

# SEBENTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS



SEBENTA DA AUTORIA DE:

- VANESSA VALE
- CARLOTA MENDES MARTINS

# Capítulo I – O conceito de Direitos Fundamentais

## 1. A ideia

Atualmente, não se apresenta tarefa fácil definir em termos universais o conceito de Direitos Fundamentais, sendo que tal definição varia de Estado para Estado, de nacionalidade para nacionalidade. No entanto, existem duas designações atuais: “liberdades públicas” e “direitos fundamentais”.

O processo de “fundamentalização” ou “positivação” e consequente “constitucionalização” dos direitos e liberdades jus-fundamentais, reconhecidos a cada cidadão numa determinada ordem jurídica individual e concreta, começou em 1628, em Inglaterra, com a Petição dos Direitos, seguida da Declaração de Direitos.

**Século XIX:** o princípio da soberania nacional limitou e impôs o respeito dos direitos jus-fundamentais unicamente ao Estado, que os reconhecia e instituíra.

**Século XX:** proliferação de numerosas Convenções de carácter, não só regional, como universal. (DUDH, DEDH, Carta dos Direitos Fundamentais da EU, Carta Americana dos Direitos do Homem...).

Destas Declarações/Convenções/Cartas, resultou uma obrigação por parte dos Estados de respeitarem dentro do seu território, seja porque meio for, os direitos por estas proclamados e defendidos. → **ordem jurídica supranacional**

No entanto, estes direitos jus-fundamentais tendem a penetrar em todas as esferas da ordem jurídica interna, independentemente da sua natureza (pública ou privada). → **carácter intranacional**

O crescimento do leque de direitos e liberdades jus-fundamentais fez-se acompanhar, em alguns Estados, pelo reconhecimento de **Direitos Sociais**.

Temos, assim, duas dimensões:

### 1) **Tradicional** dos Direitos, Liberdades e Garantias

Venham concebidos com 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**. Consequentemente, surgiu a *Bill of Rights* (1689), Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e CRP (1822 e 1838), que se traduziam numa enumeração mais ou menos exaustiva dos domínios em que a decisão dos poderes públicos não podia penetrar.

### 2) **Reconhecimento dos Direitos e Garantias Sociais**, tendo, frequentemente, obrigado os poderes públicos intervir em proveito dos governados. Traduzem-se, por parte dos Estados, de uma obrigação de

*facere*, uma atividade positiva (uma ação), por parte dos poderes públicos. Aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC) está subjacente uma ideia de solidariedade nas relações interpessoais, ou seja, o Homem socialmente situado. É uma solidariedade que se estende, não apenas no plano interno, mas também no plano internacional e supranacional (determinadas Organizações Internacionais, como a UNESCO, OMS...)

Esta evolução na conceção dos direitos fundamentais, no pós II Guerra Mundial, ficou designado como “*Rights Evolution*”:

- Direitos fundamentais como **pré-condição**, ou seja, são anteriores ao Estado e impõem-se perante este;
- Como resultado de uma **teoria de interpretação**, em que qualquer ação dos poderes públicos tem de preservar os direitos fundamentais. A interpretação implica a ordenação dos princípios jurídico-constitucionais interpretativos, que garantem a efetivação desses mesmo direitos;
- Como a **finalização ou a ética social** da constituição, que chega também ao direito constitucional com o abandono dos programas condicionais (“se”, “então” ...) pelos programas finalísticos (meios/fins). Esta racionalidade finalística leva a que, em termos de interpretação, os **métodos dedutivos sejam abandonados em prol dos métodos de concretização**;
- Os direitos fundamentais são elevados, na “Teoria dos Direitos” de **Dworkin**, a **norma fundamental do sistema jurídico**, assentando nos princípios da **dignidade da pessoa humana e da igualdade** preferente com os valores supremos do ordenamento jurídico-constitucional;
- O sistema jurídico passa a ser **aberto**, formado por normas, princípios, valores e formas de argumentação.

## Minorias

As minorias definem-se pela sua cultura, ou seja, pelo 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 uma pertença comum.

**A noção de minoria não revela a ordem do quantitativo, mas sim do qualitativo.** Por exemplo, um indivíduo pode constituir, *per si*, uma minoria, na estrita medida em que o seu sistema de valores difira do das outras pessoas.

Pergunta-se: deverá, oficialmente, reconhecer-se o direito das minorias?

A favor das minorias, as diversas ordens jurídicas preveem delitos de discriminação a partir do momento em que toda e qualquer distinção ilegítima opere entre pessoas, com base na sua ascendência, sexo, raça, língua...

**Artigo 13º nº2 CRP**→ A nossa ordem constitucional, porém, não prevê uma tutela específica para as minorias enquanto tais, mas garante, em seu lugar, uma tutela constitucional geral dos direitos e liberdades fundamentais., através de uma cláusula não discriminatória.

Os direitos fundamentais aqui decisivos atuam como “direitos de defesa” ou como “direitos de proteção”, a cargo do Estado, que, por sua vez, se assim o entender, poderá determinar uma tutela específica para os grupos em questão.

## 2. **A experiência histórica**

**Alemanha:** não se pode reconhecer direitos naturais ao indivíduo que sejam anteriores ao Estado, apenas “direitos subjetivos” (públicos), concedidos pelo Estado. Apesar do processo ter sido diferente, **os direitos foram garantidos através do Estado, mas não contra o Estado.**

**França:** reconhece direitos de participação, direitos estabelecidos ou garantidos através da lei. **Os direitos foram garantidos através da lei, mas não contra a lei.**

**EUA:** conceção de direitos como “positivados” e “garantidos” através de Constituição e do poder constitucional. **São direitos pré-constitucionais que se impõem ao próprio Estado.**

**Resto da Europa:** a conceção inicial assentava na soberania do Parlamento e do Estado. No pós-1945, o **legislador deixa de ser o defensor dos direitos, passando essa função para o poder judicial.** Os direitos fundamentais passam a ser definidos como uma **proteção contra a lei.**

**ATUALMENTE:** Democracia dos Direitos Fundamentais (sentido moderno da afirmação dos direitos fundamentais):

- “Constitucionalização” dos direitos civis;
- Incorporação desses direitos num processo de controlo de normas, tendo por consequência a limitação da autonomia política do legislador;
- Fortalecimento do controlo da Administração Pública.

Tudo isto implica uma fundamentalização dos direitos, seguida de uma constitucionalização e, segundo o professor Gomes Canotilho, uma positivação, incorporando na ordem jurídica positiva os direitos considerados “naturais” e “alienáveis” ao indivíduo.

## 3. **O Contexto Português**

Vamos seguir a periodização proposta pelo professor Jorge Miranda.

### 1) Período Liberal (1822-1926)

- Foi considerado um período de ruturas, avanços e retrocessos;
- Ideologia liberal clássica: liberdade, segurança e propriedade;
- Constitucionalismo republicano propõe, pela primeira vez, uma cláusula aberta de direitos fundamentais;
- Direitos Fundamentais são vistos na sua vertente pública.

## 2) Período Ditatorial (1926-1974)

- Além dos direitos liberais, surgem, também, os direitos económicos e sociais, fruto da ideologia corporativista e intervencionista do Estado Novo;
- Os direitos e garantias individuais dos cidadãos (em sentido clássico), eram apenas tolerados pelo Estado, não tendo validade pré-Estatal nem pré-Constitucional.

## 3) Período atual (inicia-se após o 25 de abril e institucionaliza-se com a CRP de 1976)

- Estamos perante um **catálogo de direitos fundamentais mais alargado**, que compreende não só os Direitos, Liberdades e Garantias clássicos, como também os DLG dos trabalhadores e os DESC;
- Reintroduz-se a cláusula aberta dos direitos fundamentais (artigo 16º CRP) e inclui-se a cláusula de receção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16º nº2 CRP);
- Criação do Tribunal Constitucional que procede a uma interpretação intensiva e extensiva do catálogo de direitos fundamentais, tornando-se o órgão central do Estado de Direito Democrático.

## 4. **O sentido na CRP de 1976**

“Caráter duplo” dos direitos fundamentais:

- 1) Acentuar aspetos individuais
- 2) Acentuar aspetos “institucionais” ou “coletivos”

A CRP de 1976 não foge a esta regra: de uma lado, releva o “aspeto” de direito individual no que concerne aos chamados “direitos da pessoa”, que podem assistir a indivíduos singulares ou a grupos; por outro lado, os direitos fundamentais ostentam uma parte de contra poder necessário numa “democracia pluralista”- são limitações ao poder e divisão de poder. O respeito pelas pessoas como agentes civis e independentes requer um sistema de direitos e pretensões a ser estabelecidos na Constituição.

## **Capítulo II – Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**

### **1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO**

Séc. XVIII – EUA – a constituição apresenta-se como “base e fundamento do governo”.

**Séc. XVIII – Europa** – o conceito de constituição deixa de ter por base os cidadãos e os seus direitos, assentando num conceito abstrato de “soberania estadual” ou, melhor, de “Estado soberano abstrato”.

Desta forma, na Alemanha, na primeira metade 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.

NO ENTANTO, 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 artigo 16º da Declaração Francesa dos direitos do Homem e Cidadão de 1789: “*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”.

Assim, na ciência jurídica, o conceito de “constituição”, apresenta-se como um conceito essencialmente normativo, ou seja, prescreve um determinado comportamento, nomeadamente o de dar uma ordem política à sociedade. Basta atentarmos no disposto do artigo 16º da Declaração Francesa dos direitos do Homem e Cidadão de 1789 para percebermos que não é o Estado, mas a sociedade que necessita de uma constituição.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação de poder do Estado. Devem antes ser compreendidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva.

A constituição funda e dá forma a um regime político, orientado por determinados princípios, definindo os poderes de governo e o estatuto dos Estado. Neste sentido, o conceito de constituição apresenta-se como uma “ordem de limitação dos poderes”. Não obstante, os conceitos de **constituição** e de **Estado** não se confundem, uma vez que o Estado em sentido estrito se apresenta unicamente como um elemento do regime político.

A Constituição não é mais vista como a constituição do Estado, mas como a “constituição do Estado e da sociedade”: a ordem jurídica fundamental da comunidade. Por isso se afirma que a garantia e proteção dos direitos fundamentais não é unicamente assegurada pelo princípio da “separação de poderes”, mas pelo Estado e, sobretudo, no Estado. Deste modo, pretende-se, antes de mais, estruturar o próprio “corpo social”, a “boa capacidade” de que fala Rawls.

A Constituição fixa, agora, a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional; surge, associado a isto, 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-públicos. Com efeito, a Constituição atribui-se a si própria a primazia.

Em suma:

**Perspetiva clássica:** correspondência entre Estado e Constituição (Constituição organizatória; Constituição= Estado)

**Perspetiva moderna:** estabelecimento de direitos fundamentais e disposições relativas à Constituição económica e financeira; Constituição= Estado e Sociedade)



Existe uma vinculação direta dos direitos fundamentais ao conceito de Constituição, ou seja, estamos perante uma relação direta entre a Constituição e os direitos fundamentais.

Atualmente, e por regra, é dentro da numeração sistemática da Constituição que esta dedica uma parte da sua estrutura ao catálogo de direitos fundamentais.

## **2. A IDEIA DE LIMITAÇÃO**

Antes de mais, importa relembrar que os direitos fundamentais são pré-constitucionais e que o seu valor é independente do seu reconhecimento por uma declaração de direitos.

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

Primeiramente, importa referir que todas as normas jurídico-constitucionais encontram-se no mesmo plano. A única exceção constitucionalmente prevista refere-se aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, que por força do disposto nas alíneas d) e e) do artigo 288º da CRP, gozam de valor *supra* constitucional, impondo-se a esse título ao próprio poder constituinte, ainda que derivado.

NOTA: Vemos aqui o **princípio da unidade da Constituição** – tirando os limites do artigo 288º d) e e) da CRP, não há hierarquia entre as normas constitucionais, sendo os conflitos resolvidos segundo um método de ponderação, harmonização ou conciliação dos direitos (**princípio da concordância prática**).

Relativamente à ordenação dos direitos no texto constitucional, o modelo concreto de classificação mais relevante será o modelo proposto por Jellinek, na viragem do séc. XIX para o séc. XX. Com efeito, a proposta de ordenação de Jellinek **assenta essencialmente em função do “status”**. O “status” significa aqui “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 eles:

- **Status passivo** de submissão ou sujeição do indivíduo ao Estado;
- **Status negativo:** “direitos” a ações negativas face ao Estado acompanhadas de uma pretensão de reconhecimento, reportando-se à esfera individual de cada um, no qual o Estado não pode exercer o seu poder;

- **Status positivo:** “direitos” concreta e positivamente determinados, que aponta essencialmente para um “dever de proteção” do Estado ao indivíduo;
- **Status ativo** (a 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.

Ainda em Jellinek, a delimitação entre os “direitos positivos” e os “direitos negativos” era feita através da lei, de dois modos:

- *Negativo*, através do princípio de “**reserva de lei**”, que se traduz numa inação por parte do Estado;
- *Positivo*, pela fixação do princípio de “**precedência de lei**” isto é, pela vinculação da atividade pública à legislação existente, ou seja, exige uma atuação por parte do Estado.

No século XIX, tanto os direitos negativos como os positivos se encontram no mesmo plano, já que a delimitação dos respetivos âmbitos era operada através da lei. Os direitos encontravam na lei o seu “fundamento” e “medida”.

#### **Recordar:**

- No séc. XIX os direitos eram concedidos pelo Estado e, como tal, eram insuscetíveis de serem feitos valer contra este;
- Até à 2ª GM a Constituição era vista como um ato de decisão política. A partir da 2ª GM passou a ser encarada como um ato normativo e prescritivo; Constitucionalismo garantido – ideia de supremacia da constituição enquanto Lei Fundamental de um Estado;
- No entanto, a Constituição também era encarada como um projeto inacabado e inter-geracional, uma vez que o núcleo de direitos fundamentais está em permanente evolução, mudando de geração em geração;
- Hoje, o novo constitucionalismo implica, não apenas a limitação do poder do Estado, mas de todas as estruturas, devendo o catálogo de direitos fundamentais ser cada vez mais alargado. Além disso, também é necessário democratizar as forças pré-democráticas e separar os poderes, nomeadamente o económico do político, bem como criar uma justiça constitucional que se dedique aos casos de violação de direitos fundamentais.

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

Os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como **reação às ameaças fundamentais que circundam o homem** (“direitos do homem”) e o **cidadão** (“direitos civis”). Com efeito, é necessário existir uma abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção, de modo a que todos os esses direitos possam ser defendidos contras os “novos” perigos que possam surgir no “decurso do tempo”, prevenindo, assim, um sentimento de insegurança e criando instrumentos de garantia de proteção destes direitos.



Este carácter aberto da garantia dos direitos fundamentais seja no seu aspeto “pessoal”, seja ainda no seu aspeto “institucional” ou “coletivo”, vem expresso numa **“multiplicidade de formas de proteção jurídica”**. Essas diferentes formas de proteção jurídica vêm exercidas pelos tribunais comuns, pelos tribunais de justiça constitucional e pelos tribunais constitucionais (“proteção internacional dos direitos do homem”).

Os direitos fundamentais variam tanto no “espaço” (isto é, segundo o Estado Constitucional), como no “tempo” (isto é, segundo o período histórico) no que concerne à “distribuição de papéis” no seu desenvolvimento jurídico. À dependência dos direitos fundamentais do texto constitucional contrapõe-se a sua dependência do “contexto histórico-social” em que se movem. Não existe um *numerus clausus* de dimensões de tutela, do mesmo modo que não existe um *numerus clausus* dos perigos. Daí a origem da expressão “proteção dinâmica dos direitos fundamentais”, utilizada pelo TC Federal alemão, a que corresponde uma **tutela “flexível, móvel e aberta”** desses direitos no seu conjunto. Konrad Hesse fala, a este propósito, de uma “compreensão alargada dos direitos fundamentais”.

A transformação na conceção de direitos fundamentais é realçada por Bockenforde e Denninger, sob o ponto de vista da criação de conceitos-chaves de direito constitucional, onde se incluíam **princípios como os da proporcionalidade, reserva de possibilidade, aplicabilidade direta, efeitos em relação a terceiros, proteção dos direitos fundamentais através de normas de organização e procedimento**, cuja interpretação se encontraria essencialmente dependente do consenso dominante. Deste modo, o TC utiliza, em matéria de resolução de conflito de direitos, **cláusulas-chave que reforçam o carácter de garantia aberta, dinâmica e flexível**, no sentido de conduzir a uma compreensão alargada e a uma efetividade ótima dos direitos (ex: princípio da igualdade, da confiança, das possibilidades, ...)

#### Exemplo concreto de abertura do catálogo dos direitos fundamentais:

Decisão Grisworld vs Connecticut: esta decisão de 1975 nos EUA, considerou que uma lei de Estado de Connecticut, que proibia a venda comercial de contraceptivos a pessoas casadas, era violadora da reserva da privacidade.

Surgem assim novos direitos (privacidade, autonomia, personalidade...) que se tornam verdadeiros direitos fundamentais, atendendo ao aspeto positivo de afirmação da própria personalidade, para além dos aspetos negativos de inviolabilidade, isto é, centra-se na delimitação dum espaço de autodeterminação pessoal por parte dos cidadãos, no qual o Estado não pode penetrar a não ser com o consentimento do próprio tutelado. Estes direitos incorporam os chamados direitos de liberdade, de filiação kantiana, segundo os quais a pessoa tem uma esfera pessoal que deve ser juridicamente garantida pelo Estado, mas em relação à qual só ela pode decidir.

Todo este conjunto de direitos consubstanciou uma conquista do movimento constitucional que deveria ser concretizada, quer em termos de conteúdo quer em termos de abertura, nomeadamente através das cláusulas de proteção e das diversas formas de garantia.

## **4. A PROTEÇÃO JURÍDICA SEM LACUNAS**

A normatividade diz respeito à globalidade da ordem jurídica. Antes de mais a ordem jurídica é política, uma vez que descreve uma estrutura de distribuição do poder e, só depois é que esta é jurídica. A “sanção” ou “coercibilidade” é confiada aos órgãos chamados a aplicar essa ordem (os órgãos de controlo) que aparecem assim como o seu corolário.

Tomemos como ponto de partida a fundamentação de Marshall, no celeberrimo caso *Marbury v. Madison*:

- a) a ideia de que a **constituição é uma “norma suprema”** face ao poder legislativo;
- b) a ideia de que o direito constitucional se apresenta como uma norma **reconhecida e aplicada pelos tribunais**;
- c) a ideia de que essa **interpretação judicial do direito válido se mostra vinculante**, já que vem aplicada, pelo menos para o caso supracitado, através de uma sentença ou decisão judicial.

Perante este quadro, há quem afirme:

1. A **normatividade da constituição** resulta melhor garantida pela **construção de uma rede de “reservas de lei”** que atuaria como **barreira última** face ao legislador;
2. Outros, pronunciam-se a favor da construção de uma “reserva geral de conformação” quanto aos direitos fundamentais pela atribuição da sua configuração à **criação de cláusulas gerais**;
3. Outros ainda, numa **tentativa de ampliar o sentido normativo nos textos constitucionais modernos**, falam da construção dos direitos fundamentais como **“competências positivas” do Estado**, uma espécie de deveres fundamentais justificando-se, deste modo, a intervenção dos tribunais de justiça constitucional. É a estes que compete, em último termo, a determinação dos “limites” desses direitos, em caso de conflito prático, em ordem à garantia e realização da constituição no seu conjunto.

A **proteção jurídica sem lacunas** (desenvolvida na Alemanha) integra, entre nós, **o direito de informação e proteção jurídica**, estabelecido no nº1 do artigo 20º CRP, **o direito à tutela jurisdicional** (artigo 20º nº1 CRP), **o direito à tutela graciosa** (artigos 23º e 52º nº1 CRP) e **o direito à responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas** (artigo 22º CRP).

Esta proteção jurídica sem lacunas ou garantia constitucional nova, dos direitos e liberdades jus-fundamentais deve ser entendida, em primeira linha, como um **direito de acesso aos tribunais**.

Gomes Canotilho: a proteção jurídica sem lacunas significa **o direito à proteção jurídica através dos tribunais mediante um processo justo e equitativo** (artigo 20º nº4 CRP) e uma justiça eficaz e temporalmente adequada (artigo 20º nº5 CRP). Uma justiça tardia equivale a uma denegação da justiça.

Relativamente à **jurisdição administrativa** (artigo 268º nº4), o professor Gomes Canotilho defende a eliminação da cláusula de tipicidade em relação ao procedimento administrativo e uma **cláusula aberta de acesso à jurisdição**

**administrativa**, sendo que seria possível o recurso de qualquer ato administrativo, independentemente da sua forma.

A proteção jurídica dos direitos e liberdades jus-fundamentais é agora uma proteção constitucional. Assim o exige o princípio do Estado de Direito Democrático (artigo 2º CRP), em suma, a Constituição. A continua mutação das situações típicas de perigo exige uma “defesa móvel, flexível e aberta” desses direitos e liberdades no seu conjunto.

Assim, no que concerne aos direitos fundamentais, a Constituição ordena uma obrigação de tutela ou dever de proteção a cargo dos poderes públicos, de um lado, e a realização dos direitos fundamentais através de normas de organização e procedimento que façam jus a esses direitos, do outro.

**A Constituição de 1976 ordena uma obrigação de tutela ou dever de proteção a cargo do Estado.** Configura os direitos fundamentais como fins da atividade público-estadual na qual se compreendem as condições de exercício desses direitos e liberdades jus-fundamentais. Nisto consiste o chamado “*status activus processualis*” (defendido por Habérle). Traduz-se na **garantia dos meios processuais e administrativos adequados a uma defesa ativa desses direitos e liberdades no seu conjunto.**

Nesta ordem de considerações, os processos necessários, as estruturas e a organização (aqui compreendido o **direito de acesso aos tribunais**) devem ser **garantidos sem lacunas**, isto é, através da distribuição equitativa de processos justos sempre que o particular dependa de meios ou de recursos das instituições para fazer valer os seus direitos e liberdades jus-fundamentais.

## Capítulo III – Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

### 1. Necessidade e possibilidade de uma Teoria Geral objetiva dos direitos fundamentais

Para Montesquieu, os direitos fundamentais faziam parte da liberdade pública, integrando assim o conceito de soberania.

É Jellinek quem, pela primeira vez, elabora uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.

O post-1945 é caracterizado por uma ambivalência no que concerne às conceções constitucionais de direitos fundamentais. Daí 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 que, **segundo Gomes Canotilho, deveria ser construída com base numa constituição positiva e não apenas uma teoria dos direitos fundamentais de caráter exclusivamente teorético.**

Com efeito, isto exige uma teoria constitucional complexa que se destinasse a evitar a petrificação no que se refere à leitura e interpretação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais formam a base da autoridade, mas **devem, contudo, ser interpretados e inteligidos no respeito pelas outras partes da Constituição, aí compreendidos os poderes públicos.** Deste modo, uma “teoria geral objetiva dos direitos fundamentais” deve alicerçar-se num “sistema

coerente de direitos”, 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 direitos fundamentais. Este **não significa a criação de direitos pela constituição, mas o reconhecimento da respetiva existência, que corresponde à existência do homem**. São Direitos “Fundamentais” porque não se fundam em atos legislativos, mas na natureza do homem no momento do seu nascimento. O Estado não pode subtraí-los ao cidadão, nem este pode renunciar a estes, ou seja, são inatos e irrenunciáveis. O que individualiza este catálogo de direitos fundamentais é o constitucionalismo.

## **2. OBJETO E FUNÇÕES**

O princípio fundamental da ordem jurídica dos direitos fundamentais é o da prevalência dos direitos fundamentais sobre os deveres fundamentais. Os indivíduos não são apenas titulares de direitos, mas ainda titulares de deveres jurídicos fundamentais. Os direitos não se encontram ao mesmo nível que os deveres. Os deveres apresentam-se, antes, como limites dos direitos fundamentais.

Neste sentido, fala-se na multifuncionalidade dos direitos fundamentais, querendo com isso aludir aos diferentes elementos, funções e dimensões desses direitos e liberdades no seu conjunto.

Os direitos fundamentais como normas jurídicas objetivas encontram-se determinados na constituição. Apresentam-se como princípios primários de direito objetivo, de conteúdo imperativo e vinculação jurídica estrita. Efetivamente, a constituição determina hoje a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18º nº1 CRP). Esta traduz-se num dever, no que concerne aos órgãos de aplicação. Essa vinculatividade direta dos direitos, liberdades e garantias representa a negação do princípio programático na interpretação e concretização desses direitos no seu conjunto.

Os direitos fundamentais apresentam-se ainda como direitos subjetivos a partir da sua determinação objetiva no contexto constitucional. Na primeira metade do séc. XIX, com efeito, Savigny definiu o conteúdo jurídico subjetivo dos direitos fundamentais como um poder de vontade. Mais tarde, Ihering substituiu esse elemento pelo critério do interesse. O direito subjetivo corresponde a um interesse (ou bem) individual juridicamente protegido ou a um interesse subjetivamente valorado em termos de fins humanos. A constituição de 1976 acrescenta-lhe a proteção jurídica, que se pretende sem lacunas, através dos tribunais e do poder judicial.

A doutrina divide os direitos subjetivos em dois tipos:

- Direitos subjetivos entendidos como direitos de defesa, residindo nesta sua dimensão, segundo a jurisprudência e a doutrina, a prioridade da sua acentuação jurídico subjetiva;
- Direitos subjetivos compreendidos como “direitos a prestações”, fundamentalmente a cargo do Estado.

Direitos de defesa significa:

- a) uma liberdade face à intervenção
- b) uma reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais.

Efetivamente, o direito de defesa consiste na proteção de posições jurídicas subjetivas que se compreendem na determinação dos direitos e liberdades jus-fundamentais. Em termos breves, a acentuação da sua dimensão de defesa contra intervenções do poder público e, particularmente do Estado.

Se assim é, somos forçados a concluir que o que determina o conteúdo dos direitos, liberdades e garantias, reconhecidos constitucionalmente, é o bem ou valor de proteção. Daí a relação entre o direito de defesa e a sua esfera de proteção. É, nestes termos, que numerosos autores, entre os quais se inclui Hesse, tem vindo a pugnar por uma teoria dos direitos fundamentais na qual se acentua uma compreensão alargada do conceito de liberdade como conceito delimitativo estrutural do direito jusfundamental. Em suma, que o configura, como uma esfera de proteção particular.

### **3. SUA INSERÇÃO NO QUADRO DAS CHAMADAS "TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS"**

Bockenforde acompanha a discussão em torno da interpretação constitucional, incluindo a questão da garantia e defesa dos direitos fundamentais pelo poder judicial e, particularmente, os tribunais de justiça constitucional, sendo o organizador das teorias que tentam explicar o funcionamento dos direitos fundamentais.

## **Capítulo IV - O conceito de norma de direito fundamental**

### **1. Norma e formulação de norma de Direito Fundamental**

Norma: norma jurídica em si, que será o produto da interpretação (Muller); aquela que estabelece a vinculatividade jurídica geral e que é produto de uma interpretação feita por todos os órgãos chamados a aplicar a constituição (Tribunais, governo, AP) → o direito é criado através de um processo de interpretação.

Formulação de norma: texto da norma jurídica, isto é, o objeto de interpretação.

2 níveis de ação interpretativa e de criação de Direito:

- Geral: o aplicador enuncia uma norma geral que é o produto da interpretação que deve presidir à aplicação a todos os casos concretos
- Particular: aplicação ao caso concreto, ou seja, tem que aplicar a norma que foi retirada do texto e adequa-la ao caso concreto.

Consequentemente, esta formação dualística implica que se desça do nível de abstração para um nível de concretização, até se chegar à norma de concretização – método da concretização.

Nestes termos, a interpretação tem efeitos retroativos porque se pronuncia sobre factos que, tendo ocorrido depois da edição do texto da norma, são atendidos antes da interpretação – neste sentido, é necessariamente retroativa (os factos são anteriores à própria interpretação).

A interpretação tem que ter sempre por limite o texto da norma, que funciona como um filtro limitador da capacidade inventiva do intérprete, porque tem que ver com um mínimo de correspondência e adequação entre o resultado da interpretação e a disposição da norma.

Segundo Gomes Canotilho esta questão entronca numa outra, que se prende com as normas constitucionais: dois níveis de densidade a abertura

Abertura das normas constitucionais: abertura horizontal (incompletude, carácter não fragmentado e não codificado das normas constitucionais). Efetivamente, há normas que são consideradas densas (que pouco ou nada carecem de interpretação) e outras consideradas menos densas ou abertas (necessitando de interpretação o que possibilita uma maior margem de aplicação pelo legislador político-democrático).

Abertura da Constituição: abertura vertical (indeterminação de determinadas cláusulas constitucionais, cláusulas abertas). De facto, uma constituição de um Estado de Direito democrático é necessariamente aberta. Contudo, aquilo que deve permanecer como identificativo de uma constituição deve permanecer denso; apenas o que possa e deva evoluir é que se deve caracterizar por uma menor densidade e, portanto, por uma maior abertura.

- Paralelamente à questão da norma ou formulação de norma surge uma outra terminologia
  1. Programa normativo (enunciado linguístico ou texto da norma)
  2. Âmbito ou sector normativo (componente contextual ou empírico-fática – contexto social a que se vai aplicar determinada disposição jurídica).

O reconhecimento da norma por parte dos juízes, e em particular pelo TC, parece ser o elemento decisivo de afirmação da pertença da norma ao sistema jurídico. O TC tal como as restantes jurisdições, apresenta-se como uma instancia de dirimção de duvidas, uma instancia de racionalidade, em caso de conflito prático.

O aparecimento dos tribunais de justiça constitucional extingue a referência tradicional a normas de “direito costumeiro”, de natureza pré-constitucional, substituindo-a pelo “direito constitucional não escrito”, isto é, não textualizado mas implícito no texto a interpretar e inequivocamente objeto de uma intenção e decisão constituinte.

## **2. DIREITOS ENUMERADOS E DIREITOS NÃO ENUMERADOS**

Os direitos fundamentais não enumerados colocam problemas pertinentes ao processo de interpretação constitucional, designadamente a questão da amplitude e abertura do princípio da não tipicidade e a questão da aplicação a esses direitos do regime constitucionalmente previsto para os direitos fundamentais, designadamente os DLG.

Esses direitos fundamentais não enumerados abrangem direitos de qualquer natureza: tanto DLG como DESC.

**Gomes Canotilho** fala, a este propósito, em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais extra constitucionais ou sem assento constitucional.

**Jorge Miranda** fala em direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Os primeiros são os previstos na CRP. Os segundos os que vêm especificados pelos órgãos de aplicação, genericamente, o poder legislativo e o poder judicial.

Os direitos não enumerados podem ter sido previstos pelo legislador constituinte e, neste caso, são tão direitos constitucionais como os outros. Mas também podem não ter sido previstos e nalguns casos até não queridos pelo legislador constituinte. Nesta última hipótese a questão é mais complexa. 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 normal constitucional, não podendo a sua legitimidade ser mais contestada a não ser por uma outra decisão do TC ou por um processo formal de revisão do texto constitucional escrito. Se, por outro lado, 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 controlo e, designadamente, o TC.

Gomes Canotilho afirma que:

- a) no caso dos direitos fundamentais extra constitucionais, mesmo que não se lhes aplique o regime integral dos DLG, pelo menos os princípios materiais das leis restritivas (artigo 18º nº 2 e 3 CRP) e o princípio geral de igualdade (artigo 13º CRP), densificadores do Estado de Direito são-lhe aplicáveis.
- b) Tratando-se de direitos análogos, isto é, de direitos enumerados na Constituição, mas fora do catálogo dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito de acesso ao direito (artigo 20º CRP) ou o direito de resistência (artigo 21º CRP), ser-lhes-á aplicável, na íntegra, o regime dos DLG *ex vi* do disposto no artigo 17º da CRP.
- c) No caso de se tratar de direitos análogos, mas não enumerados, isto é, de direitos fundamentais extra constitucionais 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 além dos previstos na constituição, são em certo sentido leis reforçadas, visto não poderem ser livremente derogadas por outras leis. E no caso dos direitos contidos em convenção internacional beneficiam ainda do



sistema de fiscalização da constitucionalidade. Na hipótese dos direitos fundamentais contidos em lei, o sistema de fiscalização previsto seria o de legalidade a título de leis reforçadas.

A esta luz, e tendo em consideração a posição defendida por Gomes Canotilho, haverá que reconhecer que o resultado a que chega não corresponde necessariamente a um processo de constitucionalização.

A interpretação dos direitos fundamentais não é apenas levada a cabo pelo TC, mas ainda a realizada por todos os órgãos constitucionais e, designadamente, o legislador. De contrário, seria dar prevalência unicamente ao TC.

O que verdadeiramente distingue a *constitutional law* como norma sob constitucional 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 com a segunda.

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

As normas reconhecedoras dos direitos fundamentais pertencem, tal como as restantes, ao direito constitucional escrito, não ao direito constitucional não escrito, posto que o seu fundamento se encontra na constituição.

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

Em primeiro lugar, que 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 de saber “se” e “quando” os tribunais, e em particular os tribunais de justiça constitucional tem competência (autoridade) para aplicar direitos não enumerados na Constituição.

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

Os direitos fundamentais transformam-se em deveres de ação do Estado, em tarefas estaduais, a desenvolver normativamente pelo poder legislativo e pelo poder judicial o que, segundo Haberle, faz com que o direito objetivo jus-fundamental relevante vá à frente do direito fundamental subjetivo.

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.

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

Do ponto de vista funcional, é a extensão do conteúdo dos direitos fundamentais em si mesma que vem criticada. Esta traduz-se numa ampliação dos deveres positivos que incubem ao Estado e, designadamente 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.

Do ponto de vista metodológico, é o recurso ao sistema de valores como fonte de decisão jurídico constitucional que é posto em causa.

Assim, urge a necessidade de uma “transformação” na conceção dos direitos ainda que esta seja estranha a face a esta dialética subjetividade/objetividade. Efetivamente, a vontade da constituição não é a vontade do momento (incluindo a vontade dos seus interpretes aplicadores) mas uma vontade que tende para um fim.

A jurisdição constitucional confere carácter objetivo aos direitos fundamentais, transformando-os em bens jurídico 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, que se pretende ainda como um Estado de Direito democrático e constitucional.

Dentro do sistema jurídico isso significa o crescimento do poder da justiça e um alargamento do espaço de intervenção dos tribunais (o que traz problemas para os tribunais, nomeadamente para o TC).

A normal de valor central com efeitos objetivos tanto na Lei Fundamental como na CRP 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, no limite, o reconhecimento de um *status activus processualis* que permita a todos os cidadãos a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos sem que caiba atribuir a nenhum dos direitos constitucionais implicados um significado puramente declarativo ou programático.

*CASO PORTUGUÊS (relacionado com o acórdão analisado em aula):*

*Não entendeu assim, entre nos, o Tribunal Constitucional. Na decisão sobre o sistema de propinas, a ponderação a que procedeu o tribunal não conduziu a um direito definitivo de cada candidato a um ensino superior progressivamente gratuito, nem a um direito definitivo de cada candidato a um procedimento de seleção que lhe pudesse outorgar uma oportunidade suficiente, mas a um direito colocado sob a reserva do possível, um direito de realização gradual, uma meta que se quer atingir. Aos tribunais, afirma-se, falta-lhes a legitimidade política e os instrumentos de base requeridos para a introdução e gestão de políticas de bem estar social.*

Resta sempre um argumento formal: se todos os direitos fundamentais, 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 nº 2 e 3, artigo 18º nº1 e artigo 20º nº1 CRP.

O reconhecimento do carácter duplo dos direitos e liberdades jus-fundamentais como direitos-liberdades subjetivos e como normas-princípios objetivos, isto é, decisões de valor, válidas para toda a ordem jurídica não decorre explicitamente da constituição, antes se apresenta como produto de uma explicitação qualificação dos mesmo por parte da jurisdição constitucional. O legislador, a administração e o poder judicial receberiam diretivas e impulsos dos direitos fundamentais.

#### **4. O PRINCÍPIO GERAL DE IGUALDADE**

O conceito de igualdade liga-se a uma conceção de Direito assente na liberdade e dignidade (igual dignidade para todos os cidadãos).

**Conceção mais liberal:** igualdade subjetiva ou formal (face a direitos civis e políticos).

**Conceção mais interventora:** igualdade estrutural, material ou substancial (abrange a esfera socioeconómica, incluindo até discriminações positivas).

Ao lado do princípio geral de igualdade, a constituição reconhece hoje um grande número de direitos fundamentais de igualdade, designadamente o direito de igualdade dos cidadãos na constituição da família (artigo 36º nº1 CRP), o direito de igualdade dos conjugues (artigo 36º nº2 CRP), o direito de igualdade dos filhos (artigo 36º nº4 CRP), o direito de igualdade de acesso à função pública (artigo 48º CRP), o direito de igualdade de sufrágio (artigo 10º CRP), etc.

A constituição assinala ainda a passagem de um conceito de igualdade formal, necessariamente abstrato, a uma posição de igualdade, o que implica já uma valoração das condições de vida. Além disso, a constituição assinala um conjunto de discriminações positivas em favor de determinados grupos – órfãos e abandonados (artigo 69º nº2 CRP), jovens trabalhadores (artigo 70º nº1 CRP), etc.

A verdadeira questão radica em saber se constitucionalmente existe unicamente um princípio de igualdade, de natureza meramente objetiva ou se existe ainda (e em que medida) um autêntico direito fundamental de igualdade. Se se considerar o princípio da igualdade como um autêntico direito fundamental de igualdade, aplica-se a regra da eficácia direta dos DLG nas relações com os particulares (artigo 18º nº1 CRP) e, neste caso, o princípio geral de igualdade pode ser visto como uma garantia acrescida de proteção contra discriminações estruturais.

O princípio geral da igualdade vem descrito no artigo 13º da CRP e contém uma cláusula geral “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” e uma cláusula geral específica “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação social”.

#### **Princípio geral de igualdade**

Princípio Geral – Artigo 113º CRP – com natureza meramente objetiva: regime de eficácia imediata, cuja concretização compete ao legislador, enquanto executor da CRP → aplica-se à atividade do legislador, na ordem jurídica infraconstitucional.

Direito fundamental de igualdade – Artigo 17º CRP – aplicação da regra de eficácia imediata e direta que passa por cima da intervenção do legislador, isto é, tem o regime específico dos DLG → direitos subjetivo verdadeiro e próprio.

Princípio da igualdade no caso concreto:

1º: existe ou não desigualdade?

2º: é ou não uma desigualdade relevante?

3º: há uma razão objetiva para se estabelecer a discriminação?

O princípio da igualdade funciona como fim da atividade legislativa e limite do próprio legislador político-democrático, o que implica a passagem de um procedimento de controlo formal para um procedimento de controlo substancial.

Critério tripartido de controlo do princípio da igualdade

- Facto: introdutor da desigualdade ou discriminação
- Norma: norma geral média que o juiz retira da interpretação que faz da norma e que vai aplicar a todos os casos similares
- *Tertius comparationis*: situação concreta que é chamada ao caso pelo tribunal como fundamento principal positivo da sua decisão; contraste ou comparação com grupos que estejam numa situação semelhante.

Controlo da racionalidade das medidas legislativas → ponderam-se os meios utilizados para atingir os fins constitucionais.

Controlo de razoabilidade ou congruência das medidas limitadoras dos direitos fundamentais:

1. Controlo sobre a admissibilidade dos fins – como os fins legislativos têm que ser conformes aos fins constitucionais, só o interesse público é um fim admissível.
2. Controlo sobre a idoneidade ou adequação dos meios utilizados em abstrato e face ao caso concreto
3. Proporcionalidade em sentido estrito → proporcionalidade da medida face aos fins

Intensidade/Gradação do controlo:

1. Controlo mínimo por parte do TC e maior autonomia política do legislador (abrangendo apenas os DESC);
2. Controlo intensificado: abrange os DLG e vai para além da mera proibição do arbítrio

O controlo em concreto da igualdade (que é substancial e não meramente formal) obriga a critérios de ponderação ou contrapeso de bens no caso concreto – jurisprudência valorativa.

Com base na cláusula do Estado Social de Direito (artigo 2º n.º2 CRP) e segundo o professor Jorge Miranda, face à estrutura indeterminada do princípio da igualdade, é possível os Tribunais Constitucionais passarem de um controlo de igualdade negativo (enquanto proibição do arbítrio) para um controlo das desigualdades estruturais?

Para a maior parte da doutrina, o princípio geral da igualdade é dirigido, em primeira linha, ao próprio legislador, não competindo ao TC determinar a violação deste princípio, transformando-o dessa forma, num princípio de igualdade estrutural.

O princípio da igualdade só pode ser violado no caso concreto (é raro haver inconstitucionalidade no texto normativo, que se designa de erro manifesto de apreciação). Normalmente, a inconstitucionalidade decorre da aplicação do texto normativo ao caso concreto.

O que o juiz faz é analisar a lei (parâmetro infraconstitucional) e não a própria constituição. Se a norma estabelece discriminações, estas podem ser discriminações legítimas, desde que se fundem na CRP ou em razões objetivas (que, do ponto de vista do legislador, só pode ser o interesse público).

## **Capítulo V - A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**

### **1. SISTEMA ABERTO E SISTEMA FECHADO**

Num Estado de Direito democrático, e constitucional, é comum distinguir-se duas conceções fundamentais de sistema jurídico: o constitucionalismo e o legalismo. Na verdade, a questão gera-se em torno de as normas possuírem exclusivamente a estrutura de “regras” ou possuírem ainda a estrutura de “princípio”. No entanto, sabemos que atualmente a ordem jurídica compõe-se tanto de regras como de princípios jurídicos.

Deste modo, uma conceção do sistema jurídico que compreenda apenas regra jurídica, com exclusão dos princípios, pode ser denominada de modelo puro de regras. Com efeito, este modelo assenta num puro postulado de racionalidade, o que traduz o primado central da segurança jurídica. Desta forma, 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 a si própria, precisa de uma força categórica que lhe é dada pelo recurso aos princípios jurídicos. Neste sentido, importa ainda referir que os conceitos de sistema e ordem jurídica não coincidem necessariamente, uma vez que a conceção de sistema aberto é mais ampla do que a de ordem jurídica. No processo de interpretação constitucional isto significa que os tribunais devem partir agora de um conceito de ordem jurídica, tomado na sua globalidade, um conceito que tenha em conta a relação entre a democracia e o direito.

A este propósito, Kelsen defende uma estrutura piramidal do sistema jurídico. Com efeito, o sistema jurídico apresenta-se como um “conceito de perfeição dogmática” e, “um mecanismo de redução da complexidade do real”. Deste modo,

somos forçados a concluir que a diferença entre sistema e ordem jurídica corresponde a um problema de interpretação.

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

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

A partir de 1945, com o surgimento dos DESC, começa a falar-se numa revolução de direitos.

Em 1977, Dworkin faz críticas ao positivismo:

- Nenhum sistema existe completamente se for composto por normas (sistema jurídico = normas + princípios jurídicos)
- No sistema de regras, em caso de conflito entre regras jurídicas, a solução não pode ser encontrada dentro do quadro da ordem jurídica porque as regras em conflito têm a mesma vinculatividade geral
- Havendo conflito entre duas regras jurídicas, como o sistema positivista não dá qualquer auxílio, a solução fica na discricionariedade do juiz, o que é uma contrariedade com o sistema de regras uma vez que o juiz não pode ter uma margem de manobra tão grande

Para Dworkin, os princípios são perfeitamente visíveis, uma vez que se tratam dos direitos fundamentais, que correspondem a valores constitucionais e subjazem à própria criação das normas jurídicas. Não existindo, normas jurídicas, a medida de aplicação judicial consistirá nos princípios basilares do ordenamento que são os direitos fundamentais.

Regras Jurídicas = estabelecem um princípio de vinculação geral, são regras de aplicação de tudo ou nada (para Alexi = mandatos definitivos). Método: subsunção ou dedução

Princípios jurídicos = todos os argumentos que possam ser utilizados em favor dos direitos fundamentais (teoria dos direitos ou "*Rights Theory*"). Método: concordância, ponderação no caso concreto – pode-se dar maior peso em relação ao princípio contraposto (mas nenhum dos princípios pode ser anulado).

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

### **Modelo Puro de Regras**

**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 essa lógica é abrir o controlo e torna-lo público, requerendo com isso uma justificação adequada para as decisões. Assim, pode falar-se de um 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.

2 argumentos para aceitar este modelo proposto por Dworkin:

1. Argumento metodológico: permite a inserção no sistema jurídico de um estrato de princípios absolutamente imprescindível na decisão dos hard cases.
2. Argumento substantivo: apelas para os princípios constitucionais diretivos, em particular para os três postulados fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade no confronto com os princípios do Estado de Direito, da democracia e do Estado Social.

Modelo regras/princípios/procedimentos: os princípios tal como as regras não se aplicam por si próprios. Representam o lado passivo do sistema jurídico. Com efeito, para além desse estrato de regras e de princípios, 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 instancias de dirimção de duvidas e de aplicação do direito nos modernos sistemas democráticos e constitucionais.

## **Capítulo VI – A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**

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

Quando se fala na função social dos direitos fundamentais, pretende-se acentuar o abandono de uma visão unilateral da liberdade como direito individual. Se o conteúdo do direito resulta da realidade, isto é, da sua função ético-social, então é essa função social que permite determinar os “limites imanentes” dos direitos fundamentais.

Estado de Direito Social:

- respeito pelos direitos fundamentais
- separação de poderes
- reconformação na relação Estado/sociedade e nos fins do Estado

A sociedade é um objeto sobre o qual o Estado pode e deve intervir, assumindo-se como Estado interventor ou prestador. Consequentemente, em matéria de direitos fundamentais, isto levou à fundamentalização e constitucionalização dos DESC e teve implicações no próprio entendimento acerca dos DLG sobretudo no que respeita à sua vinculação social e eficácia horizontal.

A própria sociedade começa a reivindicar a sua participação na tomada de decisões políticas (dinâmica de associativismo ou corporação). Agora, o conceito de pessoa não se constrói apenas na relação espaço-indivíduo: há um sistema multipolar.

Atualmente, o estatuto de cidadania não se define num modelo de liberdade de carácter essencialmente negativo, mas através de um estatuto de direitos cívicos

como liberdades positivas – os direitos já não são contra o Estado mas através do Estado, que faculta o gozo dos direitos constitucionalmente protegidos (surgem os DESC como direitos a prestações que, em vez de postularem uma abstenção por parte do Estado, requerem um *facere*).

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

Tradicionalmente, os direitos económicos, sociais e culturais, abreviadamente os “direitos fundamentais sociais” eram vistos como direitos a prestações, isto é, direitos que em vez de exigirem ou postularem uma abstenção por parte do Estado, requeriam, ao invés, uma ação positiva, um *facere*, que se traduzia na prestação de algum bem ou serviço.

De acordo com a CRP, os DESC beneficiam do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não do regime jurídico específico previsto para os DLG, ou seja, o disposto no artigo 18º da CRP.

Do ponto de vista da sua estrutura, os DESC apresentam-se como direitos a “prestações” ou “atividades do Estado”, embora a constituição inclua nesses direitos, “direitos de natureza negativo-defensiva” como, por exemplo, o “direitos de iniciativa privada” (artigo 61º CRP) ou o “direito de propriedade privada (artigo 62º CRP) que não carecem de conteúdo prestacional.

Deste modo, teremos o seguinte esquema de direitos:

- Direitos “*stricto sensu*”, correspondendo uns ao chamado “*status positivus*” e outros ao “*status activus*”, isto é, direitos inerentes ao homem como individuo ou como participante na vida publica.
- Liberdades, que correspondem ao “*status negativus*”, apontando por isso para a defesa da esfera de liberdade dos cidadãos face ao Estado.
- Garantias, que recobrem, sensivelmente, 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.

### Critica aos direitos sociais:

Os efeitos perversos que decorrem de um sistema constitucional de direitos que pode gerar dependência dos cidadãos face ao Estado, e que resulta na distinção (por parte da doutrina) entre direitos de defesa que não têm custos e direitos fundamentais sociais que têm os seus custos, só podendo ser garantidos na medida do possível.

Deste modo, no que concerne ao problema da “execução efetiva” dos DESC, 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 no quadro da sua competência. No entanto, o direito encontra-se sujeito a um principio da “reserva do possível”.

Mas o que deverá entender-se por reserva do possível? Concretamente, a dependência desses direitos dos “recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a sua dependência dos recursos económicos existentes e, designadamente, revelar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira.

Esta cobertura, todavia, não exclui a garantia de um mínimo social. Essa garantia decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental (artigo 1º CRP). É com base nesse princípio que Gomes Canotilho extrai, por exemplo, o reconhecimento constitucional do “rendimento social de inserção”

Os DESC apresentam-se como direitos constitucionais originários, isto é, direitos garantidos diretamente por normas de estalão constitucional. Dispõem de vinculatividade normativa geral. Como normas constitucionais apresentam-se como normas de ação para o legislador e como parâmetro de controlo 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.

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 o fáctico e o normativo pode surgir como fronteira porosa. No entanto, e tendo em conta que vivemos num Estado de Direitos Fundamentais, não faz sentido continuar a negar aos DESC o seu status constitucional de bens juridicamente protegidos.

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

Em caso de conflito com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, especialmente os DLG, o legislador deverá ter em consideração a possibilidade da utilização de meios de proteção alternativos menos gravosos.

Gomes Canotilho, afirma que os DESC enquanto direitos a prestações, implicam:

- Uma interpretação das normas legais conforme à constituição social, económica e cultural;
- A inércia do Estado pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras desse tipo específico de direitos implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvam a realização dos direitos jus-fundamentais ou a realizem diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida.
- A proibição do retrocesso social, querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não poderia depois elimina-las sem alternativas ou compensações.

Nota: ver a este propósito Acórdão do TC nº 509/2002.

### **3. O ESTADO SOCIAL**

O Estado Social de Direito resulta do artigo 2º CRP. Consequentemente, o reconhecimento da função social dos direitos fundamentais em geral, leva-nos à



assunção dum princípio de solidariedade (reconhecimento dos DESC e obrigação de Estado de os efetivar).

#### **4. A ABERTURA A “NOVOS” DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A força irradiante dos direitos e liberdades fundamentais acaba por conduzir a uma expansão dos direitos de autodeterminação, personalidade, privacidade e intimidade, que vão muito para além da proibição da discriminação em razão do nascimento, raça, religião ou território de origem, até à aquisição da própria cidadania, direito ao uso de línguas minoritárias, etc. Perante este quadro, a fronteira entre o estado e a sociedade sofreu uma modificação qualitativa assinalável.

De acordo com a jurisprudência do TC, o conceito de vida privada compreende, no seu âmbito de proteção uma esfera própria inviolável onde ninguém poderá penetrar sem autorização do respetivo titular. Esse espaço integra necessariamente a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade, o lugar próprio da vida pessoa e familiar e os meios de expressão e comunicação privados.

Deste modo, o âmbito de proteção do direito ao desenvolvimento da personalidade e da reserva da vida privada e familiar inclui:

- o segredo da correspondência privada
- a casa de morada da família
- a esfera familiar
- a esfera secreta privada

Os direitos de personalidade, integrantes da esfera da privacidade mais do que direitos apresentam-se como liberdades reconhecidas e não outorgadas. Esses direitos são inatos, imprescritíveis e inalienáveis. É assim que a jurisprudência constitucional, na Alemanha, pode deduzir do principio supremo da dignidade da pessoa humana (artigo 1º nº1 CRP) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º nº1 CRP), um direito de reserva da personalidade, que recebe garantia diversa consoante se reconduza à esfera íntima, estritamente relacionada com o valor da dignidade, à esfera secreta ou à esfera privada.

O direito à privacidade parte do direito geral à intimidade da pessoa, isto é, à sua própria personalidade. A emergência das novas tecnologias, as questões da bioética e os problemas associados à expressão das diferenças no espaço público, como o uso do véu islâmico, a negação do holocausto, a proibição dos partidos políticos de extrema direita, a legalização dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, etc. Os direitos de autonomia, personalidade, privacidade e intimidade surgem como veículo e manancial para a constitucionalização dessas esferas de intimidade e personalidade, marcando claramente a fronteira entre o principio da autodeterminação dos cidadãos e o exercício legítimo dos poderes do Estado.

Nas palavras de Laurence Tribe, a ideia de um direito fundamental de personalidade, radica na convicção de que mesmo que a identidade de cada um se encontre constante e profundamente conformada pelo ambiente social que a rodeia, a personalidade emergente desse processo pertence intrinsecamente a si

própria, podendo entrar profundamente em conflito com a instituição que detém o monopólio da violência física legítima, isto é, o Estado. Este conceito é intrínseco a qualquer noção operativa de constitucionalismo “*the right to be left alone*”.

## Capítulo VII – A Interpretação e Aplicação dos Direitos Fundamentais

### 1. A interpretação e aplicação dos direitos fundamentais

A questão da atribuição de significados aos textos jurídicos, particularmente aos constitucionais, apresenta-se como uma questão geral de filosofia jurídica. Em grande número de sistemas jurídicos atuais, existem tribunais cuja função consiste em discernir se determinadas disposições ditadas pelas autoridades infraconstitucionais se mostram, ou não, conformes com a Constituição.

A alternativa a esta “interpretação extensiva”, assente na natureza objetiva dos direitos fundamentais, efetuada pelos tribunais de justiça constitucional, tem efeitos múltiplos que importam dar referência:

- A “escolha do método” pelo Tribunal Constitucional, para muitos considerada um perigo para a democracia;
- A criação/concretização jurídica, tanto intensiva como extensiva, da Constituição, que se traduz num “fragmento” de “política constitucional”.

Segundo Höffe, a conclusão só pode ser a da passagem de um “Estado legislativo parlamentar” a um “Estado judicial jurídico-constitucional”.

Em todo o caso, importa saber se a interpretação dos direitos fundamentais levada a cabo pelo poder judicial deverá ser “restritiva” ou “expansiva”, isto é, se não tem apenas natureza “jurisdicional”, mas também “político-constitucional”.

De acordo com a **teoria “clássica” da interpretação jurídica**, a interpretação vinha **reservada apenas para os casos de obscuridade ou absurdidade do sentido da regra**.

**Hoje**, entende-se que a clareza de um texto não afasta, *per si*, a necessidade de interpretação.

É a “precisão” ou a “vaguidade” dos textos jurídicos que distribui, de forma variável, os poderes do **legislador** e do **juiz**.

Kelsen afirma que cada passagem no processo de aplicação de normas se apresenta, de forma simultânea, como resultado do “**conhecimento**” e da “**vontade**”. Por um lado, existe já uma parte determinada pela norma geral, que constitui o objeto do conhecimento; por outro, existe uma parte juridicamente imprejudicada, objeto de criação do direito com base numa escolha voluntária, juridicamente livre. **O texto da lei é, assim, claro quando aplicado a uma dada situação em que todas as interpretações possíveis que dele possam surgir não dão a lugar a mais nenhuma dúvida.**

Distingue Alexy entre os conceitos de interpretação “*largissimo sensu*”, “*lato sensu*” e “*stricto sensu*”:

- **Largissimo sensu ou em sentido muito lato:** abrange a compreensão de sentido de todos os conteúdos inseridos na lei ou prescrição jurídica. Deste modo, uma instituição social ou um sistema jurídico vêm tomados globalmente como o objeto de interpretação.
- **Lato sensu ou em sentido lato:** compreensão dos conteúdos permanentes que se encontram vinculados a um sentido objetivo, de acordo com a compreensão das expressões ou atos de linguagem. Compreende quer a interpretação direta (se o texto for claro e não levantar dúvidas sobre o seu teor normativo), quer a interpretação indireta dos textos jurídicos.
- **Stricto sensu ou em sentido estrito:** ocorre quando um enunciado deixa prever vários significados, não sendo certo qual deles se mostra correto e adequado. Esta interpretação começa com uma questão e termina com uma escolha, isto é, com uma decisão de entre os vários significados possíveis.

Na Alemanha, com o Acórdão Luth, dá-se início a uma teoria da Constituição em que esta é compreendida como uma “ordem” ou “sistema de valores”, em que é base e fundamento de toda a ordem social. Um “sistema de valores” constituído com base nos princípios fundamentais, mas também com base noutros princípios constitucionais, tais como o princípio de Estado de Direito e o princípio de Estado social.

É também na Alemanha que será lançado o **debate sobre os princípios de interpretação constitucional**, que constituem um “catálogo de diretivas de interpretação constitucional”. A tese de Ehmke era a de que esses princípios só seriam praticáveis se tivessem como pressuposto uma “teoria da Constituição” admitida pelo consenso dos interessados. Acrescenta, ainda, que esta teoria não se apresenta como um método de interpretação, mas sim como um critério utilizável na fundamentação.

Destes pressupostos decorre a teoria de Dworkin sobre a justificação da identidade metodológica entre a **dogmática jurídica** e a prática judicial. Assim, os juízes decidem na base de fundamentos político-constitucionais relacionados com direitos fundamentais e não na base de fundamentos político-partidários.

A teoria da interpretação constitucional exige, assim, uma vinculação da “constituição interpretativa” a uma conceção do Estado. Isto permite ao Tribunal Constitucional desenvolver um **sistema de direitos**, uma forma específica de argumentação jurídica, orientada pelos direitos fundamentais, procurando com esta dar resposta a todas as questões que lhe sejam apresentadas, fomentando a sua mediação entre o nível de ação individual e o nível de ação do sistema, ou seja, do todo.

A necessidade de uma teoria da interpretação que limite objetivamente o poder discricionário dos juízes e dos tribunais nasce da necessidade de tornar científico o momento da interpretação constitucional. A existência de um “momento criativo”, por assim dizer, do juiz ou do tribunal, não torna a sentença arbitrária, uma vez que esta se vai encontrar limitada por um conjunto de regras ou

“atitudes interpretativas”. Esse “momento criativo” apenas indica que a decisão incorpora elementos valorativos que podem ir além da letra estrita do texto da norma.

Daqui surgem dois aspetos que devem ser assinalados:

- 1) A autoridade que é habilitada a interpretar a norma a aplicar;
- 2) Que a aplicação da norma não cabe unicamente ao juiz, mas a toda a autoridade que tenha competência para aplicar o direito, isto é, a todos os poderes públicos.

A **interpretação corresponde essencialmente a uma decisão**, uma decisão segundo padrões constituídos. Assim, a diferenciação entre o “sistema jurídico” e o “sistema político” consiste, não apenas no reforço da posição do juiz e no recurso a uma maior “autonomia decisória”, mas também numa melhor elaboração metodológica da argumentação jurídica. **A sua “decisão seletiva” apresenta-se como “um requisito indispensável de validade jurídica”.**

## 2. **O conceito de concretização**

A teoria da norma jurídica repousa na ideia de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, apresentando-se, antes, como resultado de um trabalho de construção, corretamente designado por **concretização**.

Longe de se limitar a aplicar automaticamente a norma a um caso particular, o juiz ou o tribunal, exerce uma “liberdade de opção”, que opera, em termos práticos, como uma verdadeira decisão. Como o texto é suscetível de comportar vários significados, é, assim, tarefa do juiz escolher de entre estes a norma a aplicar ou “regra de decisão”. **Tal escolha ou opção é designada de interpretação**, ou seja, a determinação do significado objetivo de um texto.

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

A tarefa da interpretação constitucional será a de encontrar o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional de fundamentar esse resultado, de modo igualmente racional, de forma a gerar a certeza e previsibilidade jurídicas.

Assim, no quadro mais estável do pós-guerra, a atenção dos juristas se volta para a temática dos fundamentos éticos do direito e, conseqüentemente, para os problemas da técnica aplicativa judicial.

Uns designam esta corrente por “jurisprudência dos valores”, outros por “hermenêutica jurídica”, no esforço de fundamentar o mais possível o fenómeno inegável da extensão da esfera decisória do juiz, falando, ainda, da passagem de uma “jurisprudência dos interesses” a uma “jurisprudência da valoração”.

A hermenêutica ensina ao intérprete que as diretivas de ação e as proposições valorativas, conferidas nos preceitos jurídicos, só podem ser cabalmente compreendidas quando aplicadas a situações concretas. Somente no juízo do julgador, chamado a colmatar a distância entre o facto e a norma, interpretando os factos segundo a norma e a norma segundo os factos, a “multifuncionalidade” que surge dos enunciados normativos se encontraria em condições de se

projetar na realidade, procurando o momento de concretização. **O direito conduzir-se-ia no processo da sua compreensão, concretizando-se no momento da sua aplicação ao caso particular.**

Perry distingue a “**indeterminação do texto**”, que obedece a uma lógica dedutiva, da “**indeterminação da norma**”, que resulta da interpretação desse texto a um contexto particular e de uma lógica não dedutiva. É nesta segunda fase de “concretização” ou “determinação” que tem lugar a decisão do caso particular. Essa concretização implica uma escolha constitutiva, isto é, uma decisão criativa.

A interpretação acaba por vir apreciada de duas perspetivas:

- Perspetiva interna, que faz referência à “disciplina das regras”, isto é, à gramática, e à autoridade ou competência;
- Perspetiva externa, relacionada com a correção ou justeza da decisão, considerando os diversos pontos de vista teleológicos, morais, políticos, sociais, entre outros.

O problema está em atribuir a um ato singular de produção jurídica, as decisões dos tribunais (e em particular dos tribunais constitucionais), duas propriedades: a fidelidade ou legalidade e a criatividade ou transformação. É essa necessidade, potencialmente ilimitada, de transformação e re-interpretação, que integra o setor da realidade histórica a interpretar, e sobre a qual se projeta a norma que determina, num último momento, o seu conteúdo.

### 3. **A aplicação judicial**

A defesa dos direitos e liberdades fundamentais vem hoje confiada aos tribunais e ao poder judicial. Os direitos não podem mais ser instrumentalizados para “fins” de luta política.

As decisões dos tribunais, e particularmente dos tribunais de justiça constitucional, conferem aos direitos fundamentais um “conteúdo jurídico objetivo”. Segundo Rawls, no quadro de um Estado de Direito bem ordenado, deve-se facultar aos cidadãos um esquema de direitos e não lhes impor uma “conceção específica” de “bem comum” ou de “fins públicos”. É isso o que Dworkin designa por “direitos em sentido forte”, ou seja, 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 os conceitos de igualdade e dignidade.

A intervenção do juiz possibilita a introdução no sistema jurídico de “técnicas de flexibilização”, de adaptação do sistema jurídico aos valores dominantes, compreendem o recurso a “noções de conteúdo variável”, ou seja, “**conceitos**” em contraposição a “**conceções**” específicas.

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados transferem, assim, parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete.

Neste contexto, Rawls avança com a distinção entre um “**conceito**” de justiça e as **diversas “conceções” de justiça**. As regras jurídicas tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial,

sendo o seu significado sempre o mesmo, que são as chamadas “conceções”, como podem incorporar temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das ideias do momento, são os chamados “conceitos”.

A esta luz, a atuação das regras e princípios jurídicos compreende quer a sua interpretação como a sua aplicação. A norma que o juiz aplica, e que se apresenta como resultado da interpretação, não é apenas interpretação, mas também é “criação” do direito, afastando as interpretações concorrentes que se lhe opõem, 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 fundamentação da decisão judicial** fixa um “ponto” no qual **mais nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação**. O tribunal alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma que ninguém mais pode pôr em causa essa interpretação.

A fundamentação surge, assim, como um conjunto de razões que justificam certas regras e que se oferece ainda em apoio das decisões produzidas.

Para a teoria da argumentação jurídica, a “norma jurídica” ou “regra de decisão” encontra-se na justificação ou fundamentação das decisões judiciais. Os tribunais procuram, agora, fundamentar as suas decisões, ao invés de as imporem por via autoritária.

Apesar da CRP de 1976 impor a obrigatoriedade de fundamentação quanto às decisões dos tribunais, não a exige de forma integral para os atos de administração, excetuando aqueles que “afetem direitos ou interesses legalmente protegidos”. Sob este ponto de vista, a jurisprudência do TC não deixa uma imagem muito prestigiante no que toca ao “dever geral de fundamentação”, à exceção do Acórdão 680/98. Assim, quando da “limitação” dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, impôs ao TC um “dever acrescido de fundamentação”.

A um modelo de “aplicação do direito” sucede um modelo de individualização d “regra de decisão” que confere ao juiz, e em particular, ao juiz constitucional, um amplo poder de livre apreciação. A decisão não se inscreve mais na passagem do geral ao particular, mas na relação de valor, válida para todos os casos semelhantes ou análogos.

## **Capítulo VIII – Restrição e configuração de direitos fundamentais**

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

Os direitos previstos na constituição não são absolutos. Isto não quer dizer que desta afirmação se possa inferir a relatividade dos direitos e liberdades

fundamentais. Pelo contrário, pretende-se, unicamente, sublinhar a necessidade de se proceder, com clareza, à delimitação dos conceitos de restrição e configuração de direitos fundamentais.

A definição destes conceitos na dogmática jurídico-constitucional não é una nem unívoca. Deste modo, por restrição de um direito deverá entender-se na perspectiva de Alexy, toda a interpretação e aplicação do direito que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental. Neste sentido, o conceito de restrição representa a parte “negativa” da norma jusfundamental. O lado “positivo” da norma jusfundamental, pelo contrário, vem-nos dados 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, por sua vez, vêm definidos de modo distinto, segundo a norma de direito jusfundamental particular. Em comum entre os dois existe apenas o facto de serem utilizados como contrapartida do conceito de restrição.

Exemplo: artigo 47º CRP – aqui o pressuposto de facto descreve simplesmente o direito à liberdade de escolha de profissão. Só que o pressuposto de facto e âmbito de proteção podem não coincidir. A constituição autoriza o legislador a restringir o âmbito de proteção do direito, mas não o respetivo conteúdo, estando em causa o interesse coletivo ou bem comum, estabelecendo restrições legais não ao direito, mas ao seu livre exercício, tratando-se do exercício de uma atividade de segurança privada, por exemplo, limitando-o temporariamente a pessoas que tenham sido condenadas a pena de prisão efetiva igual ou superior a três anos, durante um período transitório, ou estabelecendo por lei (reserva de lei restritiva), determinados requisitos capacitaros que se prendem com o grau de instrução ou perícia exigidos. Aqui o pressuposto de facto e o âmbito de proteção da norma podem necessariamente não coincidir. O mesmo não acontece com o direito à liberdade de consciência, religião e culto consagrado no artigo 41º da constituição em que o conceito de pressuposto de facto perde o carácter de contrapartida do conceito de restrição.

Apesar da terminologia não ser unívoca, texto, o conceito de restrição é utilizado unicamente para os casos em que essa redução do âmbito de proteção do direito é objeto de uma autorização constitucional quer se trate de uma autorização concedida de forma direta ou indireta. Em todos os outros casos, tratar-se-á tão só de um problema de delimitação de direitos no caso pratico a decidir.

As restrições aos direitos fundamentais são levadas a cabo ou por normas de estatão constitucional ou por normas infra-constitucionais. As restrições de estatão constitucional são qualificadas de diretamente constitucionais. As de estatão infra constitucional são denominadas de restrições indiretamente constitucionais.

Neste contexto, Alexy distingue entre restrição e cláusulas restritivas. As restrições correspondem à perspectiva do direito enquanto que as cláusulas restritivas correspondem à perspectiva das normas. Por sua vez, mas cláusulas restritivas podem ser consideradas expressas ou implícitas.

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, uma vez que a incompatibilidade ou conflito só poderá dar-se perante um caso concreto.

Segundo Alexy, a configuração do Direito engloba tanto a sua regulamentação como a sua concretização. No primeiro caso, é a constituição que remete para a lei a configuração do âmbito normativo carecido de conformação jurídico-normativa. É este o caso do direito geral de objeção de consciência, por exemplo. O direito jusfundamental carece para o seu exercício da interposição do legislador. No entanto, isto não quer dizer que este direito não seja diretamente aplicável ou que se mostre não exequível por si mesmo. O legislador não dispõe dos direitos fundamentais, significa apenas a necessidade de lei em ordem a garantir o respetivo exercício.

Uma coisa é a regulamentação, preenchimento ou desenvolvimento legislativo do conteúdo do direito e outra a restrição, diminuição, redução, ablação ou compressão do seu âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

De acordo com Alexy, essas restrições podem ser de dois tipos:

1. A CRP prevê diretamente certa e determinada restrição (artigos 27º nº3 e 34º nº2 e 4)
2. A CRP limita-se, unicamente, a prever restrições não especificadas (artigo 35º, 47º e 270º)

## ACÓRDÃOS ANALISADOS EM AULA

### Acórdão nº 148/94

#### Voto de vencido do juiz conselheiro Sousa Brito

O princípio geral da igualdade manda tratar de forma igual situações iguais e diferente situações diferentes. Com efeito, o legislador pode estabelecer diferenciações quando as situações a regular não são iguais – discriminações positivas. Contudo, estas discriminações têm que ser bem fundamentadas para que não se viole o princípio geral da igualdade. Assim sendo, normalmente esta fundamentação e discriminação positiva se faz com base no princípio da proporcionalidade.

**Artigo 74º nº2 CRP** → este acórdão ao violar estas disposições também viola o princípio da igualdade. O artigo 74º nº1 refere-se ao acesso ao ensino: **“Todos têm o direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”**. Por outro lado, o nº2 é mais extenso, não se refere apenas ao direito; aqui o legislador enumerou os critérios que têm que ser seguidos (pela ordem indiciada) sempre que se legislar sobre esta matéria.

Atualmente, o direito ao ensino continua a ser o mesmo direito mas na funcionalidade de prestação. Em rigor, apenas o nº1 se refere ao reconhecimento constitucional do direito.



***O que está em causa neste acórdão é que o Decreto Lei de 1941 estabelecia um nível de propinas que vai na direção contrária de um critério de política pública que estabelece a garantia do ensino. Daqui decorre a **consequente violação do princípio da igualdade.*****

De facto, existe uma violação porque nas diferentes alíneas do nº2 do artigo 74º da CRP estão estabelecidas **incumbências** que **pré determinam** a margem de decisão do legislador. Assim, nesta matéria, não é livre o legislador de fixar uma direção que é **“pré determinada”** **VER ACÓRDÃO**

Importa ainda referir que, atualmente, entende-se que a ciência, a tecnologia, o desenvolvimento económico estão na base da sociedade. Com efeito, é importante distinguir **igualdade de condições** de **igualdade de oportunidades**. Efetivamente, deve-se estabelecer, no que concerne ao acesso ensino superior, condições de igualdade para pessoas de diversos estratos sociais.

Estes princípios de política pública visam solucionar a mobilidade social, porque com o capitalismo globalizado não é a questão social que esta em causa, mas o acesso ao crédito. Cada vez mais a tendência não é para ser gratuito mas para pagar serviço público.

**\*\*NOTA:** Acordo de igualdade para estudantes estrangeiros, em particular, as propinas. Estudantes estrangeiros pagam o triplo das propinas.

## **Normas perceptivas vs Normas programáticas**

**Artigo 3º da CRP** → todas as autoridades estão sujeitas à constituição

***Não há normas constitucionais em direitos fundamentais que não tenham vinculação.*** No entanto, este acórdão, tendo em conta a época em que foi feito, ainda navega entre o perceptivo (aplicação imediata) e programático (aplicação deferida, que atualmente não existe).

## **Artigo 18º nº1 CRP**

O ensino superior público é um bem constitucional e um bem público. Com efeito, ***se estamos a falar de instituições públicas, que prestam serviços públicos, utilizam recursos públicos e se a tendência é a contrária ao que a lei estabelece,*** uma vez que cada vez mais se paga o serviço público prestado pela faculdade, ***estamos a inverter a pré determinação da CRP → imediatamente se suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade.*** Os alunos passam a ser consumidores de um serviço público em que vão ter que pagar o serviço quase na totalidade.

***Importa ressaltar que não se contesta atualização de propinas, apesar de nos parecer que foi uma atualização pouco razoável.*** Atendendo a um critério constitucional, o governo pode aumentar as propinas, mas não pode violar o princípio da igualdade de acesso ao ensino superior que a CRP determina de uma forma e, efetivamente, o governo não respeitou. Deixou de haver liberdade para escolher, ou então existe essa liberdade com limites muito estreitos.

O artigo 18º, na sua totalidade, tem aspetos defensivos e prestacionais: ou esta interpretação é para parte defensiva (o que não faz muito sentido) ou então trata-se de uma interpretação como tem feito a jurisprudência consolidada do TC, ou seja, que o nº2 e 3 deste artigo aplica-se quer aos DLG, quer aos DECS.

### **Sistema jurídico = sistema normativo**

Formando por regras e princípios jurídicos, mas com diferentes formas de aplicação e projeção.

As regras são aplicadas com vinculatividade jurídica geral: all or nothing

**Comandos/Mandato de otimização** - não se podem cortar direitos contrários. Os direitos não podem ser esvaziados de conteúdo. O método para resolver este conflito de normas é através da ponderação da proporcionalidade ou concordância prática. Não podemos anular os direitos, temos que contrapesar os direitos e ambos têm que ser delimitados para que possa haver uma aplicabilidade ótima. Ambos têm que ceder no caso em concreto, para que ambos os direitos sejam aplicados de forma ótima. Aplicam-se os princípios da razoabilidade e da estrita proporcionalidade.

**\*\*NOTA:** Subsunção: Regras x Factos = Decisão.

A premissa maior é a lei geral; a premissa menor são os factos e através de indução passamos à decisão. Passamos do facto para o qualificarmos juridicamente (questão de facto) e posteriormente para a decisão.

### **Continuação**

Aqui o problema é que a CRP optou não apenas pelo reconhecimento de direitos mas também pelo reconhecimento das políticas públicas.

Princípio da constitucionalidade, não há normas constitucionais que não sejam vinculantes. Não há normas constitucionais mais fracas ou mais fortes. De facto, o legislador não é livre para prosseguir a igualdade de acesso ao ensino superior sem ter em conta os critérios como ele deve operar objetivamente para concretizar na prática a igualdade de acesso. Obviamente, isto limita o legislador, uma vez que não é o direito são as políticas públicas, pela ordem que estão estipuladas no nº2 deste artigo. É necessário ter em conta a legalidade dos critérios e a ordem dos critérios. Estado legislador e administração → (artigo 182º CRP)

Expressão “reserva do possível” → o legislador está limitado por esta reserva. Efetivamente, isto remete para o que, na prática, a sociedade (numerus clausus do TC alemão) está em condições de poder fazer. Por exemplo, um país grande e rico como a Alemanha tem uma grande reserva do possível. Já um país mais pobre terá uma reserva do possível menor.

**Artigo 2º do pacto internacional dos DESC's** → convenção internacional celebrada entre Estados em que estes se comprometem, na medida do possível, a canalizarem os seus custos no sentido de progressivamente implantarem estes direitos. Além disso, significa também que este tipo de direitos (modais de prestação), ou seja, direitos de medida e por siso tem que ser quantificados – devem ser concretizados de uma forma progressiva e gradual ou gradualista.

Faz-se aqui referência à Teoria da Manta – Estado não tem apenas deveres de proteção, tem também deveres em relação à saúde, creches, maternidade etc. sendo certo que a CRP não estabelece nenhuma prioridade entre estas obrigações do Estado. Com efeito, estes deveres de proteção do estado tem que ser subsumir a uma cláusula constitucional. **Artigo 74º CRP** → incumbências que se transformam em deveres de ação por parte do Estado, ou seja, têm cláusula constitucional. Ainda, têm que ter em conta o conteúdo e extensão dos direitos.

Nos termos da divisão constitucional de competências, a prioridade na sua concretização não compete em 1º linha ao tribunal, pois é o legislador que deve gradualmente concretizar e realizar essas incumbências. Deste modo, ao realizá-las acaba por definir o âmbito e extensão do próprio direito. A reserva da possibilidade é fixada e fiscalizada nos seus limites pelo tribunal constitucional. A primazia na concretização no exercício gradual e progressivo do direito compete ao legislador.

**Artigo 18º CRP**: noção de conteúdo essencial (capítulo IX). Refere-se aos direitos constitucionais. Efetivamente, os DESC não são DLG, mas há partes dos direitos económicos que na sua dimensão negativa têm configuração de DLG.

Aqui o conteúdo essencial significa que nenhum direito pode ser esvaziado de conteúdo e que há dentro do conteúdo essencial um mínimo que corresponde à dignidade da pessoa humana.

Um direito no seu conteúdo mínimo que não pode ser esvaziado (**nº3 artigo 18º CRP**) significa que esses mínimos não são contrapesados contra outros direitos, e que o regime é um direito em sentido definitivo, é uma regra jurídica, logo não esta sujeita a contrapeso. Mesmo nos DESC o conteúdo essencial na vertente mínima é um direito que fica sujeito ao regime dos DLG e, nesse caso, **o nº1 do artigo 18º CRP** passa a ter aplicabilidade direta, passando também a vincular autoridades privadas.

**“Ensino superior é um bem misto” - José Sousa e Brito critica** → não interesse se o ensino é privado ou se se trata de um instituto. É um bem público, independentemente de quem o preste e de quem o recebe. É um direito fundamental, logo não se pode dizer que é um bem misto. O ensino é um bem público por isso está previsto na CRP. Um bem constitucionalmente garantido é sempre um bem público.

Deste modo, sendo a igualdade de acesso ao ensino superior público um bem fundamental, o tribunal tem que fixar uma linha vermelha a partir do qual é ou não constitucional a propina.

Se esta em causa o princípio da igualdade na sua vertente de DLG, qual é o regime dos DESC? DLG quando se quer dar máxima força jurídica.

---

## **Análise do Acórdão nº 509/2002 TC**

AR aprova decreto para posteriormente ser enviado para o PR e ser promulgado como Lei. Neste caso, o PR requereu fiscalização preventiva da constitucionalidade (artigo 278º CRP).

O que está em causa é que entre os 18 e 25 anos ao ser substituído o rendimento mínimo e ao ser desativado o subsídio de inserção dos jovens na vida ativa (artigo 70º CRP). Não pode haver discriminação nas causas ilícitas enunciados no artigo 13º CRP, mas há certas situações que deve haver uma obrigação positiva de discriminar, designadamente estes grupos previstos nos artigo 70º e seguintes da CRP.

**Subsídio de inserção** → foi revogado com a entrada em vigor do rendimento mínimo garantido, o que significa que cessou a produção de efeitos jurídicos.

Depois, este Decreto da AR que é a substituição do Rendimento Mínimo Garantido para o Rendimento Mínimo de Inserção, o âmbito, conteúdo e extensão do direito (tem a ver com artigo 63º nº1 e 3 CRP) não se manteve, uma vez que esta substituição deixa de parte a proteção das pessoas entre os 18 e 25 anos (que existia no regime anterior).

PR diz que esta substituição não tem os efeitos de repristinação.

A revogação dos atos deve ser expressa para que não hajam dúvidas.

**Retrocesso fático** → situação em que regime jurídico não é alterado mas há uma crise económica que pode justificar o abaixamento de direitos; que na prática leva a uma alteração do regime jurídico,

O retrocesso não tem a ver com alteração de um único instituto, mas com a situação global. Artigo 63º nº1 e 2 da CRP → princípio da universalidade

Aqui tratava-se do cumprimento de um dever de prestação (segurança social) por parte do Estado (obrigação positiva). Uma vez cumprido este dever de prestação, há uma obrigação negativa de não retroceder ou não baixar o grau de proteção de garantia de direito até aí garantidos → **proibição do retrocesso**.

Há uma obrigação negativa como direito de defesa, sendo que este direito fica sujeito ao regime DLG.

Havia um dever de proteção a cargo do Estado (autoridades públicas) → SNS ou segurança social (SS), por exemplo → obrigação positiva. Uma vez criado isto, significa que o Estado cumpriu o dever de proteção sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Consequentemente, o Estado fica obrigado a não desmantelar ou retroceder → obrigação negativa

## **I Parte – Dever de proteção – Obrigação Positiva**

Efetivamente, este dever de proteção traduz-se numa obrigação positiva e se o não a exercer está a violar o princípio da proporcionalidade. Ainda, como se trata de um direito prestacional estamos no âmbito da violação do princípio da proporcionalidade na sua vertente da proibição da insuficiência e/ou omissão.

O Estado não pode baixar o nível de proteção já atingido porque no artigo 63º e 64º CRP está reconhecido como cláusula geral (feito através da CRP) em conjunto com os critérios de políticas públicas (incumbência do estado) → ver

acórdão TC n.º 148/94, designadamente o voto vencido do juiz Conselheiro Sousa e Brito.

## II Parte - Obrigação Negativa

Se foi cumprida a primeira parte do dever de proteção, seguidamente incumbe ao Estado uma obrigação negativa de manter o âmbito, extensão e conteúdo do direito. - (através de uma lei de bases, por exemplo)

O direito em si de acesso à Segurança Social (artigo 63.º CRP) é formado por uma cláusula geral + os critérios de concretização dos direitos previstos nas políticas públicas do artigo 63.º CRP + a lei do serviço da SS + as leis sectoriais incluindo ADSE (por exemplo) → tudo isto forma uma unidade incindível em relação à qual para se retroceder tem que existir um motivo muito forte (ou crise económica- **retrocesso fático** - ou então um **retrocesso normativo** feito por medidas alternativas e compensatórias). De facto, o princípio da proibição da insuficiência obriga o legislador a prever alternativas e o próprio TC também tem que propor alternativas.

A interpretação dos direitos fundamentais tem que ser aplicada o mais amplamente possível.

*“Na medida em que se lida com direitos fundamentais—e, enquanto tal, furtados à disponibilidade do poder político —, quando pretende retroceder no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo;”* → os direitos são uma questão de justiça e não uma questão de política partidária. Os direitos não estão sob reserva de lei, não estão subordinados as maiorias conjunturais.

**Violação do princípio da confiança legítima** que diz que os acórdãos são para ser cumpridos. De facto, se há um status alcançado pelos ditos não se deve retroceder nesses factos, não se deve retroceder a menos que hajam fundamentos válidos (crise económica ou retrocesso normativo)

O problema que se verifica aqui é que havia um subsídio jovem para cidadãos entre os 18 e os 25 que é suprimido sem alternativas e compensações. Deste modo, TC tem que se pronunciar sobre esta faixa de idades, nomeadamente sobre a violação do n.º3 do artigo 63.º da CRP

Relativamente à referência ao **Acórdão n.º 39/84 SNS**

**Artigo 64.º CRP** → SNS

Há um dever positivo por parte do estado de criar o SNS (**artigo 64.º CRP**), mas uma vez criado este serviço que é um dever positivo, este transforma-se num dever negativo de não atentar quanto ao âmbito e ao conteúdo alcançado do direito de acesso à saúde → obrigação de não retroceder para não violar este pacto social/contrato social. Se se retroceder, viola-se este pacto, *trustship*.

*Direitos prestacionais de propriedade* → património diz respeito aos benefícios obtidos quer do trabalho, quer da participação nos mercados financeiros e de capital.

Direito à retribuição do trabalho é um direito constitucional, mas o QUANTO desta retribuição é legal, ou seja, os cortes são legais, não são inconstitucionais. No entanto, sempre que o Estado intervir em relação a esta matéria tem que justificar a sua intervenção.

### ***Vieira de Andrade***

*«Em nossa opinião, é difícil aceitar um princípio geral do ‘acquis social’ ou da ‘proibição do retrocesso’, sob pena de se sacrificar a ‘liberdade constitutiva’ do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa. Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade:*

*Uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;*

*Uma garantia média, quando se exige às leis ‘retrocedentes’ o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da proteção da confiança;*

*Uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal ‘sedimentação’ na consciência da comunidade que deve ser tido como ‘materialmente constitucional’.»*

Vieira de Andrade coloca em confronto a realização do grau já alcançado na concretização (âmbito e conteúdo) dos direitos fundamentais sociais com o princípio da auto revisibilidade das opções do legislador.

A professora não concorda pois não se pode por em confronto estes dois princípios pois a CRP é a lei suprema do país o que significa que o legislador se encontra vinculado à CRP e ao exercício dos direitos fundamentais.

**Princípio da dignidade da pessoa humana** não é algo abstrato, o indivíduo não é isolado do Estado mas é inserido na sociedade. De facto, a metodologia sofre uma reinterpretação pois o indivíduo é agora um indivíduo inserido na sociedade. A dignidade da pessoa tem que ter conteúdo e este conteúdo verifica-se não apenas em relação ao âmbito e conteúdo da garantia de um conjunto de direitos como tem um substrato social e prestacional → **artigo 1º, artigo 13º nº1 CRP.**