a partir da constatação de uma mudança de funções dos direitos e liberdades fundamentais como direitos de defesa do cidadão face ao estado.
* Bockenforde sublinha a ultrapassagem do conceito de constituição como ordem quadro para uma ordem fundamental, que compreende o estado e a sociedade como os seus fundamentos básicos. De acordo com essa conceção, os DF deixariam de ser percebidos numa relação meramente vertical estado/cidadãos para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção acrescidos. Os DF tornam-se abertos por cima, mas sem medida. Nessas condições a vinculação normativa do TC resulta meramente autorreferencial.
* Partindo destas premissa, Luhmann defende a existência de relações circulares e não assimétricas entre o poder legislativo e o poder judicial. Numa palavra, relações de efeitos recíprocos, o que implica cooperação e diálogo entre o poder legislativo e o poder judicial. Os tribunais têm essa tarefa de “desparadoxizar” o sistema jurídico. Apresentam-se como instâncias de dirimição de dúvidas em caso de conflito prático. Isto implica uma flexibilidade e reflexividade crescentes da praxis jurídica.
* No seu computo geral, a tese de Luhmann é a de que a legislação se apresenta como locus de transformação da política em direito e como o locus da limitação jurídica do político. Daí a destronização do direito público do estado pelo direito constitucional judicial, o que corresponde a uma viragem jurisprudencial do direito constitucional. Turpin fala 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, os direitos e liberdades como princípios objetivos da ordem jurídico-constitucional e a sua aplicação nas relações jurídico-privadas. É essa a razão que explica o facto de o TC, em Portugal, se ter socorrido de diferentes parâmetros de controle, designadamente a utilização da clausula geral de igualdade, o controle da racionalidade da lei, a justificação da graduabilidade, transitoriedade ou excecionalidade da medida legislativa objeto de controle e, por última, a utilização da clausula da proibição do retrocesso social.
* 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 de 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 ao legislador, atuando os tribunais de justiça constitucional como legisladores positivos. Nestas circunstância a interpretação dos DF segue um método teológico e uma argumentação valorativa.
* Na verdade, os tribunais de justiça constitucional vêm assumindo, cada vez mais, de forma significativa, funções de legislador positivo, por razões de ordem estrututal, i.e., por mudanças produzidas tanto no conjunto das instituições como especificamente ao nível do funcionamento da própria justiça constitucional, que o configuram mais como legislador positivo do que como legislador negativo. Neste 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 na ordem constitucional.

# DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO CONCRETO

## **OS TERMOS DO PROBLEMA**

* Aquilo que anteriormente se designava pelos direitos de uns e de outros, denomina-se hoje de direitos subjetivos. Estes, todavia, 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.
* O juiz, jurista ou o legislador buscam incessante e permanentemente a medida perfeita de um ajustamento entre pessoas. Princípios como os “pactos devem ser honrados”, a “dúvida aproveita o acusado”, entre outros, perdem rapidamente a sua evidencia quando aplicados a um situação concreta. P.e. o princípio de que a vida humana é inviolável e indisponível. Estes princípio da inviolabilidade e intangibilidade da vida (e corpo) humana poderá sofrer legitimamente uma limitação quando, tratando-se de um cadáver, se proceder à extração de um órgão para salvar uma outra vida humana?
* Os princípios mostram-se mais débeis ou mais forte consoante o caso ou a causa. Para outros, o método de contrapeso ou ponderação de bens no caso concreto apresenta-se como um caso de aplicação de argumentos finalísticos, i.e., argumentos que incluem fatores não dedutivos. Em muitos das hipóteses que se oferecem ao juiz, afirma-se que o método dedutivo deveria ser rejeitado em nome da evolução. Quer dizer, se existem objetivos socias legítimos, o juiz deveria poder recorrer a argumentos finalísticos e, a partir deles, rejeitar as soluções meramente dedutivas com base em argumentos de fim ao mesmo tempo que excluiria os argumentos pessoais ou ideológicos.
* São as clausulas abertas da constituição que abrem a via a valorações de razoabilidade, adequação, proporcionalidade, tolerabilidade e ainda o contrapeso de bens no caso concreto. Isto provoca, no limite, não uma hierarquia entre normas jurídicas, mas uma coordenação entre funções do estado.
* Decisões sobre a liberdade de expressão, religião e culto, direito e política, liberdade e segurança, personalidade e privacidade, entre outos, representam campos onde se tem vindo a operar um contrapeso direito dos valores constitucionais. 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.
* Nesse processo, os juiz desempenham um papel essencial. Através do estudo da história, economia ou da sociologia descobrem os interesses sociais, equilibrando e contrapesando as diferentes reivindicações societárias, criando eles próprios regras apropriadas que refletem esse equilíbrio.
* Esta técnica é já uma criação direta da teoria da aplicação judicial da constituição na sua função de criação de normas. Requer que os juízes descubram, definem, harmonizem e justifiquem o peso concedido aos diferentes interesses e valores societários, que determinem os princípios constitucionais que subjazem à decisão do caso particular.
* Importa distinguir o contrapeso de bens em sentido amplo (ponderação de bens) do contrapeso de bens em sentido estrito (jurisprudência de interesses). Enquanto a primeira opera com valores (ponderação entre bens jurídicos abstratos), a segunda reporta-se ao conteúdo concreto dos interesses em jogo.

## **CONTRAPESO DE VALORES E CONTRAPESO DE BENS NO CASO CONCRETO**

* A linha de separação entre os direitos individuais e a cláusula do estado social vem hoje determinada pelo recurso ao contrapeso de valores constitucionais.
* E a afirmação de que a interpretação constitucional gera como resultado um contrapeso de bens constitucionais não significa que este se aplique sempre como método autónomo de decisão. O legislador constituinte já levou a acabo todo o *balancing* que havia a fazer. O contrapeso só se aplica como método autónomo de decisão quanto o TC puder formular uma regra autónoma de interpretação para a aplicação concreta de um princípio ou norma constitucional, tendo em consideração os interesse constitucionais em conflito, a fim de contrapesá-los, dando a primazia a um deles ou buscando um equilíbrio entre todos. Deve ser obtida uma acomodação entre os direitos ou interesses em jogo com a menor restrição de um deles compatível com a manutenção do ouro.
* A necessidade do contrapeso de interesses socias resulta claramente óbvia quando o legislador não deixou claro ou se mostrou silencioso quanto ao modo de resolver a tensão entre os diferentes direitos ou valores constitucionais, devendo a escolha ser proporcional ao valor. Cada caso envolve um equilíbrio de interesses socias constante e inevitável, mesmo quando meio dissimulada a relação entre a legalidade do ato e o seu valor para a sociedade. Contrapesamos, harmonizamos e ajustamos a cada passo o objeto sobre o qual recai a nossa decisão.
* Estas ponderações não deixam de ser problemáticas posto que não estão isentas de um certa doe de subjetividade. Mas são, não obstante, 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. A constituição permite uma certa hierarquização difusa, mas não transcendente resulta o facto, de resto reconhecido pelo TC, de 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, tais como as que se contêm no princípio “in dubio pro libertate”, princípio que concede primazia ao valor jurídico “liberdade” em detrimento do valor jurídico “segurança”.
* Daí a necessidade, relevada por Rawls e Sunstein, da ordenação de princípios de prioridade e harmonização. Os primeiros conduzem a uma hierarquia de princípios interpretativos, os segundos a uma princípio de conciliação em caso de conflito prático, variando o grau de proteção da norma segundo as circunstâncias do caso a que se aplica. Esta operação interpretativa implica uma liberdade de opção, um escolha entre valores substantivos, uma verdadeira e própria decisão.
* O contrapeso que se efetua reconduzindo interesses constitucionais à categoria de interesses individuais, contrapondo o interesse público ao interesse particular, constitui, segundo 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.
* Bin, Alexy e Gomes Canotilho, distinguem a interpretação do contrapeso de bens constitucionais, para concluir que este último não pertence como tal à interpretação constitucional. A interpretação corresponde essencialmente à justificação interna do silogismo jurídico. O contrapeso à justificação externa da argumentação jurídica prático-geral. A mesma justificação vale para a distinção entre regras e princípios. No primeiro caso obedece-se, no segundo adere-se.
* Sob este ponto de vista, os DF apresentam-se ou como regras ou como princípios, dependendo dos diferentes argumentos substanciais utilizados na fundamentação. 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 seguindo 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 o método mais criticado de quantos existem.
* Constitui um dos dogmas mais difundidos na doutrina norte-americana considerar que o contrapeso resulta inevitável quando entram em jogo valores diretamente reconhecidos pelo texto em duas clausulas do mesmo preceito, ou mesmo dentro da mesma cláusula, como ocorre quando se enfrenta a liberdade de imprensa com os direitos dos cidadãos que pretendem ter acesso aos meios de comunicação social.
* Os exemplos são numerosos e podem multiplicar-se. “pode existir tensão entre as clausulas de liberdade religiosa e de inconfessionalidade do estado, entre determinadas conceções de igualdade e certas noções de liberdade, entre liberdade de imprensa e direito à intimidade, entre os direitos dos acusados e princípios de ordem pública”, sendo o contrapeso inevitável quando o constituinte não deixou clara a sua hierarquia.
* A tendência que se produz é a de reconduzir os interesses sociais a diferentes cláusulas para apresentar o conflito como tendo ocorrido entre cláusulas diferentes. O problema reside em canalizar valores ou interesses de forma a motivar um contrapeso que possa favorecer um deles. O exemplo paradigmático vamos encontra-lo na recondução dos direitos económico e sociais à cláusula de igualdade ou a liberdade do parlamente para organizar as despesas públicas ao princípio da separação de poderes, motivando o contrapeso direto entre diferentes cláusulas, recobrindo diferentes valores.
* Dogmaticamente resultam criticáveis tanto o contrapeso de bens em sentido amplo (jurisprudência de valores) como o contrapeso de bens em sentido estrito (jurisprudência dos interesses). O juiz difere a decisão de constitucionalidade pata 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 pata se chegar, mediante o contrapeso, à solução correspondente.
* Hart disse: “a decisão judicial, especialmente em assuntos constitucionais, envolve muitas vezes uma escolha entre valores morais, e não apenas entre um único princípio cardeal; será de todo impensável acreditar que quando o significado da lei não resulta claro, a resposta se encontra sempre na modalidade”. Chegados a este ponto os juízes terão de proceder de novo a uma escolha, que não é nem por isso arbitrária nem mecânica; e aqui, muitas vezes, acabam por demonstrar as virtudes típicas do sistema judicial: a especial adequação da decisão jurídica explica a razão pela qual alguns se mostram relutantes em qualificar a atividade judicial como legislativa. Essas virtudes são: a imparcialidade e a neutralidade na identificação das alternativas; a tomada em consideração do interesse de todos aqueles que poderão por estas resultar afetados; e uma preocupação em estabelecer um princípio geral aceitável como base racional da decisão, sendo porem sempre possível uma conceção plural desses princípios. Perante este quadro, não resulta demonstrado que esta seja única decisão correta. Mas pode tornar-se aceitável na medida em que representa o produto racional de uma escolha imparcial e fundamentada. Nisto consiste a ponderação e o contrapeso que caracterizam o esforço da justiça em relação aos interesses contrapostos”.
* Mas não é esta a única critica dirigida contra o contrapeso de bens em sentido estrito. Insiste-se na extrema flexibilidade e simplicidade que a casuística do método pode comportar. EA sua simplicidade e apelo ao sentido comum são sedutores, as repostas 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, expandido a discricionariedade judicial, libertando-a substancialmente da necessidade de justificar e persuadir”.
* Ambas estas críticas têm a sua razão de ser. Mas não cremos que tanto o TC como os tribunais comuns excedem a sua função quando em virtude da situação fáctica que se apresenta como objeto do recurso se venha a desaplicar uma norma que continuará a aplicar-se nos restantes casos, porque não desconforme à constituição.
* A única diferença entre a interpretação e o contrapeso de bens constitucionais reside na diversidade das hipóteses congemináveis, que correspondem a interesses reais. Estas por serem tao variadas tornam praticamente inútil a formulação de um princípio geral ou neutral.
* A dificuldade, escreve Hand, “não se produz por ignorância, mas pela ausência de parâmetros de decisão”. Daí a origem da critica de que os juízes não têm nem os meios nem a competência para contrapesar e ajustar interesses socias relevantes. Só quando os interesses em jogo resultam comparáveis, por serem qualitativamente iguais, a doutrina do *balancing* encontraria uma justificação cabal.
* A falsa recondução dos interesses em jogo à alternativa interesse público-interesse privado, a impossibilidade de equilibrar interesses por natureza dispares, 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 critica de fundo é invariavelmente a mesma: a mediação dos valores subjetivos do juiz no momento em que leva a cabo o contrapeso.
* A dependência do caso, o problema que se está a julgar, transforma a ponderação numa operação finalística, num comando de intensidade aberta, dependendo do peso e contexto dos argumentos utilizados na fundamentação. Na terminologia do TC federal alemão: “os DF gozam de esferas de diferente intensidade de proteção”, desde a teoria dos direitos preferentes até a teoria de um mínimo existencial, i.e., de um DF a prestações fácticas positivas, pelo que a ponderação resultaria da própria essência dos DF.
* Como recorda Alexy: “o procedimento de ponderação é racional, mas trata-se de um procedimento que em cada caso conduz exatamente uma única solução. Qual seja a solução que depois de uma ponderação vem considerada como correta, depende de valorações que não resultam controláveis pelo procedimento de ponderação”. Neste sentido, a ponderação apresenta-se como um procedimento aberto num sistema aberto, qualquer que seja a dimensão dessa abertura. Por isso o método deverá ser residual, complementar, não se sobrepondo ou substituindo nunca a outros métodos ou ao texto constitucional.

## **A 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, como é o caso das normas substantivas da constituição, que protegem tanto os DLG como os DESC, suprimem as decisões conceptuais lógicas, transformando o juiz num árbitro de um conflito de normas, e o estado, assente no equilíbrio, no diálogo e na cooperação com os outros, poderes públicos e cidadãos.
* É isso basicamente o que Dworkin pretende significar com a sua distinção entre princípios e argumentos finalísticos. O Tribunal Supremo, ou qualquer tribunal, não pode proceder ao contrapeso 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.
* A lei de ponderação de Alexy exprime essa mesma objeção. Pelo recurso a uma suposta regra de “precedência prima facie” dos direitos individuais face aos bens coletivos e sociais, pretende Alexy justificar o contrapeso de bens constitucionais como constituindo uma estrutura estritamente neutral. A existência de uma regra de proporcionalidade apela a um cálculo de otimização segundo o modelo da teoria dos jogos, visível na ordenação dos dois princípios de justiça formulados por Rawls: o que vai do princípio da diferença até à exigência de uma igualdade de oportunidade.
* Estes critérios correspondem ao princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. Este afirma que a intervenção do legislador, limitativa dos DF, deve resumir-se a uma intervenção necessária, adequada e proporcional, uma espécie de limite dos limites, funcionado a proporcionalidade como método de racionalização da limitação dos DF.
* Deste modo, quanto mais um direito resultar limitado em função do contrapeso efetuado pelos tribunais tanto mais se justificaria um controle de razoabilidade. E foi assim que a dogmática jurídica alemã dos DF 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 carácter utilitário. A tentativa mais conseguida é a de Pound (“assegurar tudo quanto se pode a todos os interesses com o menor sacrifício de cada um deles.”) substituindo o critério qualitativo por um quantitativo.
* Um critério, segundo Alfange, que se mostra preferível à utilização, pura e simples, da inversão do ónus da prova, que acompanha a versão moderna do princípio da presunção de constitucionalidade na procura de alternativas menos gravosas para o caso que se está a julgar. Um critério ou método 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.
* Na Alemanha, chegou-se a contrapor o “contrapeso de bens constitucionais” ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da concordância prática. Enquanto o primeiro, ao mover-se num plano de abstração quase que absoluto, tende a produzir uma hierarquia de valores e, portanto, a anulação de um deles. Os segundos, derivados do princípio da unidade da constituição (apresentam-se como um só e único princípio, constituindo a proporcionalidade em sentido estrito apenas um dos elementos integrantes do conceito de proporcionalidade) dependem essencialmente das circunstâncias concretas do caso a que se aplica. Supõe que os bens juridicamente protegidos devem poder coordenar-se entre si, de tal sorte que cada um alcance a sua efetividade, traduzindo-se numa otimização de ambos: amos os bens devem ser limitados para que possam gozar todos eles de uma virtualidade ótima, de forma a que, no resultado, todos possam contribuir para a manutenção da decisão. Neste sentido, o princípio da concordância prática demarca-se quer do contrapeso em sentido estrito, quer do contrapeso em sentido amplo, que utiliza conceitos como prioridade, mais valor, etc. de certos bens ou interesses constitucionalmente protegidos.
* Destes pressupostos decorre ainda a necessidade de se distinguir a 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. O mesmo é dizer que o princípio da proporcionalidade pressupõe um contrapeso prévio. Como observam GC e VM, só pode falar-se em restrição ao exercício dos DF depois de determinado o seu conteúdo essencial ou âmbito central de aplicação. Este último limitaria na apenas o espaço de intervenção dos tribunais de justiça constitucional, mas ainda a liberdade de conformação do próprio legislador. Inadmissíveis mostram-se apenas aquelas delimitações legislativas consideradas demasiado pesas e irrazoáveis.
* O contrapeso resulta adequado apenas se puder vir aplicado de forma diferenciada de modo a proporcionar ao juiz ou operador jurídico um diferente liberdade de conformação. Nas palavras de Denninger: os valores só podem ser relativizados por outros valores. Porém a precedência dessa ponderação suprime as decisões concetuais logicas. O TC Federal tem evitado até agora e, expressar-se claramente de forma generalizada sobre o sistema de valores como uma hierarquia de valores.
* Nesta medida, quando o TC adota uma teoria da ordem de valores, fundado nesta a sua praxis deliberativa, aumenta o perigo de um irracionalidade da decisão, funcionalizada à custa de argumentos normativos, pela equiparação contra-intuititiva, mais do que discutível, de princípios jurídicos com bens, fins e valores constitucionais. As garantias constitucionais de liberdade encontram-se em concorrência com princípios, que são contraditórios não só no seu conteúdo como ainda em toda a sua estrutura, tais como a funcionalidade das medidas de direito penal, a capacidade funcional das empresas e da economia. O TC Federal transforma estes bens coletivos em bens diretamente constitucionais que o legislador se vê obrigado a aplicar com custos determinados pela respetiva situação.
* Neste sentido, o critério de razoabilidade não é concebível nem utilizável em termos de demonstração lógico-dedutiva ou por referência a considerações de ordem técnica para passar a ser utilizado com base numa escolha de valores.
* A esta crítica de falta de argumentos objetivos que possam medir o contrapeso ou ponderação de bens no caso concreto responde Alexy pelo recurso à teoria dos princípios.
* O princípio diz respeito a todas as normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, de acordo com as possibilidade fácticas e jurídicas. Uma definição que implica o recurso ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo com os seus 3 subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
* A questão radica em saber de que modo e porque 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 um significado assertivo de postular que a natureza dos DF segue logicamente o princípio da proporcionalidade. Ao mesmo tempo, o recurso aos 3 subprincípios permite-nos definir o que deverá entender-se por otimização no quadro da teoria dos princípios.
* Deste modo, o subprincípio da idoneidade afirma que a intervenção no DF deve traduzir-se na prossecução de algum fim legitimo. Neste sentido, o recurso a este subprincípio serve para demonstrar não a adequação dos meios, a sua aptidão para atingir o fim visado, mas a aptidão de decidir face a um conjunto de meio quais os que devem ser selecionados como não idóneos e, como tal, excluídos do procedimento de ponderação. É um critério que exclui os meios não idóneos.
* O princípio da necessidade exige que de dois meios igualmente idóneos seja escolhido o mais benigno face à realização do direito afetado. Neste caso, ao legislador não lhe estará categoricamente prescrito o mio 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 meio igualmente benigno, ou meio um pouco mais benigno. Quer dizer, não se trata de uma otimização face a um ponto máximo, mas simplesmente da proibição de sacríficos desnecessários para os direitos fundamentais.
* A idoneidade e a necessidade consistem numa relação meios/fins cujo juízo pressupõe frequentemente problemas de prognósticos muito complicados. Daí a cogência do recurso a um terceiro subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito. Este traduz-se na determinação da medida da limitação oponível aos direitos, uma medida que não é determinada *ex ante*, mas *ex post*.
* E nessa ordenação dos bens no caso concreto que ocorre a ponderação. Mediante recurso a este critério argumentativo estabelece-se qual dos 2 princípios possui uma maior dimensão de peso em conformidade com as circunstâncias concretas do caso. O princípio de maior peso tomará então 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. Se se quiser, 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 mostra-se idêntico à lei da 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.
* Deste modo, a lei da ponderação de Alexy resulta composta pro 3 elementos ou fatores:
* 1º importa definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios;
* 2º haverá que definir a importância resultante da satisfação do princípio contraposto que justifica a afetação ou não satisfação do outro;
* 3º em alguns casos, com a ajuda do procedimento de ponderação, trata-se de procurar um resultado racional, devendo a solução encontrada mostrar-se suficiente como critério de justificação da existência do procedimento de ponderação como método de decisão.
* A lei de ponderação de Alexy confluiu para uma tese mais moderada. Por isso, sublinha Alexy a necessidade de se determinar a importância concreta da margem de ação do legislador, já que esta noa se apresenta como ilimitada, antes resulta fiscalizável, no que concerne à intensidade de intervenção e aos elementos que deve integrar a respetiva fundamentação. Quer dizer, a proteção dos direitos poderá assumir diferentes totalidade se diferentes pesos consoante a interferência ou lesão possa ser considerada leve, relativamente leve, média ou gravosa.
* Seja como for, diferentemente do que advoga Alexy, o nível de ponderação não deriva unicamente do texto da norma, i.e., do seu enunciado linguístico, mas ainda de uma multiplicidade de outros fatores e do âmbito ou setor normativo da aplicação da norma. O que significa que o conteúdo essencial do direito resulta objetivamente determinado perante os dados do caso, podendo suceder que em caso de conflito face a um interesse jusfundamental do estado, este último possa vir a prevalecer sobre o direito ou bem jurídico implicado.
* O método correto para se sair deste dilema, segundo realistas, é o identificar as policies (argumentos finalísticos) conflituantes, mais do que pretender que apenas uma delas se aplica ao caso, e só depois passar ao contrapeso de bens no caso concreto. Isso leva-nos da dedução unilateral ao contrapeso como forma de racionalização do processo de decisão constitucional. Só que a justificação/ fundamentação jurídica da decisão apresenta-se como estritamente “post-hoc” ou como uma “post-racionalização” de textos.
* Deste modo, 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 de natureza aberta ou “open-texture” retirados da moralidade, da teoria social, das expectativas gerais da comunidade, da competência institucional ou mesmo da simples admissibilidade. Os direitos reduzidos ao contrapeso transformam-se em policies, i.e., em argumentos finalísticos. Torna-se assim necessário distinguir o contrapeso de direitos face a outros direitos do contrapeso de direitos face ao poder.
* No caso do contrapeso de direito face a outros direitos, isso foi feito com sucesso nos EUA, pelo recurso ao princípio geral de igualdade. Desta forma, ninguém poderá ter a pretensão ao reconhecimento de direitos em abstrato, mas apenas nos casos concretos. Saber onde acaba um direito e começa outro terá de ser determinado tendo em consideração as consequências, i.e., traçando a linha da decisão num determinado limite mais do que em outro lugar.
* No que concerne ao contrapeso de direito face ao poder, a tradição e experiência vêm dos EUA. Este foi realizado nos casos do direito à liberdade de consciência e religião, direito de expressão, e direito de associação.

**Direitos individuais**

* Afirma-se que os direitos só existem quando institucionalizados. 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 com razão ou fundamento substancial para a sua realização. Daí a definição de direito subjetivo como poder de vontade ou interesse juridicamente protegido, que corresponde à teoria clássica do direito da inspiração alemã. Aí o conceito de direito subjetivo é descrito a partir de disputa entre duas teorias (a teoria da vontade e a teoria do interesse), a que deverá acrescentar-se uma terceira, a teoria da combinação que se compõe das diversas componentes quer da teoria da vontade quer das teorias do interesse, expressa por Ennecerus/ Nipperdey.
* A teroia da vontade, primeiramente revelada por Savigny, define o conteúdo jurídico-subjetivo do direito como um poder de vontade. A teoria do interesse, formulada por Ihering afirma que o direito subjetivo não corresponde a uma vontade, mas a um interesse individual juridicamente protegido ou a um interesse subjetivamente valorado em termos de fins humanos.
* O conceito de direito subjetivo não se apresenta nem como um domínio de vontade nem como a proteção de um interesse, mas, basicamente, como uma posição jurídica. Esta dupla dimensão do conceito de DF subjetivo compreende uma liberdade de ação, positiva e negativa, de “facere” e de “non facere”, i.e., um direito de cada um fazer ou não fazer algo.
* O direito individual apresenta-se sempre como um feixe ou conjunto de razões heterogéneas. Gizar 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.
* Não obstante, ainda que partindo de uma relação analítica fundada no binómio direito subjetivo/norma jurídica vinculante, o conceito de direito subjetivo apresenta-se como um conceito de enquadramento de difícil definição. Neste sentido, quando se fala sem subjetivação de direitos, deveres ou posições jurídicas, referimo-nos à possibilidade de fazer valer esses direitos, deveres ou posições jurídicas em tribunal.
* Aqui a expressão direito deve ser rigorosamente interpretada como a abreviação do conceito de direito subjetivo. O adjetivo “subjetivo” corresponde à qualificação do direito. A qualificação de direito subjetivo deve ser atribuída a todo o direito que possa ser acionado em justiça.
* O objeto de proteção das normas radica na defesa dos direitos ou bens jurídico 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 direito a partir do conceito de norma de direito objetivo.
* A esta luz, a exigibilidade judicial resulta determina como uma propriedade das posições jurídicas. A existência dessa posição jurídica apresenta-se como um argumento a favor das respetiva exigibilidade judicial. Existe um ónus de argumentação a favor da exigibilidade. Em caso de dúvida, parte-se do pressuposto de que os DF representam direitos subjetivos.
* De acordo com Alexy pode construir-se um modelo a 3 níveis:
* Num primeiro nível atende-se às razoes que fundam o direito subjetivo;
* Num segundo nível o direito subjetivo é interpretado como uma posição jurídica;
* Por último, num 3 nível, proceder-se-á à análise da possibilidade do seu acionamento em justiça, i.e., a questão da sua “justiciabilidade”.
* Deste modo, identificativo da presença de um direito subjetivo é, segundo Kelsen, a possibilidade da respetiva coercibilidade judicial. Por justiciabilidade entende-se a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito. 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 intermedio de uma ação especifica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa.
* Partindo da teoria dos princípios, tal como esta quedou formulada em Dworkin, pretende Alexy demonstrar que na determinação da relação entre os direitos individuais e os bens coletivos, intercede necessariamente um mecanismo de ponderação. Isto devido ao seguinte:
* Em caso de colisão entre os direitos individuais e os bens coletivos, a solução encontra-se no recurso a um procedimento de ponderação. Alexy recorre aqui a Esser com a sua distinção entre regras e princípios. Os princípios apresentam-se como mandatos de otimização. As regras apresentam-se como mandatos definitivos.
* Daqui resulta uma consequência relevante: os princípios como mandatos de otimização ostentam uma diferença de grau. As regras como mandatos definitivos ou são cumpridas ou não.
* Os direitos individuais ostentam ou o carácter de princípios oi o caracter de regras. E, segundo Alexy, isso significa que não decorre daí um mandato definitivo para a sua realização, antes um direito “prima facie” 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.
* Neste contexto, individualiza Alexy:
* Direitos “prima facie”, que correspondem a princípios;
* Direitos definitivos, que correspondem a regras jurídicas.
* Apenas os direitos corporizados em regras jurídicas possuem o carácter de mandatos definitivos. É 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 podem compreender ainda direitos coletivos.
* 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.
* Esta “precedência prima facie geral” dos direitos individuais face aos bens coletivos gerais traduz-se num relação de precedência condicionada, devendo indicar-se, no caso as condições sob as quais um princípio precede o outro.

**Bens coletivos**

* O bem coletivo distingue-se do direito individual fundamentalmente pela sua natureza não distributiva, quer no plano factual, quer no plano jurídico. O bem coletivo define-se por possuir um estrutura não distributiva. Essa estrutura identifica-se pela não exclusividade de gozo. Esse bem não pode ser devidido nem decomposto em partes individuais. É um bem não distributivo.
* É, neste quadro, que Alexy apresenta a seguinte formulação no que concerne aos bens coletivos:
* Relação fins/meios I: o direito individual apresenta-se como meio exclusivo de realização de um bem coletivo;
* Relação fins/meios II: o bem coletivo apresenta-se como meio exclusivo de realização do direito individual;
* Relação de identidade: os bens coletivos ostentam um status idêntico ao dos direitos individuais;
* Relação de independência: entre os direitos individuais e os bens coletivos não intercede nenhuma relação meios/ fins nem nenhuma relação identidade.
* De certo modo, a teste de Alexy da relação entre os direitos individuais e os bens coletivos visa dar resposta à tese norte-americana defendida por autores como Rawls ou Dworkin segundo a qual na ponderação de bens não poderiam ser contrapesados direitos individuais face a fins coletivos gerais. Um direito individual não pode ser contrapesado nunca face a um bem coletivo geral. O mesmo é dizer que o direito individual não pode ser interpretado nunca como um meio para a realização de um bem coletivo geral. Daí a afirmação de Dworkin da separação dos princípios dos argumentos finalísticos.
* Alexy estabelece uma regra de precedência “prima facie geral” dos direitos individuais face aos bens coletivos gerais. A regra geral “in dúbio pro libertate” ou a teoria norte-americana das “preferred freedmons” ilustram bem este princípio da “precedência prima facie geral” dos direitos individuais face aos bens coletivos gerais.

# A VIS EXPANSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **DELIMITAÇÃO DO CONCEITO**

* A aplicabilidade direta dos DLG determina para o juiz um direito de acesso à CRP. A questão radica em saber se essa proteção jurídica ofertada aos DF é essencialmente de cariz subjetivo ou objetivo.
* Esta questão foi abordada pelo TC Federal alemão no acórdão Luth. 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, levou o TC Federal a determinar 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 como normas objetivas do ordenamento jurídico constitucional, quedava assim estabelecida. Os DF informam uma ordem de valores objetiva, i.e., são dotados de efeitos imediato em relação a terceiros.
* De acordo com o TC federal os direitos e liberdades irradiavam para as áreas em que anteriormente não eram aplicáveis na suas funções clássicas ou tradicionais, i.e., para as relações entre privados reguladas pelo direito e civil e para o âmbito de interpretação e aplicação do direito privado, que passaria a ser interpretado e aplicado em harmonia com o direito constitucional positivo. A questão da interpretação e aplicação dos direitos e liberdades fundamentais nas relações jurídico-privadas conduziria a uma submissão do direito privado à Constituição.
* O núcleo dos direitos de liberdade não se encontra unicamente contido nas doutrinas da autonomia privada e do direito subjetivo tal como estas haviam quedado expressas no século XIX por Windscheid. Essa mudança de significado na interpretação e aplicação dos DF supera a conceção tradicional dos direitos subjetivos públicos oponíveis unicamente ao estado e a outras entidades públicas.
* Assim, 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 comercio jurídico privado. No art. 18, nº1 CRP afirma-se que os preceitos relativos aos DLG gozam de eficácia “erga omnes”, querendo com isso significar que o cidadão, sem necessidade de medição concretizadora por parte dos poderes públicos e 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, se existir violação da clausulas de não discriminação enunciadas no nº2 do art. 13º CRP, os tribunais deverão anular essas clausulas por serem inconstitucionais, uma vez que o conceito só se aplica a tos de poder público, mas por serem contrárias à ordem público constitucional. O tribunal, todavia, não configura o problema como uma questão autónoma de constitucionalidade.
* Nestas circunstâncias, o conceito de ordem publica pode ser apreciado de duas perspetivas:
* Ordem pública “stricto sensu”, i.e., o conjunto das regras das quais a vida social não seria mais pensável. A esta luz, o conceito de ordem pública apresenta-se como um sinonimo de paz social.
* O conceito de ordem pública diz ainda respeito às trocas e doações de bens privados desde que estas se referiam a aspetos considerados fora do comercio jurídico.
* Uma e outra vêm qualificados de bens constitucionalmente indisponíveis. São assim de direito público todas as regras relativas ao estado de pessoas à repartição da propriedade sobre o solo e ainda certas operações económicas sobre a propriedade.

## **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

**Contexto histórico e atual**

1. A ideia de opor o direito público ou direito privado só aparece no seculo XVIII;
* Kelsen criticava o caracter ideológico desta distinção, que conduziria a considerar que apenas as relações privadas se encontrariam verdadeiramente submetidas ao direito, ao passo que as relações públicas se converteriam em relações de autoridade nas quais o governo se consagraria à realização do fim do estado, i.e., a necessidade contra a lei.
* Esta summa divisio arranca da ideia de que o direito público é um direito especial, regulador dos direitos e deveres dos titulares do poder público esquecendo que muitas das normas de direitos constitucional têm como destinatários entidades privadas, tais como os preceitos constitucionais relativos aos DF ou sobre a organização económica.
* Desde a emergência do estado constitucional que os juristas se interrogam sobre o conteúdo com dignidade constitucional, i.e., aquilo que se designa por direitos e liberdades jusfundamentais: o conjunto das prerrogativas, individuais e coletivas, que constituem, em graus diversos, manifestações de valores essenciais, que individualizam uma determinada cultura jurídico-política. A liberdade de comercio e da indústria, a liberdade de associação, o direito à reserva da vida familiar e privada, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito a um processo rápido e equitativo, todos estes se apresentam como ilustrações de tais valores.
* Quando nos referimos à constitucionalização do direito privado, temos em vista esta última aceção, i.e., a identificação dos direitos como princípios supremos do ordenamento jurídico-constitucional ao obrigo de qualquer tentativa de relativização, o que conduz a uma apreciação das relações entre o direito constitucional e o direito privado.
* A esta relação não é estranha a afirmação do privado ou supremacia da constituição. Na verdade, na conceção clássica dos direitos estes vinham caracterizados como direitos de defesa, orientados contra o poder executivo e contra a administração pública. A esta luz, o direito constitucional não poderia assumir uma função protetora ou garantidora dos direitos e liberdades face ao direito privado, que aparecia como baluarte autêntico da liberdade individual. Por essa época, o direito privado regulava as relações particulares do ponto de vista da liberdade individual à margem das relações políticas e constitucionais. O direito privado deteria uma primazia material sobre o direito constitucional.
1. É no final da I Guerra Mundial que a relação entre o direito privado e constitucional 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. Essa mudança não foi acompanhada por uma alteração na função do direito privado. Daí que, segundo Hesse, a superação dessa situação de tensão radique na passagem de uma originaria justaposição amplamente incomunicada entre esses dois âmbitos jurídicos para uma relação de recíproca complementaridade e dependência.
* A tese de Hesse, no que concerne à relação entre o direito constitucional e o direito privado, é a de que, na hipótese de conflito prático, seria necessário a interposição ou mediação do legislador ou do poder judicial, que se afiguraria como a mais adequada à tutela e garantia efetiva dos direitos e liberdades face a lesões procedentes do âmbito não estadual. Por âmbito não estadual entende-se aqui a autonomia privada, i.e., as relações jurídico-privadas dos cidadãos entre si. Classicamente esta vinha identificada como uma esfera livre da intervenção do estado no âmbito do direito contratual.
1. Esse significado tradicional do princípio da autonomia privada, como direito essencialmente caracterizado pela sua natureza negativa ou defensiva face ao estado e outras entidades públicas, mostra-se hoje insuficiente se se pretende ofertar uma garantia jurídica acrescida da liberdade civil como parte da liberdade pública, i.e., numa palavra, do conceito de soberania.
* Hoje, de acordo com o disposto no art. 18º, nº1 CRP, determina-se que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”. quer dizer, a constituição limita-se a garantir a vinculatividade dos DLG não apenas na esfera pública como ainda na esfera privadas, mas não já no que concerne aos DESC.
* Quanto aos institutos clássicos do direito privado, a CRP não deixou de garantir os mais básicos e essenciais: casamento, filiação, família, propriedade direito de iniciativa privada. Mas já no que concerne aos DESC a doutrina tem vindo a caracterizá-los como garantias institucionais ou princípios ordenadores objetivos da ordem jurídico-constitucional.
* No caso das garantias constitucionais, o sentido originário do instituto era o de obrigar o legislador a proteger a essência de certas instituições forcando-os a adotar medidas estritamente conexionadas com o valor social eminente dessas instituições. Dai que seja vista como natural a passagem da teoria das garantias constitucionais para a teoria dos deveres de proteção doestado, sobretudo a cargo do legislador. Poderá então falar-se nos DF como instituto e da liberdade como instituto.
* 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. Hesse recorda, se o sistema de calores 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 entre em contradição com a constituição e as decisões das autoridades públicas podem ser declaradas nulas pelo TC. As normas de direito constitucional relativas aos DF 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.

## **RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

* O recurso ao conceito de renuncia a DF constituiu nos anos 50 e 60 um refúgio para todos aqueles que defendiam a tese da eficácia mediata dos direitos e liberdades na esfera jurídico-privada. Mas também porque no campo do direito público a questão acabou por adquirir um relevo jurídico particular no que concerne às chamadas situações de estatuto especial, vistas como um “aliud” face ao direito constitucional.

1ª questão: relação jurídica inter-privados.

* Esta não se traduz numa desvalorização ou posto em perigo do princípio da autonomia privada. Se as pessoas nas suas relações recíprocas não puderem renunciar às normas de DG 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 de uma posição constitucionalmente inadequada 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 “motu proprio” aos cidadãos.
* Depois, porque em caso de colisão entre dois ou mais bens jurídicos, tutelas por normas constitucionais de idêntico estalão, o que se pede é que o legislador ou o poder judicial ordenem critérios objetivos de prioridade e harmonização. Se se quiser, o que se pergunta é ate que ponto a legitimação para se ser titular de direitos se encontra na livre disposição do respetivo titular. Mais: qual a importância de que se reveste a respetiva concordância ou consentimento face à admissibilidade de uma atuação/intervenção por parte dos poderes públicos no âmbito de proteção dos direitos e liberdades implicados.
* Deste modo, não reentra no conceito de renúncia a DF as situações que o particular detém um direito mas não faz legitimamente uso dele. P.e. ninguém pode renunciar ao direito de voto nem tao pouco ao seu livre exercício mesmo que não faça sistematicamente uso desse direito.
* Nesta perspetiva, declarações de concordância ou de consentimento, no caso de tratamentos de saúde, na recolha e tratamento de dados pessoais, não constituem renuncias a DF.
* De resto, os direitos não valem unicamente na sua função defensiva ou negativa, como direitos subjetivos. Os direitos constituem ainda valores, princípios objetivos da ordem jurídico-constitucional. O que importa é que essa concordância ou consentimento resultem claramente reconhecíveis, i.e., que sejam efetuados de modo voluntario, isento de pressões ou de outras formas de coação ilegítimas.
* Se uma medida tem lugar com o consentimento legitimo do respetivo titular não há interferência no exercício do DF, como também não se apresenta como uma forma de renuncia a direitos fundamentais. O equívoco resulta da circunstância de se confundir a questão da legitimidade do titular do direitos com a questão da vinculação dos poderes públicos.
* No campo das relações de estatuto especial, a constituição tem uma palavra a dizer. Aqui não existe renuncia a DF, unicamente a sujeição de um estatuto jurídico particular constitucionalmente fixado e delimitado.
* Estes estatutos não constituem um “aliud” face ao direito constitucional. Pelo contrário, devem encontrar-se expressamente determinados na constituição ou, pelo menos, devem ser pressupostos por esta. Não há aqui renúncia a DF, nem tao pouco limitações especificas ou implícitas de DF, incompatíveis com os pressupostos de um estado de direito democrático e constitucional.
* E se se trata de situações jurídicas de estatuto especial, como as designa Hesse, é porque estas se distinguem das situações cívicas gerais. E são especiais no sentido em que prescrevem de modo simétrico e nivelador uma relação mais estreita do particular com os poderes públicos criando deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais de outros cidadãos. Por isso são estalecidas tanto no interesse do serviço como no interesse do particular.
* Mas haverá que não confundir a questão da legitimidade com a questão da vinculação dos poderes públicos. É que esse estatuto é restrito ao âmbito da função e tarefas que lhe forma confiados ou à situação em que se encontram os particulares que caiam na alçada desse tipo específico de relações de status.
* Esta questão tem sido estudada em sede da teoria das restrições aos DF. Preferimos abordá-la em sede de renuncia a DF, não apenas porque extravasa a matéria do funcionalismo público, onde classicamente se inseria, mas também porque a coberto do discurso dos deveres, do que se trata é de advogar não por uma limitação/ restrição de direitos, constitucionalmente admissível, desde que determinada na constituição, ou pressuposta por esta, antes por uma renuncia, autorrestrição ou autolimitação de direitos e liberdades fundamentais, com a qual não se pode concordar.
* Primeiro, porque os direitos e só deveres não se encontram no mesmo plano. A linguagem do dever não é um discurso habitual em sede de DF. Antes, os deveres devem ser vistos como limites ao exercício dos DF. Depois, porque essas relações de estatuto especial devem ser fundamentadas ou pro adesão voluntaria dos próprios ou por requerimento com base na lei. E devem ser fundamentadas na estrita medida em que se distinguem das relações jurídicas gerais. Assentam numa relação situacional, i.e., num estatuto especial. Não são situações submetidas a um poder, antes condições de vida especiais, com uma legalidade própria material e especial.
* As relações de estatuto especial não se encontram de fora do direito constitucional. São pressupostas pela constituição. E são fundamento de direitos e deveres especiais, posto que se inserem o particular num âmbito de vida especial. Produzem efeito fundamentador de status face ao status cívico geral. Por isso são qualificadas de estatuto especial. E não existe uniformidade quanto a esses estatutos. Em comum entre eles existe apenas a circunstância de se oporem ao estatuto cívico geral.
* E são situações que necessitam de ser fundamentadas, já que se traduzem em limites ao exercício dos DF. Essa limitação e/ou restrição de direitos tem de ter por base a constituição, i.e., tem de encontrar-se positivamente determinada na constituição ou encontrar nela o seu fundamento e medida.
* Deste modo, no caso dos militares, agentes militarizados e dos serviços e forcas de segurança, dispõe o art. 207º CRP, sob a epígrafe de restrições de direitos que a “lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.”
* Não assim na hipótese dos magistrados e dos diplomas. Aí a constituição não prevê nenhuma autorização para a restrição de direitos ou liberdades jusfundamentais, somente em caso de conflito prático é que se poderá recorrer a uma delimitação de direitos ou à imposição de deveres específicos, para alem daqueles que resultam objetivamente do exercício constitucional e legal das respetivas funções, de acordo com o princípio da proporcionalidade. O mesmo sucede no que diz respeito à função pública. Esses estatutos são parte integrante da ordem jurídico-constitucional e não contrário.
* Por essa razão, em caso de conflito, haverá que proceder a uma tarefa de concordância prática. Os direitos não devem ser sacrificados às relações especiais de poder, nem as garantias constitucionais desses direitos devem tornar impossível a função dessas relações. Em caso de conflito, haverá que aportar numa efetividade ótima entre ambos os polos dessa relação, i.e., entre o exercício dos DF e a funcionalidade das relações de estatuto especial
* Em caso de dúvida, a relação de estatuto especial deve ser interpretada à luz dos DF mesmo que isso acarrete dificuldades e inconvenientes ao funcionamento da própria administração pública.
* Por tudo isto, a relação de estatuto especial deve encontrea.se expressamente determinada na constituição ou encontrar nela o seu fundamento e medida. A particularidade dessa relação de estatuto especial requer uma delimitação e não uma restrição de DF em caso de conflito prático. Esta última só se mostrará admissível se resultar constitucionalmente exigível, i.e., se resultar constitucionalmente determinada e especificada.
* De contrário, só serão admissíveis limitações aos DF que decorram do imperativo de solucionar conflitos práticos mediante recurso a um procedimento de ponderação. Essas relações devem ser particularmente justificadas pela natureza da relação jurídica e na qual se inserem. A redução do direito segue aqui as regras previstas para o status cívico geral, i.e., genericamente, o disposto no artigo 18º, nº2 e 3 CRP.

## **A 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, nº 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 “supraindividuais”, 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 torna-lo irreconhecível.

## **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 garantis 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 redunda numa questão de grau.

# O FUTURO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## **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 quedou 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) consequentemente, 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.

## **A AÇÃO INSUBSTITUÍVEL DOS TRIBUNAIS**

* A posição dos tribunais no sistema jurídico obedece a dois elementos fundamentais: positivação e democratização. Ambos desenvolvem efeitos recíprocos. A positivação 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.