



Comissão de Curso 15-19

GUIA DE ESTUDO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Professora Doutora Cristina Queiroz

Ano letivo de 2016/2017

Isabel Martins da Silva

Com a colaboração de: Maria Carolina Carvalho

Baseado em apontamentos de aula, no Manual recomendado e na Sebenta já existente

Estes apontamentos consistem num guia de estudo. A sua leitura não dispensa a presença nas aulas, nem a consulta da bibliografia obrigatória recomendada.

CAPÍTULO 1: O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A IDEIA

É impossível definir em termos universais o que são direitos fundamentais: a sua definição varia consoante os países e nacionalidade.

Direitos Fundamentais: são direitos pré-originários, direitos que o Estado não concede, apenas se limita a reconhecer.

No **séc. XVIII**, Montesquieu fala nas constituições de liberdade, que passam pelo reconhecimento de liberdades cívicas e públicas. É uma conceção interpretada à luz do iluminismo, que preside ao movimento de fundamentalização. Ex. trilogia do regime francês: liberdade, igualdade e fraternidade; Constituição portuguesa até 1911: liberdade, propriedade e segurança. Se olharmos para as declarações inglesa, francesa e americana estas dizem que os direitos inalienáveis dos cidadãos são: liberdade, segurança e propriedade (ainda que Jefferson fale da *pursuit of happiness* em vez de propriedade).

No **séc. XIX**, o princípio da soberania estadual limitou e impôs o respeito desses direitos unicamente ao Estado, que assim os reconhecia e os instituía. Este princípio é produto do jusracionalismo (que é diferente do direito nacional racionalista: o Homem é um ser racional e, portanto, a razão é uma razão universal; ou seja, estas declarações dos direitos do homem eram vistas como universais, devendo vigorar para todos em qualquer sítio do mundo, apesar de serem formalmente europeias). O princípio da soberania nacional delimita POV cosmopolita de direitos que é afirmado pela tese do direito nacional racionalista: coloca-se agora o acento tónico no Estado; direitos são nacionalizados (valem dentro de limite territorial, sendo reconhecidos pelo Estado).

Este conceito aparece em 1848 com uma revolução na Alemanha (projeto de constituição que acabou por falhar). Há uma relativização dos direitos fundamentais que são, na Alemanha, direitos subjetivos públicos.

Os direitos fundamentais não são apenas forma de limitação de poder, mas também uma divisão vertical de poder.

No **séc. XX**, assiste-se à proliferação de numerosas convenções de carácter universal e regional – a Declaração Universal dos Direitos do Homem (pela ONU, a 10 de dezembro de 1948); a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (em 1950); a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (em 2000, em Nice).

Evidencia-se assim a proteção dos direitos fundamentais não só a nível interno, mas também a nível internacional e supranacional (significa que há uma relação direta entre a ordem jurídica internacional e o cidadão, sem mediatização por parte dos Estados).

Os direitos fundamentais tendem a penetrar todas as esferas da vida social, aparecendo os DESC, que resultam da alteração da conceção de Estado (2ª GM); passa a exigir-se uma obrigação de *facere* por parte do Estado. Aos DESC está subjacente uma ideia de solidariedade nas relações interpessoais, ou seja, o Homem socialmente situado; é uma solidariedade não apenas no plano interno, mas também no plano internacional.

EXPERIÊNCIA HISTÓRICA

Em Inglaterra este processo de “fundamentalização”, “positivação” e posterior “constitucionalização” dos direitos e liberdades começou um pouco mais cedo. Este sistema de direitos e liberdades de carácter público foi consignado, num primeiro momento, na *Petição dos Direitos* de 1628, seguida da *Declaração de Direitos* de 1689, e num conjunto de atos do Parlamento entre os quais se conta o célebre *Habeas Corpus Act* de 1679.

1. Fase da revolução inglesa

- a. 1648/49: Carlos I de Stuart → Luta aberta entre coroa e Parlamento (entre monarquia tendencialmente absoluto e as forças do Parlamento, que já vinham da Magna Carta)
 - i. Confronto de poderes
 - ii. Obriga-se rei a assinar Bill of Rights, que começa no enfraquecimento do poder real e avanço das forças do Parlamento, mais concretamente a Câmara dos Comuns
- b. Momentaneamente há triunfo de Parlamento → Implementação da República em Inglaterra, por Cromwell (1ª Constituição)
- c. Houve restauração monárquica com os Stuart, sendo que o ultimo foge para França → Dá-se 2ª revolução inglesa (Glorious Revolution)
 - i. Rei para subir ao poder teve de jurar Bill of Rights
 - ii. Prerrogativa régia nunca se pode impor face ao Parlamento
- d. A partir daqui há um conjunto de atos do Parlamento que vão aprofundando os direitos fundamentais
 - i. 1679 – habeas corpus
 - ii. John Locke – filósofo político, escreveu no exílio na Holanda dois tratados sobre o **governo civil**: constituição da comunidade política (pacto entre povo que é soberano e monarca, sendo que existem certos direitos pré-originários e inalienáveis e que nunca são transferidos para a autoridade política – life, liberty and property)
 1. Na declaração de independência dos EUA aparece life, liberty and search for happiness (e não propriedade porque existia a escravatura)
 2. Artigo 26º CRP (cláusula geral da personalidade)
 - iii. A constituição não é apenas limitativa dos poderes mas sim fundamento de legitimidade do próprio
 - iv. Fundamentalização dos direitos
 - v. Direitos não são alienáveis para a sociedade política e jamais ficam na posse do Estado – esta ideia vem do John Locke
 1. É isto que está na base do constitucionalismo inglês, americano e europeia (após WWII)
- e. Antigo regime é estruturado em classes
- f. Sufrágio universal foi estabelecido no fim da WWI em Inglaterra, no fim da WWII em França, em 1975 em Portugal

2. Fase da declaração de independência dos EUA (Jefferson)
3. Fase da revolução francesa
 - a. Montesquieu: presidente do Parlamento francês
 - b. Estabelece princípio da separação de poderes: poder deve ser limitado para não ser arbitrário; poder tem de controlar o poder (Locke foi o 1º a falar em separação de poderes); copia constituição inglesa e adapta-a a França
 - c. Esta constituição é adotada na revolução francesa: Rei é obrigado a chamar os Estados Gerais, o 3º Estado revolta-se e começa a revolução
 - d. 1789: declaração dos direitos do homem e cidadão – ainda hoje em vigor em França porque a atual constituição francesa feita à medida de Gualle
 - e. Constituição não é feita por Assembleia Constituinte mas o preambulo remete para a declaração de direitos revolucionário

O CONTEXTO PORTUGUÊS

FASES NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA PORTUGUESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

1. **Período Liberal (de 1822 até 1926):** Constituição de 1822; Carta Constitucional de 1826 (nas suas 3 vigências, não contendo um catálogo de direitos fundamentais) e a Constituição de 1938. É um período marcado por ruturas, avanços e retrocessos, com uma fraca consolidação do regime constitucional português. A tríade clássica liberal contempla a liberdade, segurança e propriedade.

ATENÇÃO: a Carta Constitucional PT não tinha declaração de direitos mas tinha um artigo, depois da organização do poder político, com vários parágrafos em que estabelecia um conjunto de direitos e liberdades (que correspondiam aos direitos e liberdades em sentido clássico mas também um pouco daquilo que hoje consideramos direitos sociais – por exemplo: haver socorros públicos, ensino primário gratuito para todos).

Distinguimos dentro deste período o **Período do Constitucionalismo Republicano:** Constituição de 1911. Há uma conceção eminentemente política dos direitos fundamentais: os direitos são perspectivados de forma assimétrica, ajurídica e reducionista como direitos políticos. Contém uma cláusula aberta de receção de direitos fundamentais e introduz o sistema de controlo de constitucionalidade (em qualquer processo, um tribunal pode levantar a exceção ou questão prejudicial de constitucionalidade).

2. **Período Ditatorial (de 1926 a 1974):** Constituição de 1933. Com o Estado Corporativo há um retrocesso, sendo o Estado interventivo e autoritário. Consagram-se DLG e DESC, sendo uma constituição económica. O legislador pode restringir as liberdades; os direitos são “self executing” e acabam por ser limitados pelo legislador. Os direitos valem através do legislador, mas não contra este.
3. **Período Atual:** Constituição de 1976. Tem um catálogo alargado de direitos fundamentais (DLG e DESC), com um regime geral dos direitos fundamentais e um regime específico para DLG. Reintroduz a cláusula aberta de direitos fundamentais (art. 16º CRP) e acrescenta-se a cláusula de receção formal de DUDH (art. 16º nº2 CRP). Criação do Tribunal Constitucional, com

competência para julgar as questões de inconstitucionalidade, designadamente, quanto a direitos fundamentais; o TC é o principal ator do processo de consolidação democrática através dos art. 1º (dignidade humana), 13º (igualdade), 26º (direito ao desenvolvimento da personalidade), 18º (eficácia direta e imediata dos DLG) e 20º (proteção jurídica sem lacunas) – estas normas permitem ao TC fazer uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são vistos como um sistema de valores objetivos e plurais, tendo-se consolidado a consciência democrática dos cidadãos.

Em princípio, os direitos fundamentais não podem ser restringidos, a não ser quando tal seja previsto pela CRP – há limites à revisão constitucional.

O SENTIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRP DE 1976

CRP 1976

PARTE I

1. Título I

2. Título II e III

a. Direitos fundamentais

i. DLG

1. Pessoais

a. Artigos 24º a 47º (capítulo I)

2. Participação política

a. Artigos 48º a 52º (capítulo II)

3. Trabalhadores

a. Artigos 53º a 57º (capítulo III)

ii. DESC (título III)

1. Artigos 58º a 79º

A. Princípios gerais dos direitos fundamentais

B. Regime jurídico específico para DLG (artigo 18º CRP)

C. Regime jurídico particular para os DESC (não se aplica 18º/1 CRP)

Caráter duplo dos direitos fundamentais

Fala-se no “caráter duplo” dos direitos fundamentais com o objetivo de acentuar quer os seus aspetos individuais, quer os seus aspetos institucionais ou coletivos. A Constituição de 1976 não foge a esta regra.

De um lado releva o aspeto de direito individual no que concerne aos chamados direitos da pessoa, que podem não apenas assistir a indivíduos singulares, mas também a grupos (coligações, associações, sindicatos, etc). Neste último trata-se de “instituições-pessoas”.

- lado individual dos DLG – direitos pessoais (o indivíduo como pessoa)

- lado coletivo ou institucional dos DESC – inserção do Homem na sociedade (sujeito como ser social)

Titulares dos direitos fundamentais são, em primeiro lugar, as pessoas físicas. Mas isso não quer dizer que as pessoas coletivas não possam também gozar dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. A este propósito dispõe o art. 12º da CRP, que “as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

Os **DLG** partilham uma conceção defensiva, individualista ou clássica: têm como contrapartida um dever, não exigindo qualquer intervenção por parte do Estado; são direitos dotados de uma maior densidade e determinabilidade constitucionais, o que lhes confere exequibilidade autónoma – contudo, não prescindem totalmente da intervenção do legislador (ex. art 41º nº 6 CRP).

Genericamente, os DLG são direitos de defesa do cidadão face ao Estado, caracterizando-se por um *non facere*. Já os **DESC** são maioritariamente direitos de prestação, o que implica uma ação por parte dos poderes públicos, um *facere*.

A Constituição alemã, quem tem uma conceção subjetivista em matéria de direitos, apenas enunciou os direitos fundamentais clássicos, tendo os DESC sido constitucionalizados pela jurisprudência do TC alemão.

Cláusula aberta de direitos fundamentais: artigo 16º CRP (processo de receção formal da Declaração Universal dos Direitos do homem). Se os direitos são pré-originários e preexistem à formação da autoridade política, isso significa que independentemente de estarem ou não expressos na CRP são explicitados pelos tribunais constitucionais.

Artigos 1º a 5º/6º foram cláusulas usadas pelo TC para constitucionalizarem direitos (já que este processo tem sido lento em Portugal). Temos, portanto, um sistema de proteção jurisdicional pensado para que não haja lacuna de proteção jurisdicional para os cidadãos.

NOTA: **268º/4 CRP**: não está contido no catálogo mas é direito fundamental (“direito fundamental fora do catálogo” – Gomes Canotilho).

Artigo 17º CRP: direito análogo aos DLG – direito de acesso a todos os tribunais, sendo um direito coração do Estado de Direito. Isto foi declarado pelo TC, é jurisprudência constante, e não existem autores que não considerem direito de acesso como verdadeiro DLG.

Além disso, a seguir à WWII, o indivíduo que não era sujeito de DIP passa a sê-lo, havendo um conjunto de legislação internacional (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950 e protocolos adicionais, como Carta dos direitos humanos da UE) que começam a proclamar os direitos fundamentais dos cidadãos.

A carta das Nações Unidas proclama, no parágrafo 7º do artigo 2º, a não ingerência nos assuntos dos Estados → Até que ponto é que a matéria dos direitos do Homem é retirada do direito interno e passa para direito internacional?

Independentemente dos regimes jurídicos existem estruturas e projeções diferentes. Mas em rigor os direitos fundamentais são todos os DLG e DESC.

Mas os direitos não são vistos em termos individuais ou subjetivos, também há **direitos de grupo**. Os direitos fundamentais podem assistir a grupos: associações e partidos políticos, direito à greve, etc.

O direito à greve é um direito DUPLO: individual, mas que só pode ser exercido coletivamente – tem uma dupla dimensão. Já os direitos das associações sindicais são direitos de grupo, apenas.

Quando num processo a decorrer num tribunal se levanta a questão da fiscalização da constitucionalidade, isto faz-se não pela dimensão subjetiva dos direitos mas sim pela sua dimensão objetiva (artigo 11º CRP, reiterado na parte final do artigo 18º) – enquanto valores constitucionais. Esta dupla dimensão dos direitos fundamentais (podem ser direitos pessoais, subjetivos, das pessoas, mas não deixam de constituir uma dimensão objetiva do Estado de Direito democrático e constitucional) tem relevância na força irradiante ou expansiva dos direitos fundamentais para a esfera jurídica privada (entidades privadas com força monopolística) E na questão da fiscalização da constitucionalidade.

Assim, não se tem apenas direitos **individuais** mas também **coletivos**, e ainda direitos **individuais de exercício coletivo**. Todos estes são reconhecidos pela CRP: direito de expressão, liberdade de consciência (só a conduta externa do sujeito em sociedade pode ser regulamentada juridicamente; a nossa consciência é um direito absoluto, é um domínio em que autoridades públicas não podem penetrar). Todos estes direitos são pessoais, subjetivos, mas são ao mesmo tempo valores constitucionais supremos. Uma democracia sem liberdade de expressão, etc., não é verdadeiramente uma democracia.

[1974, Presidente Roosevelt (discurso das 4 liberdades): as 4 liberdades fundamentais eram liberdade face ao medo, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade face à necessidade → base dos DLG e DESC.]

Todos são direitos fundamentais, estão no mesmo plano - a não ser que a CRP os hierarquize. Os direitos de proteção dos cidadãos face ao Estado (direitos de defesa que excluem a intervenção do Estado), como é, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, é uma expressão equívoca: os direitos não podem ser construídos como muros contra o Estado, justamente porque mesmo que os DLG tenham estrutura negativa, reclamando uma não intervenção do Estado, sendo exercidos em comunidade, têm que ser exercidos no sentido de negar intervenção do Estado MAS ser exercidos através dele. Por exemplo, direito de acesso à justiça e tribunais: para o termos o Estado tem que ter o dever jurídico de criar tribunais, etc.

Assim, apesar de se dizer que DLG são direitos de defesa, negativos, e que os DESC são direitos prestacionais, positivos, no fundo isto é uma falácia, dado que tanto uns como os outros têm dimensões negativas e positivas (exemplo, direito de sufrágio). Mesmo os DESC que não são diretamente aplicáveis também têm dimensões negativas e até subjetiva.

SISTEMAS DE SEPARAÇÃO DE PODERES:

- Separação horizontal de poderes
 - Poder legislativo, executivo e judicial
- Separação vertical de poderes
 - Estados federados em relação ao Estado Federal, por exemplo

Os DLG são uma forma de divisão do poder e de controlar o poder. Ou seja, na relação dos cidadãos com o Estado, o estabelecimento de um sistema de direitos fundamentais é forma de limitação do poder e de divisão de poderes (separação temporal dos poderes – renovação dos cargos, sendo esta a base do princípio republicano). O objetivo é defender o princípio geral da dignidade da pessoa humana.

A CRP de 1976 vem estabelecer o primado dos direitos sobre a lei: antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, agora as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Os direitos fundamentais postulam basicamente uma pretensão de proteção de uma esfera de vida que não pode quedar estritamente ao alcance do legislador. Os Direitos Fundamentais não são meras “concessões do Estado”, simples tolerância estadual. A sua garantia jurídica não se reduz a uma simples “reserva de lei”. Pelo contrário, os DLG são agora diretamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas (**art. 18º nº1/2 CRP**), incluindo os poderes legislativo, executivo e judicial, que devem dirigir a sua atuação conforme aos direitos fundamentais. O seu fundamento não é mais o princípio da legalidade, mas o princípio da constitucionalidade.

Assim, acentua-se a “dupla natureza” dos direitos e liberdades jusfundamentais. Os direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de Direito.

O critério da aplicabilidade direta do art. 18º da CRP, no que concerne aos DLG, significa que estes se encontram dotados de “densidade suficiente” para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei.

Assim, antes, os direitos valiam apenas nos termos da lei, os direitos existiam dentro da ‘bondade do legislador’ que nunca se enganava (lei era a sacralização da vontade geral), ideia retirada da noção de contrato social de Rousseau. Assim, o legislador era defensor dos direitos e liberdades e a lei era representação da vontade geral e nunca podia ir contra o povo.

Hoje, os direitos só vigoram no âmbito da CRP e impõem-se ao legislador. Os DLG não estão à mercê do legislador, têm força constitucional. Isto significa que AR, Governo, PR e AP têm como 1º dever respeitarem as suas competências, a separação de poderes horizontal e os DLG dos cidadãos. Se isto não for observado estamos perante uma inconstitucionalidade e deve caber recurso para o TC.

Embora em Portugal não tenha havido muitos processos de fiscalização da constitucionalidade por omissão, um dos primeiros que houve foi porque não havia lei de proteção de dados pessoais.

Há quem defenda que a aplicabilidade direta dos DLG só é possível porque há densidade suficiente, o que não existe nos DESC: questão da determinabilidade. Isto não é verdade, de acordo com a prof: independentemente da estrutura, que exige *facere* ou *non facere* → São ambos direitos fundamentais. ASSIM, não é a questão da determinabilidade ou indeterminabilidade que justifica aplicabilidade direta ou não.

Por fim, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, sendo uma declaração relativamente recente, não divide entre DLG e DESC → a Prof. diz que não deve haver divisão taxativa entre os dois, são ambos direitos fundamentais, não são meras normas programáticas, o princípio é da interpenetração e indivisibilidade dos direitos (mesmo numa dimensão supraindividual). Portanto, em caso de dúvida quem decide é o TC (daí que o direito de propriedade seja um direito análogo aos DLG – CRP define-o como DESC mas tem aspetos defensivos, daí que TC o considere como análogo aos DLG).

CAPÍTULO 2 – TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO

- **Perspetiva clássica:** a Constituição indica o Estatuto da ordenação dos poderes do Estado. Há uma correspondência entre o Estado e a constituição.
- **Perspetiva moderna:** a Constituição continua a incluir aspetos de organização de poder político, mas também da organização da própria sociedade (estabelecimento de direitos fundamentais e disposições relativas à Constituição económica e financeira. Há uma correspondência entre a Constituição e o Estado e a Sociedade.

- Ideia de Constituição como texto escrito que consagra uma determinada organização do poder político, de acordo com o princípio da separação de poderes. Esta ideia surge no **constitucionalismo moderno**, cuja data de nascimento é no século XVIII (revoluções francesa e americana) e talvez até antes se tivermos em conta o contributo inglês (do século XVII)
- Isto não quer dizer que antes do surgimento das constituições formais escritas não existissem direitos fundamentais. Já antes existiam um conjunto de princípios que organizavam a sociedade. Desde que existem coletividades com características de Estado existem princípios jurídicos organizadores – o que vai de encontro à característica da institucionalização. Contudo, o conceito não é de Constituição em sentido formal, mas material. Os Estados da Antiguidade e da Idade Média possuíam também uma “constituição” no sentido de um estatuto definidor da unidade e ordenação dos respetivos poderes. Este conceito institucional de constituição corresponde a toda a comunidade dotada de um mínimo de organização política.
 - Neste sentido podemos dizer que onde há Estado há Constituição. Mas para haver constituição tem de haver Estado?
 - Constitucionalismo sem estado → Alguns autores que trabalham nesta matéria dizem que existem questões constitucionais transversais, como a proteção dos direitos fundamentais, proteção essa que não se tem de fazer necessariamente por via do Estado.
 - Se desligarmos a Constituição da ideia de Estado percebemos que o constitucionalismo não está ligado à ideia de Estado mas sim à ideia de proteção do cidadão por via dos direitos fundamentais.

- **Conceito de constituição moderno:** ordenação de comunidade política através de um documento escrito que pretende proteger os cidadãos, e os seus direitos fundamentais e organizar os poderes do Estado, limitando o poder. Há uma vinculação direta dos direitos fundamentais ao conceito de Constituição.

Artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 → vincula a ideia de constituição a um determinado conteúdo. Este mínimo de noção do conteúdo mantém-se, mas alargou-se o conteúdo de constituição. O conceito de constituição abriu-se a uma pluralidade de fins.

A passagem das chamadas “constituições negativas”, que delimitam o poder do monarca, mas que não garantem a proteção dos direitos individuais, às chamadas “constituições positivas”, marca o nascimento da constituição em sentido moderno, tal como proclama o art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 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 do poder do Estado. Devem antes ser

compreendidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam um concreto e objetivo sistema de valores. A adoção de uma determinada constituição visa a limitação do poder mas antes disso consagra os valores fundamentais de comunidade e legitima o poder político de acordo com os valores. Assim, a constituição é a razão de legitimidade do Estado.

O conceito de constituição não está apenas ligado a Estado enquanto poder político: a constituição é também uma constituição de sociedade e que visa organizar a vida das pessoas em sociedade, daí o facto de se ocupar dos direitos das pessoas. Ou seja, de acordo com esta ideia de constitucionalismo moderno a Constituição dirige-se ao Estado mas não apenas ao Estado enquanto poder político mas também ao Estado enquanto comunidade de pessoas.

Neste sentido moderno, a Constituição e os direitos fundamentais são indissociáveis., pelo que a CRP não é vista como CRP negativa (cujo objetivo é limitar o poder) mas como uma constituição positiva com função de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

A constituição não é mais a constituição do Estado, mas a constituição do Estado e da Sociedade. Por isso se afirma que a garantia e proteção dos direitos fundamentais não resulta unicamente do princípio de separação de poderes, mas deve ser assegurada pelo Estado. Quer dizer, não se procura unicamente organizar o poder político, mas estruturar o próprio corpo social.

A IDEIA DE LIMITAÇÃO

A CRP visa simultaneamente constituir o poder e limitá-lo.

Os direitos fundamentais são pré-constitucionais e o seu valor é independente do seu reconhecimento por uma declaração de direitos, dentro ou fora do articulado constitucional.

O princípio da unidade da Constituição afirma que, tirando os limites do art. 288º da CRP, que gozam de valor supraconstitucional, não há hierarquia entre as normas jurídico-constitucionais, sendo os conflitos resolvidos segundo um método de ponderação (princípio da concordância prática).

Os direitos fundamentais têm uma dupla natureza: subjetiva e objetiva.

Os direitos fundamentais vêm identificados com os direitos subjetivos, deixando deliberadamente na penumbra a sua contraparte “objetiva”, isto é, a conceção dos direitos fundamentais como “princípios de direito objetivo”, de limitação de poderes públicos e, particularmente, do legislador.

Exemplo: artigo 24º/1 CRP – retiramos o direito à vida, designadamente o direito a não se ser privado da vida. Dimensão negativa/objetiva da vida. Para além disso retiramos também um princípio fundamental do estado português, sendo este a dimensão subjetiva/positiva.

Não podemos absolutizar a dimensão objetiva, senão podemos colocar em causa a proteção de direitos individuais.

Estes direitos fundamentais são princípios fundamentais da comunidade política, que legitimam o exercício do poder dessa comunidade.

HESSE HABULE: a proteção dos direitos fundamentais deve ser assegurada pelo Estado através das constituições. Pressupomos assim uma constituição normativa.

- **A força normativa de constituição**

- A constituição não é apenas um texto político, ela é norma jurídica pois tem a proteção normativa da vida em comunidade e é norma jurídica superior, pelo que por isso subordina o direito ordinário

- O constitucionalismo vem acompanhando de garantias através dos mecanismos de fiscalização da constituição (que começaram nos EUA)

ASSIM, a constituição normativa tem a pretensão de organização da vida em comunidade. É dotada de supremacia face ao restante direito e é por isso norma suprema do ordenamento. Assim, em caso de conflito, prevalece a norma constitucional. Por isso se diz que a consagração dos direitos fundamentais na constituição vem proteger ainda mais os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais resultam da constituição, pelo que o legislador ordinário tem que os proteger. Assim, não cabe ao legislador ordinário dispor dos direitos fundamentais mas apenas regulá-los. Assim a lei não pode dispor destes direitos e por isso este modelo é garantístico dos direitos fundamentais.

Daí que muitos autores falem de uma tensão entre constitucionalismo e democracia. A democracia diz-nos que quem tem poder é o povo, que elege os seus representantes, pelo que podíamos assim supor que o legislador podia fazer tudo. Contudo, com o constitucionalismo tal não acontece porque desde logo o legislador está limitado pela constituição. Assim, o legislador democrático está limitado pela força da constituição, pois o constitucionalismo limita o poder democrático.

Neste sentido, os tribunais têm um papel importante pois o poder judicial garante a constitucionalidade. Daí que haja também uma tensão entre poder judicial e legislativo, pois os tribunais podem anular leis por contrariarem o disposto na Constituição.

Contudo, é diferente considerar o poder judicial e legislativo no sistema de *common law* e *civil law*.

2 MODELOS: constitucionalismo VS legalista

JELLINEK: diz que podemos reconhecer diferentes estatutos entre indivíduo e estado

1. Status passivo ou status subjectionis: de submissão do indivíduo ao Estado, tratado com relativa brevidade.
2. Status negativo ou status liberatis: direitos a ações negativas face ao Estado, acompanhadas de uma pretensão de “reconhecimento”. O indivíduo tem uma esfera de liberdade e nessa esfera o Estado não interfere. Estatuto da liberdade face ao Estado.
3. status positivo ou civetatis: direitos concreta e positivamente determinados, que aponta essencialmente para um dever de pretensão do Estado.
4. status ativo: o indivíduo tem direitos face aos órgãos do poder, a atividade do Estado só é possível devido aos indivíduos pelo que o Estado confere aos cidadãos a possibilidade de realizar prestações por conta do Estado.

Exemplo: direito de voto.

Em Jellinek a delimitação entre os direitos negativos e os direitos positivos era feita através da lei, basicamente de dois modos:

- negativo, através do princípio da “reserva de lei”;
- positivo, pela fixação do princípio da “precedência de lei”, isto é, pela vinculação da atividade pública às leis existentes.

No séc. XIX, por isso, quer os direitos negativos quer os direitos positivos encontravam-se 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.

No séc. XX, com a afirmação do princípio da “supremacia da Constituição” a situação alterou-se. O legislador passa a estar vinculado aos direitos fundamentais.

Mas será só no pós-1945 que irá ter lugar a discussão sobre o novo contexto constitucional dos direitos fundamentais, designadamente o seu conceito, estrutura, essência e função, bem como sobre a validade e força jurídica dos mesmos. São construídas “teorias dos direitos fundamentais”. De entre estas, a que gerou mais controvérsia, foi a conceção dos direitos como informando uma “ordem” ou “sistema” de valores” concreta e objetiva. Esta ideia do recurso a um sistema de valores como corretivo do direito positivo – sempre discutível num sistema democrático e pluralista – é hoje prática corrente nos tribunais de justiça constitucional.

A ABERTURA DO CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como reação às ameaças fundamentais que circundam o homem: uma vez que estas ameaças se vão alterando historicamente tem que se criar constantemente novos instrumentos de combate, que devem ser desenvolvidos sempre de novo, em nome do homem e do cidadão. Isso significa uma abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção, de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos contra os “novos” perigos que possam surgir no decurso do tempo.

Os direitos fundamentais variam tanto no espaço como no tempo. Não existe um “*numerus clausus*” de dimensões de tutela, assim como não existe um “*numerus clausus*” dos perigos. Daí a origem da expressão “proteção dinâmica dos direitos fundamentais” a que corresponde uma tutela “flexível, móvel e aberta” desses direitos no seu conjunto. Os direitos fundamentais dependem do contexto social, espacial, temporal e histórico, implicando a sua compreensão alargada.

Na década de 70 do séc. XX surgem novos direitos: privacidade, autonomia, intimidade, personalidade e liberdade. (surgem com a decisão “*Grisworld vs. Connecticut*”). Tornam-se os direitos de personalidade como verdadeiros direitos fundamentais, atendendo-se ao aspeto positivo de afirmação da própria personalidade, para além dos aspetos negativos da 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.

Todo este conjunto de direitos é uma conquista do movimento constitucional que deve ser concretizada, quer em termos do seu conteúdo, quer em termos de abertura.

Surge o problema de como aceitar direitos não enumerados. Há varias respostas: os interpretativistas defendem que os direitos só existem desde que tenham um apoio textual numa cláusula constitucional; outros defendem que os direitos podem ser descobertos ou reconhecidos pela jurisprudência, nas penumbras da declaração do direito; os que apoiam uma conceção jusnaturalista procuram os direitos numa lei superior à própria Constituição.

A CRP, na sua parte I, começa com os direitos e deveres fundamentais (artigos gerais comuns a todos os direitos e vai até adiante, na sua sequencia, até à organização do poder económica; artigo 12º a 80º). É isto que os constitucionalistas chamam de catálogo de direitos fundamentais – direitos enumerados. Mas também existem direitos fundamentais fora deste catálogo.

Exemplo: artigo 268º/4 (cláusula aberta de acesso aos tribunais do contencioso administrativo) CRP → Isto é DLG fundamental, mas fora do catálogo. O TC sempre o considerou como direito análogo aos DLG, com a mesma força jurídica.

Portanto, o catálogo é o que vem na sequência, embora exista direitos fora desta.

Ora, se há uma receção formal da DUDH (artigo 16º/2 CRP), qualquer direito que esteja expresso nessa declaração é seguido na ordem jurídica portuguesa como direito fundamental.

PROBLEMA: os direitos não são concedidos pelo Estado. São direitos fundamentais porque não são concedidos pelo Estado, sendo apenas reconhecidos.

A relação entre cidadão e Estado é vertical e a relação entre cidadãos entre si é horizontal. Daí a existência de um sistema de direitos fundamentais, independentemente de estarem ou não consagrados numa Constituição. Num Estado de Direito democrático estes existem sempre, sendo constitucionais quando consagrados na constituição.

Este sistema de direitos, aplicável e garantido pelos tribunais, e com este catálogo de direitos fundamentais aberto, só pode funcionar com sociedades estáveis. Garantir a totalidade dos direitos (nomeadamente direito à qualidade de vida, direito ao ambiente, etc. – no fundo, DESC) implica uma estabilidade social e política, uma cultura jurídica e política favorável aos direitos fundamentais. O Estado de Direito Democrático não visa apenas ter declarações de direito que ficam pelo papel, mas sim que declarações vinculantes concretizadas na prática.

Uma outra questão: em matéria de direitos, temos que abrir a chave, sem distinguir entre DLG e DESC, temos que definir os que são direitos de defesa (implicam não intervenção) e os direitos ativos, que implicam prestação por parte do Estado – direitos de prestação.

Por exemplo: direito de voto – direito de defesa, mas com dimensão prestacional

A PROTEÇÃO JURÍDICA SEM LACUNAS:

Classicamente, os direitos fundamentais eram considerados competências negativas em relação aos poderes públicos; assim, há necessidade de criar normas procedimentais de carácter estrutural, de organização do procedimento (direitos estruturais), que possam valer como garantia a estes direitos.

Os art. 202º e seguintes e o art. 268º da CRP são normas de organização e procedimento que são direitos de carácter estrutural; são direitos fundamentais como garantias de procedimento, que implicam a ordenação por parte do Estado, duma organização e criação de procedimentos (art. 20º nº 4 CRP).

Isto vem ampliar a garantia dos direitos fundamentais, o que implica uma revisão dos métodos de interpretação, já que os métodos clássicos (criados por Savigny para o Direito Privado) são manifestamente insuficientes para resolver conflitos de direitos e, por outro lado, porque as constituições também mudaram (são agora documentos longos em que os esquemas condicionais foram substituídos pelos esquemas finalísticos, com uma grande carga ético-social).

Quanto ao efeito dos direitos fundamentais em relação a terceiros, se os direitos fundamentais foram pensados numa relação indivíduo-Estado, a partir de dado momento, o conceito de direito fundamental passa também a ser exercido em relação às forças de poder económico-privadas (enquanto normas constitucionais, os direitos fundamentais vigoram tanto para o setor público, nomeadamente o empresarial), como para entidades privadas).

Tudo aquilo que eram os antigos direitos civis de personalidade viu o seu conteúdo e âmbito ser alargado. Bem como o eu escalão ser elevado para o patamar constitucional. É neste plano que, depois deste grande alargamento, vamos ter uma proteção jurídica sem lacunas, como é próprio daquilo que um Estado de Direito deve proporcionar.

Essa “**proteção jurídica sem lacunas**” ou “**garantia constitucional nova**” dos direitos jusfundamentais, deve ser entendida, segundo Gomes Canotilho:

- em primeira linha, como um **direito à proteção jurídica através dos tribunais (art. 20º CRP)** e mediante um processo justo e equitativo, que implica que todos tenham direito a uma decisão em prazo razoável - uma justiça eficaz e temporalmente adequada (pois uma justiça tardia equivale a uma denegação da justiça).

- e como um direito de acesso à jurisdição administrativa (art. 268º nº4 CRP). Consagra-se definitivamente a eliminação da chamada cláusula do princípio da tipicidade em relação ao procedimento administrativo – pode recorrer-se de qualquer ato administrativo independentemente da sua forma. Consagra-se assim a **cláusula aberta de acesso à jurisdição administrativa** (acaba por relativizar o princípio do privilégio da decisão prévia).

Os direitos fundamentais têm hoje uma proteção constitucional que sujeita o Estado a uma obrigação de tutela, a um dever de proteção na aplicação e concretização destes direitos (é para este campo que Haberle cria o *status activus processualis*). Os direitos têm que ter uma garantia processual efetiva; não basta a proclamação de direitos, o Estado tem também que ordenar procedimentos e estruturas de garantia de que, em caso de violação, as pessoas possam servir-se de modo a serem restituídas à sua posição anterior ou ressarcidas se tal não for possível. A um direito fundamental corresponde um dever de proteção.

CAPÍTULO 3 – TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DE UMA TEORIA GERAL OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Montesquieu escrevia que os direitos fundamentais fazem parte da liberdade pública e, nesse sentido, num Estado de Direito, não podiam deixar de fazer parte do conceito de “soberania”. Hoje não se fala em soberania estadual, mas em soberania popular, que reconhece e defende o princípio das liberdades públicas.

A teoria oitocentista alemã dos “direitos subjetivos públicos” reduzia a garantia desses direitos e liberdades a uma “reserva de lei”, negando-lhes, conseqüentemente, a sua garantia constitucional.

A partir de 1945 dá-se uma aproximação das legislações e a correspondente “harmonização” de conceitos no domínio dos direitos fundamentais. A convergência é sustentada pela conclusão de tratados internacionais que garantem um grau idêntico de proteção jurídica.

Mas o pós-1945 é caracterizado ainda por uma “ambivalência” no que concerne às concepções constitucionais de direitos fundamentais. Daí a necessidade de defender uma teoria geral objetiva desses direitos e liberdades no seu conjunto. Uma teoria que tenha em conta uma “síntese dialética” entre “as várias gerações”. Como defende Gomes Canotilho, uma teoria “construída com base numa constituição positiva” e “não apenas uma teoria dos direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico”, e dentro de uma “teoria do direito praxeologicamente orientada”.

Os direitos fundamentais prestam-se a uma síntese multigeracional e dialética pois as várias gerações vão fazendo uma sobreposição, uma ponte quanto aos direitos fundamentais.

Há uma única teoria dos direitos fundamentais? Não. Ora, se o estado é democrático tem um pluralismo de expressão e organização política. Existem, por isso, múltiplas teorias, atendendo às várias perspectivas de base.

Com ordenar uma teoria de direitos sem ter por trás um conceito de Constituição?

Fala-se hoje no princípio da integridade, que implica que o intérprete da Constituição a aborde, não com a mente em branco, mas com um conceito de democracia constitucional própria – “Constitucionalismo moral ou reflexivo” (Gomes Canotilho) – no entanto, o dilema disto é poder-se dizer que o Estado não é neutro, nem liberal ao pressupor uma filosofia constitucional própria.

É neste enquadramento de uma compreensão alargada dos direitos fundamentais, da inserção dos direitos dentro de uma Constituição (que implica uma teoria constitucional ou uma democracia constitucional) que vão surgir as teorias dos direitos fundamentais – são sempre objetivas, delimitando o objeto, as funções e os fins.

É a partir das diferentes teorias que vamos encontrar o fio condutor para perceber, este catálogo de direitos que parece disperso, a não ser que haja um fio condutor, um imperativo categórico em relação a ele.

Em matéria de direitos fundamentais, a teoria geral dos direitos fundamentais surge porque há um catálogo, um sistema de direitos, que deve ser coerente, garantido e protegido através de um conjunto de normas de estrutura, de organização e procedimento – é o conjunto dessas normas que visa supra-garantir o sistema de direitos e a identidade da própria Constituição, que forma o núcleo básico da teoria dos direitos fundamentais.

OBJETO E FUNÇÕES

Dentro de um Estado Constitucional não vale o princípio da unidade ou equivalência entre os direitos fundamentais e deveres fundamentais. Há outros princípios relevantes:

- princípio da primazia dos direitos fundamentais sobre os deveres fundamentais;
- princípio da multifuncionalidade dos direitos. Esta expressão não se confunde com os elementos, funções e dimensões dos direitos e liberdades num determinado contexto político-social; São os direitos fundamentais na sua totalidade (R. Alexi), isto é, na totalidade das suas múltiplas compreensões e dimensões jurídico-funcionais.

A multiplicidade dos direitos fundamentais, o desenvolvimento dogmático deste sistema coerente de direitos, traz problemas à teoria constitucional. Antes de mais, começa-se a ouvir falar na eficácia horizontal dos direitos (no sentido cidadão – cidadão). Até então tinham uma mera eficácia vertical, enquanto esferas livres da intervenção do Estado.

Começa-se também a falar na *vis expansiva* dos direitos fundamentais, isto é, na capacidade de se expandir e de albergar todos os domínios jurídicos.

Teoria dos Princípios (R. Dworkin): os direitos passam a ser vistos, simultaneamente, como corporizados em normas jurídicas ou em princípios – caso não haja uma norma que os corporize não valerão como normas, mas como princípios ou mandatos definitivos ou de autonomização.

Inicialmente, os direitos fundamentais eram concebidos como direitos subjetivos, como poder de vontade (segundo Savigny) ou interesse juridicamente protegido (segundo Jhering) – lado subjetivo.

A CRP acrescenta a esta dimensão subjetiva, a questão da proteção jurídica, de caráter não apenas legal mas verdadeiramente constitucional – ao aspeto subjetivo acrescenta um lado objetivo, o da proteção jurídica.

A doutrina tem individualizado dois tipos de direitos subjetivos:

- direitos subjetivos entendidos como “direitos de defesa” (sentido clássico), 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.

Os primeiros pressupõem a delimitação de um espaço livre da intervenção do Estado; os segundos implicam uma reconstrução da própria teoria dos direitos fundamentais.

É a dimensão da defesa que mais releva nestes direitos, pois implica uma verdadeira abstenção por parte do Estado.

Segundo Jellinek, na sua perspetiva relativa ao objeto e funções duma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, naqueles direitos em que é interdita a intervenção do Estado o que existe é um poder de autodeterminação (de se determinar a si próprio e à sua conduta), quer como liberdade de ação, quer como esfera livre em relação à intervenção do Estado – assim sendo, não faz sentido falar-se em

liberdades (no plural), mas em liberdade (no singular), porque o que é acentuado é aquela liberdade de ação cuja contrapartida é a esfera de não intervenção do Estado.

Dworkin defende que os direitos fundamentais são a base e fundamento de toda a ordem jurídica, substituindo, na pirâmide kelsiana, a norma geral e abstrata – assim, todas as normas jurídico-públicas verão a sua validade ser apreciada pelo respeito ou não aos direitos fundamentais.

Tal leva a uma expansão do poder judicial, que se transforma no garante destes direitos (em detrimento do anterior defensor – o legislador): matérias que anteriormente eram consideradas atos políticos insuscetíveis de fiscalização judicial passam a ser submetidas a esta apreciação.

SUA INSERÇÃO NO QUADRO DAS CHAMADAS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Questão: como proceder à interpretação e aplicação, em concreto dum sistema que pretende ser coerente e efetivo de direitos e que representa um determinado conjunto de valores e bens constitucionais, sem que o Estado e os seus órgãos aplicadores façam sua uma determinada filosofia jurídico-política, isto é, sem se proceder a uma hierarquização de valores.

Na Alemanha, o conjunto das teorias dos direitos fundamentais, pelas quais o catálogo dos direitos resultaria “supra-protetido”, pode ser ordenado da seguinte forma:

1. Teoria liberal (diferente do liberalismo oitocentista do Estado-polícia): teoria liberal social e federativa que tem em conta as várias dimensões dos direitos fundamentais – o lado individual e social. Se por um lado, relativamente aos direitos individuais, entendidos como direitos subjetivos de defesa, se acentua o seu aspeto de garantia, também se tem em conta o Homem socialmente situado, isto é, os aspeto económico, social e cultural (DESC) – Teoria da Dupla Natureza dos Direitos Fundamentais. Estes direitos ou pretensões devem ser entendidos no quadro de uma cidadania ativa – uma cidadania que não é apenas um estatuto jurídico que liga o cidadão ao Estado, mas que também garante que a pessoa faça uso desses direitos e liberdades fundamentais.
2. Teoria da ordem de valores: os direitos formam um sistema que representa determinados valores ou bens constitucionalmente valorados – o conjunto desses direitos constitui uma ordem concreta e individual de valores, assim como cada direito de per si representa uma decisão jurídico-fundamental de carácter valorativo. Crítica: como é que em sede de conflito se vai harmonizar ou conciliar os direitos fundamentais?
3. Teoria Social: acentua uma 2ª dimensão dos direitos fundamentais – aspeto individual + coletivo + procedimental (o status activus processuadis). Os direitos fundamentais como garantias de procedimento, cabendo a tarefa interpretativa a todos os órgãos do poder político.
4. Teoria democrático-funcional: estava ligada a 2 questões específicas do Direito Constitucional alemão, relativas ao art. 18º da Constituição Alemã, que admite a suspensão e perda de direitos fundamentais por abuso (teve a ver com um período de luta contra o terrorismo vivido na Alemanha na década de 70). Trata-se de uma funcionalização dos direitos que hoje é inadmissível.
5. Teoria socialista dos direitos fundamentais: estabelece a prevalência dos deveres fundamentais sobre os direitos fundamentais. Há uma funcionalização e instrumentalização extrema dos direitos, que são utilizados como instrumentos e não como fins em si próprios (teve relevância nos Estados Socialistas da URSS)

CAPÍTULO 4: O CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

NORMA E FORMULAÇÃO DE NORMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta é a terminologia adotada por Muller e por Gomes Canotilho. Os italianos utilizam as expressões disposição e norma.

NORMA – A norma jurídica não corresponde ao texto, antes se apresenta como o “resultado” da interpretação. A norma é o produto de uma interpretação feita por todos os órgãos chamados a aplicar a Constituição (Tribunais, PR, Governo, Administração Pública). O que é objeto da interpretação não é a norma, mas um texto. Daí a criação de direitos pelo processo de interpretação. O Direito é criado através de um processo de interpretação. A norma jurídica não é *prius* de interpretação, mas sim produto desta: o texto da norma é diferente daquilo que retiramos depois de interpretação.

FORMULAÇÃO DE NORMA = Enunciado linguístico (ou disposição de norma segundo os italianos): texto da norma jurídica, isto é, o objeto da interpretação (são os artigos constitucionais, ex.: art. 8º CRP)

Por um lado, a norma jurídica não corresponde ao texto; por outro, o objeto da interpretação não é a norma, mas o texto, a disposição ou formulação da norma. A disposição apresenta-se como objeto da interpretação, enquanto que a norma surge como o resultado.

Então: Formulação de norma (= enunciado linguístico; dispositivo) → *de onde resulta, após interpretação* → norma de direitos fundamentais, que é o produto da interpretação

A ação interpretativa e de criação de direito faz-se em, pelo menos, dois níveis:

1. Geral: o operador jurídico enuncia uma norma geral (o produto da interpretação), que deve presidir à aplicação a todos os casos concretos (quando se trate do TC ou dum Tribunal superior)
2. Particular: o operador jurídico enuncia uma norma particular (aplicação ao caso concreto), ou seja, tem que aplicar a norma que foi retirada do texto e adequá-la ao caso concreto.

Esta formulação dualística implica que se desça do nível de abstração para um nível de concretização, até se chegar à norma de concretização – método de concretização.

Esta “operação de legislação” pelos tribunais e pelo poder judicial apresenta um carácter retroativo, porque se pronuncia sobre factos que, tendo ocorrido depois da edição do texto da norma, são anteriores à interpretação.

Portanto, quando se interpreta faz-se uma qualificação jurídica. Por isso, primeiro temos uma norma em abstrato e depois temos uma norma em concreto (quando aplicada ao caso concreto).

Nota 1: A interpretação constitucional é diferente da tradicional: esta última baseia-se num processo lógico-substantivo e dedutivo que não pode acontecer em Direito Constitucional, onde há as regras interpretativas próprias enunciadas.

Nota 2: 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.

Exemplos:

Artigo 24º CRP: “A vida humana é inviolável” é o dispositivo normativo (enunciado linguístico, para professora; formulação de norma, para Gomes Canotilho) – clausula geral que tem de ser concretizada. *A vida humana é inviolável:* é a formulação de norma, de onde retiramos através da interpretação a norma de direitos fundamentais de que *nunca haverá pena de morte*. Bastava o enunciado linguístico para deduzir a norma de direitos fundamentais de que ‘não há pena de morte’, embora venha expresso no nº2.

- **Artigo 26º CRP:** direito à integridade física e moral (assédio, tortura, etc.)

→ São cláusulas gerais que têm de ser interpretadas, para daí resultarem as normas jurídicas. A norma jurídica só vem da interpretação. Se dissermos que a eutanásia viola ou não o 24º/1 CRP o que estamos é, através da interpretação de um dispositivo, a fixar uma norma.

ASSIM, uma coisa é o enunciado linguístico, outra coisa é a norma que resulta do processo interpretativo. Portanto, o artigo 24º pode conter varias normas jurídicas que são produto da interpretação.

- **Artigo 2º CRP:** Estado de Direito Democrático
 - De onde é que o TC retira que são os princípios básicos o princípio da confiança legítima e princípio da segurança jurídica? Eles não estão no dispositivo, mas são normas constitucionais que se retiram através da interpretação desta cláusula/artigo. O dispositivo é o enunciado linguístico do qual se retiram um conjunto de direitos e princípios jurídico-constitucionais

Por outro lado, a CRP não é uma codificação (algo de fechado). A CRP é aberta, quer em termos internos quer externos/internacionais: no artigo 7º em matéria de política externa e relações internacionais há abertura à cooperação internacional e interdependência (uma vez que Portugal é membro de Organizações Internacionais multilaterais, como a NATO, ONU).

A interpretação da norma constitucional inclui necessariamente o diálogo e cooperação dos três poderes de governo. O Tribunal Constitucional surge como instância de resolução de dúvidas em caso de conflito prático. Há um direito constitucional não textualizado, mas que está implícito no texto a interpretar. O Tribunal Constitucional faz a interpretação jurídica vinculante.

A este propósito, Gomes Canotilho distingue entre **dois níveis de “densidade” e “de abertura”**. Distingue entre:

- abertura das normas constitucionais – abertura horizontal, relativa à incompletude e ao carácter fragmentário, isto é, não codificador, do texto constitucional. Há normas que são consideradas densas (que pouco ou nada carecem de interpretação) e outras que são consideradas menos densas ou aberta (necessitando de interpretação, possibilitam uma maior margem de aplicação pelo legislador político-democrático)

- abertura da constituição – abertura vertical, individualizadora do carácter geral e da indeterminabilidade de muitas das normas e princípios constitucionais que, por isso mesmo, se abrem à mediação concretizadora do intérprete. Uma Constituição de um Estado de Direito Democrático é necessariamente aberta; contudo, aquilo que deve permanecer como identificativo duma Constituição deve ficar denso; apenas o que possa e deva evoluir é que se deve caracterizar por uma menor densidade e, portanto, por uma maior abertura.

É quanto às cláusulas abertas da CRP que surge o problema da interpretação constitucional, pois estas possibilitam uma multiplicidade de formas de aplicação.

É impossível ter um quadro de sistema do sistema de direitos fundamentais olhando unicamente para a CRP - também há que ter em conta a jurisprudência dos tribunais, designadamente a do Tribunal Constitucional.

Para resolver determinados casos jurídicos há que saber como é que determinadas cláusulas constitucionais e certos tipos de direitos que não estão enumerados (estão implícitos no texto constitucional) foram ou não reconhecidos pelo Tribunal Constitucional. (ex. art. 268º nº4, que o Tribunal Constitucional considerou consagrar um DLG de natureza análoga – art. 17º; a partir daqui todos os tribunais têm que tomar isto em conta).

Paralelamente à questão da norma ou formulação de norma surge uma outra terminologia, de Gomes Canotilho:

- programa normativo (enunciado linguístico ou texto da norma)

- âmbito ou setor normativo (componente contextual ou empírico-fática – contexto social a que se vai aplicar determinada disposição jurídica)

A norma jurídica corresponde à junção do “programa normativo” com o “âmbito ou setor normativo”:

CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL = PROGRAMA NORMATIVO (componente linguística) + ÂMBITO OU SETOR NORMATIVO (componente contextual)

O programa normativo possui uma função de “filtro” relativamente ao setor normativo, sob um duplo ponto de vista: como um “limite negativo” (ao não permitir determinada ação) e como “determinante positiva” do setor normativo (limite positivo porque indica uma determinada ação). O âmbito normativo não pode ir além daquilo que se encontra estipulado no programa normativo.

Mas, em ambas as terminologias, a conclusão é invariavelmente a mesma: a norma jurídica não é o ponto de partida da interpretação, mas o seu resultado.

Daí que se afirme que o ciclo de realização do direito deva compreender os seguintes momentos:

1. Determinação do texto da norma; 2. Concretização da norma em sentido amplo; 3. Nova determinação do texto da norma. Assim, a “normatividade” não se relaciona com o “texto da norma”. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica.

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL inclui necessariamente os três poderes do governo – legislativo, executivo e judicial – num processo de diálogo e cooperação quanto à determinação do significado objetivo do texto constitucional. Todo o poder político instituído aplica os direitos fundamentais.

A interpretação pelo Tribunal Constitucional é a interpretação autêntica (no sentido kelsiano do termo). Quando o Tribunal Constitucional se pronuncia, afasta as interpretações dos outros órgãos. É uma interpretação institucional (feita por um órgão institucional que detém *potestas*, isto é, um poder

público competente para tal) e vinculante (tem força obrigatória geral, vinculando entidades públicas e privadas.

DIREITO COSTUMEIRO: em matéria de direitos fundamentais não se pode falar em costume; fala-se antes em Direito Constitucional **escrito** e Direito Constitucional **não escrito**. Havendo dúvidas sobre a caracterização de um direito, ou mesmo sobre a existência de um direito não enumerado, deverá recorrer-se ao Tribunal Constitucional, a fim de se preservar a paz social.

Em Portugal, apesar de não haver recurso de amparo, o Tribunal Constitucional pronuncia-se quando há dúvidas sobre a constitucionalidade, sendo que as entidades com competência para formar tal pedido ao TC são autoridades institucionais. A partir do momento em que TC se pronuncie, as dúvidas desfazem-se e o Direito Constitucional passa de não escrito para expresso. Assim, o limite entre o jurídico ou constitucional e o não jurídico ou não constitucional passa a ser fixado, não por órgãos do poder político, mas por uma autoridade judicial independente.

DIREITOS ENUMERADOS E DIREITOS NÃO ENUMERADOS

Esta terminologia foi utilizada por Dworkin. RONALD DWORKIN: “taking rights seriously” (1977) → Está a falar da Constituição dos EUA e do Reino Unido.

Jorge Miranda distingue direitos constitucionais em sentido formal e em sentido material.

Gomes Canotilho distingue entre direitos constitucionais e direitos extra-constitucionais.

Os primeiros são os previstos na Constituição. Os segundos são os que vêm especificados pelos órgãos de aplicação, genericamente, o poder legislativo e o poder judicial.

Os direitos não enumerados, em sentido material ou extra constitucionais colocam problemas pertinentes ao processo de interpretação constitucional, designadamente a questão da amplitude e “abertura” do “princípio da não tipicidade” (cláusula aberta – art. 16º CRP) e a questão da aplicação a esses direitos do regime constitucionalmente previsto para os direitos fundamentais, designadamente os DLG.

Há várias técnicas de constitucionalizar direitos: princípio da reserva de lei; cláusulas constitucionais gerais ou indeterminadas (=conceitos indeterminados) e concretização pelos tribunais de justiça constitucional.

Questão: saber, em relação aos direitos não enumerados, se se pode falar de verdadeiros e próprios direitos fundamentais.

Os direitos não enumerados são, normalmente, revelados por um processo de interpretação levado a cabo, designadamente pelo Tribunal Constitucional, podendo também ser revelados pelo legislador, que tem como tarefa interpretativa concretizar os direitos fundamentais (exemplo: art. 41º nº6 – “nos termos da lei”)

Os direitos não enumerados quando previstos pelo legislador constituinte são tão constitucionais como os outros. Mas 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 Tribunal Constitucional, o seu conteúdo integra-se na norma constitucional, não podendo a sua legitimidade ser mais contestada, a não ser por uma outra decisão do Tribunal Constitucional ou por um processo formal de revisão do texto constitucional escrito. Se a sua revelação decorrer de uma

intervenção concretizadora por parte do poder legislativo, somos forçados a recorrer a uma segunda ordem de justificação. Neste último caso, o grau de proteção jurídica de que gozam os direitos não enumerados é menor. Esses direitos encontram-se sujeitos a revisão por parte das instâncias de controle e, designadamente, o Tribunal Constitucional. Só passando pelo crivo da ação do TC adquirem esses direitos um grau de segurança e proteção acrescidas. Aí gozarão de proteção de natureza constitucional.

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

Então:

- Quanto à proteção – os direitos não enumerados positivados pela jurisdição constitucional adquirem proteção de nível constitucional, terminando quaisquer dúvidas sobre a sua existência; já os que são revelados pelo legislador não adquirem proteção jurídica tão forte como a do TC, já que ainda não atingiu o escalão constitucional, podendo ainda duvidar-se se serão ou não direitos de natureza constitucional (proteção de nível legal)

- Quanto à estabilidade – o TC não pode ser posto em causa pelo legislador, o seu regime jurídico só pode ser alterado mediante uma 2ª intervenção do TC ou mediante um processo de revisão constitucional; já o legislador poderá, mais tarde, rever os limites ou o conteúdo desse direito.

Gomes Canotilho defende que no caso dos direitos não enumerados, mesmo que não se lhes aplique o regime integral dos DLG (porque não funcionou a cláusula do art. 17º CRP), pelo menos os princípios materiais das leis restritivas (art. 18º nº2/3 da CRP) e o princípio geral da igualdade (art. 13º CRP), densificadores do Estado de Direito, são-lhe aplicáveis. De fora ficariam apenas o mandato da aplicabilidade direta e a questão da eficácia externa dos direitos fundamentais em relação a terceiros prevista no nº1 do art. 18º da CRP.

Distingue entre:

- Direitos análogos enumerados – Tratando-se de “direitos análogos”, isto é, direitos enumerados na CRP, mas fora do catálogo de direitos fundamentais, como, por exemplo, o “direito de acesso aos direitos” (art. 20º CRP) ou o direito de resistência (art. 21º CRP), ser-lhes-á aplicável, na íntegra, o regime dos DLG por força do art. 17º da CRP.

- Direitos análogos não enumerados - Tratando-se de “direitos análogos”, mas não enumerados, previstos em convenção internacional ou em lei interna, a questão é objeto de outra solução. Nunca lhes será aplicável o art. 17º, mas não deixam de revestir uma certa proteção jurídica – aplicação do regime dos direitos não enumerados (art. 18º nº3 e 13º da CRP). As leis que estabelecem direitos, par além dos previstos na CRP, são em certo sentido leis reforçadas, visto não poderem ser livremente derogadas por outras leis, estando sujeitas ao sistema de fiscalização da legalidade a título de leis reforçadas. E no caso dos direitos contidos em convenção internacional beneficiam ainda do “sistema de fiscalização da constitucionalidade”.

Em suma, esta é uma posição que fica a meio caminho entre um processo de constitucionalização de direitos e um processo de desconstitucionalização. A interpretação dos direitos fundamentais não é apenas a levada a cabo pelo TC, mas também por todos os órgãos constitucionais e, designadamente, o legislador.

A partir do momento em que o tribunal se pronuncia, não existem mais direitos não enumerados, mas direitos constitucionais concretizados – todos os direitos têm um fundamento na CRP, mas há que ter atenção ao facto de os direitos fundamentais não o serem por estarem escritos na Constituição, mas por serem direitos básicos. O tribunal propõe-se, unicamente, demonstrar aquilo que já se encontrava implícito no texto a interpretar.

Contudo, um direito fundamental que não tenha sido reconhecido (nem pelo TC, nem pelo legislador) não deixa de ser, por isso, um direito básico ou fundamental – simplesmente atua a nível meramente político porque ainda não foi positivado (só ainda não tem uma proteção jurídica legal ou constitucional, porque para tal tem que passar pelo crivo da interpretação de uma autoridade com competência para dizer o Direito). Isto porque os direitos fundamentais são pré-constitucionais – não direitos criados pelo Estado mas reconhecidos por este, existindo independentemente de terem sido recebidos de forma explícita ou implícita. Os direitos fundamentais não são fundamentais porque se encontram no instrumento; são fundamentais, porque o são. Além disso, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

É neste sentido que se afirma que os direitos fundamentais são, por um lado, “direitos constitucionais”, ou seja, direitos positivos e, por outro lado, mesmo que não se encontrem no texto escrito, apresentam-se como direitos em sentido “político-normativo”, pois existem com anterioridade e fora da Constituição.

Esta questão acaba por entroncar na Teoria da Interpretação Constitucional: a revelação de direitos é sempre trazida por um intérprete constitucional; a única coisa que varia é o grau de proteção concedido ao direito revelado, consoante essa concretização seja produto duma intervenção do TC ou do legislador.

A interpretação do catálogo de direito implica um determinado sistema de valores e um determinado ideal político que a norteie: interpretação holística, isto é, do plano global do governo. Quando esta interpretação implica uma teoria constitucional complexa e um determinado ideal de governo, coloca-se a questão do sistema de valores: e é uma interpretação valorativa.

Estes problemas colocam-se mais em relação às constituições antigas e não tanto à nossa, que é mais recente e obedece ao chamado princípio da completude textual (um documento desta dimensão pretende abranger o todo).

Exemplos:

Constituição dos EUA de 1787: para haver a ratificação foram aprovados 10 aditamentos a esta. É uma constituição com mais de 200 anos, o que significa que, através das cláusulas abertas do seu articulado, foi evoluindo com o tempo, sendo o sentido constitucional fixado pelo tribunal supremo. Tendo em conta que a dogmática e teoria da argumentação jurídica não são estáticas, mas sim flexíveis, e que a Constituição não deve ser totalmente estática, o tribunal supremo e tribunais nos EUA (como aqui o TC) retiram, através da interpretação, um conjunto de normas de direitos fundamentais.

A nossa CRP como foi elaborada por Assembleia Constituinte (1975) contem um catálogo de direitos fundamentais, que está aberto a ser completado no decurso do tempo por quem tem autoridade (16º/1 CRP).

Artigo 24º CRP: início do catálogo dos direitos fundamentais (termina na organização económica, no artigo 80º CRP). Numa constituição democrática, a matéria de direitos toma precedente sobre a organização política: a soberania é popular, pelo que os direitos fundamentais são a base da soberania. Mas, se irmos ao longo da CRP, temos por exemplo, o artigo 268º CRP (direitos e garantias dos administrados) que é claramente um direito fundamental (é enumerado, mas fora do catálogo). O TC tem dito que este é DLG tal como os que vêm no catálogo.

Além disso, a CRP, não optando por sistema rígido de separação entre direitos fundamentais (direitos de defesa – DLG; direitos de prestação – DESC), teve o cuidado de estabelecer no artigo 17º CRP o regime dos DLG, referindo que este se aplica aos DESC e direitos fundamentais de natureza análoga.

A Inglaterra não possui uma declaração de direitos. Em 1998, a Convenção Europeia foi finalmente transposta para o direito interno inglês mediante a aprovação do *Human Rights Act*. Este prevê a existência de um “controle judicial” dos atos das “autoridades públicas” para efeito da determinação da respetiva compatibilidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus Protocolos Adicionais. Não se trata de uma “declaração de direitos” verdadeira e própria, vista como limitativa do princípio da supremacia do Parlamento, mas de uma forma de compatibilizar direitos reconhecidos num instrumento de direito internacional que necessita de ser transportado para o direito interno a fim de vincular as autoridades públicas. Por isso não são todos os direitos reconhecidos na Convenção Europeia e nos diversos Protocolos Adicionais os que vinculam internamente as autoridades britânicas, mas unicamente aqueles que se encontram previstos no *Human Rights Act* de 1998.

O RECONHECIMENTO DO “CARÁTER DUPLO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”

No momento atual, com o desenvolvimento e aperfeiçoamento da justiça constitucional, deixou de fazer sentido falar em direitos perfeitos (DLG) e imperfeitos (DESC), que eram meros princípios programáticos, assim como a distinção entre direitos enumerados e direitos não enumerados.

As próprias concepções de direitos fundamentais foram evoluindo: inicialmente, falava-se em direitos subjetivos; depois começou a falar-se em direitos de defesa, que implicam uma ação negativa por parte do Estado e, a par destes, surgiram os DESC, que exigem uma ação positiva (um *facere*) por parte dele.

Atualmente diz-se que os direitos fundamentais têm um lado individual e um lado coletivo: podem ser vistos num sentido subjetivo (direitos da pessoa) mas também como princípios de uma ordem objetiva ou de valores (lado objetivo), sendo esta confluência que deve marcar uma teoria de interpretação constitucional. É esta associação entre os aspetos subjetivos e objetivos que deve marcar uma teoria de interpretação constitucional.

O que emerge aqui é um sistema de valores, uma orientação objetiva do sistema jurídico – os direitos fundamentais integram-se dentro de um determinado sistema de valores e, um por um, cada direito fundamental é uma decisão de valor.

Os direitos fornecem impulsos e diretivas em relação a todas as autoridades de aplicação (seja qual for a entidade): *vis expansiva* ou força irradiante dos direitos fundamentais (DLG ou DESC).

Críticas a esta compreensão alargada dos direitos fundamentais:

- de ordem substancial: perigo dum excesso da dimensão objetiva dos direitos, podendo o indivíduo perder-se neste sistema – pode fazer perigar a defesa subjetiva dos interesses das pessoas, nomeadamente a sua liberdade individual, garantidas pela Constituição. Esta crítica baseia-se na leitura e interpretação liberais e clássicas dos direitos (o intervencionismo do Estado na economia (DESC) é algo necessário, mas não desejável).

- críticas funcionais: a dupla dimensão dos direitos fundamentais leva a uma extensão do conteúdo dos direitos o que, dada a ideia de que os direitos assistem ao cidadão, implica que, em vez de haver competências negativas por parte do Estado, passem a existir deveres de ação em relação ao Estado (obrigações de *facere*), que são competências que estão a cargo do poder público. Tal pode levar a uma funcionalização crescente dos direitos e a um abuso ou usurpação de competências de outros órgãos, nomeadamente a uma invasão das competências do legislador por parte do TC (à medida que se alarga o conteúdo dos direitos, aumenta a competência decisória dos tribunais de justiça constitucional e diminui a autonomia política do legislador).

- do ponto de vista metodológico: prende-se com a questão do sistema de valores – sendo a CRP defendida como uma ordem ou sistema individual ou concreto de valores, com o seu catálogo de direitos fundamentais, temos uma interpretação valorativa, que acaba por hierarquizar os direitos em função duma tabela de valores, em detrimento da própria objetividade que era apregoada.

Em último termo, a questão está em saber se a garantia concedida aos direitos fundamentais é meramente individual (descontextualizada) ou se é dada em função de uma ordem constitucional, não existindo o dito sistema de correlação entre os aspetos subjetivos e objetivos. Além disso, a própria dimensão objetiva de direitos é pouco clara porque não se criou um grau de objetividade ou gradação dos diferentes valores (até porque este não existe).

Há uma dimensão objetiva do sistema jurídico que é supra-individual, pelo que grande parte dos direitos revelados na CRP vai para além da conceção individualista e defensiva dos direitos.

A questão que se coloca é "Como concretizar?": a polémica surge a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, quando as constituições começam a conter DESC, aos quais era negada vinculatividade jurídica —polémica entre normas prescritivas e normas programáticas (esta discussão está um pouco ultrapassada pois implica uma conceção liberal estrita de Estado). As normas referentes às tarefas e fins do Estado são normas programáticas, mas na mesma vinculantes, pois tinham apenas uma diferença de estrutura, relativamente às normas clássicas, consagradoras de DLG's.

A questão que se coloca é saber se existem ou não normas consagradoras de direitos fundamentais que sejam não justiciáveis, isto é, se existem normas constitucionais reconhecedoras de direitos fundamentais relativamente às quais não possamos recorrer aos tribunais para que estes no-los reconheçam.

A primeira coisa a reter é que todas as normas de direitos fundamentais (DLG's ou DESC) obedecem à **cláusula de vinculação** de todas as normas e princípios da Constituição [art. 3º nº2/3 e 18º (só para os DLG's) e 20º]: desta cláusula retira-se que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas constitucionais como as outras, isto é, são vinculantes e prescritivas ---> logo, nega-se a natureza programática *tout court* das normas consagradoras de direitos fundamentais. Se, depois, a esta ordenação de vinculatividade geral não corresponder um controlo jurisdicional (se a pessoa é detentora de um direito mas não pode fazê-lo reconhecer pelo tribunal) há que admitir que existe um défice de controlo e que a proteção jurídica sem lacunas terá de ser reforçada (reformulação da Teoria do Status, de Jellinek, através da figura do *status activus processualis*, de Häberle, segundo o qual a todo o direito

deve corresponder uma ação — que é um direito fundamental dos cidadãos e não uma mera garantia), que é o que tem sucedido nas várias revisões constitucionais.

Esta questão remete para a velha querela entre **direitos fundamentais perfeitos** (direitos individuais) e **direitos fundamentais imperfeitos** (todos os direitos coletivos) bem como para a questão da interpretação dos direitos.

Isto pressupõe a ultrapassagem da conceção individualista e subjetivista para uma conceção objetiva dos direitos fundamentais: os direitos deixam de ser vistos, um a um, como decisões de valor para passarem a ser entendidos globalmente como um sistema de valores e como direitos integrados numa teoria específica de direitos fundamentais que, no fundo, traduz o conjunto de regras, princípios e técnicas jurídicas capazes de garantir uma supra-proteção a estes direitos. Quem siga a teoria da dupla natureza dos direitos fundamentais tem que abandonar a querela entre regras de direito atual e princípios programáticos.

- **DLG's**: diretamente aplicáveis (**art.18º**), isto é, há um direito de acesso direto dos tribunais à CRP sem necessidade de interposição do legislador.

≠

- **DESC**: direitos sob reserva do possível (as condições que, naquele momento, a sociedade poderia dar) — sujeitos a reserva financeira ou orçamental, a concretização dos DESC e uma tarefa legislativa e só a partir do momento em que há a intervenção do legislador e que estes direitos verdadeiramente existem (com conteúdo). Isto significa que nem há um direito de acesso imediato das pessoas em relação a estes direitos, nem um direito de controlo judicial (não há um direito de acesso do juiz a estes direitos).

No entanto, se não lhes for reconhecida a cláusula de vinculatividade, há violação da CRP, que impõe que todos os direitos, que são normas jurídicas, estejam sujeitos a um controlo judicial. Ora, se um tribunal superior reconhece estes direitos, o legislador terá que criar condições para a sua efetivação, o que implica uma mexida no orçamento geral do Estado.

Paradoxo: diz-se que os tribunais não são as instituições melhor posicionadas para gerirem políticas sociais, o que leva a inferir que parte dos direitos fundamentais (os DESC) estão nas mãos do legislador, porque só este é que deve geri-las ---> como ultrapassar isto? A relação entre legislador e TC é algo polémica, porque a evolução na conceção dos direitos fundamentais (nomeadamente a proteção jurídica) leva a um crescimento do poder da justiça e a um alargamento do espaço de intervenção dos tribunais.

Em conclusão: o carácter objetivo dos direitos fundamentais não decorre explicitamente da CRP nem do legislador mas sim das decisões dos tribunais de justiça constitucional (praticamente é o TC, mas podem todos os tribunais superiores pronunciar-se sobre constitucionalidade).

O carácter objetivo dos direitos fundamentais, no sentido de eles representarem decisões de valor integradas dentro duma ordem de valores que identifica uma determinada ordem jurídica (Direito em sentido objetivo), resulta duma explicitação ou qualificação por parte da jurisdição constitucional; neste sentido, legislador, administração e o próprio poder judicial globalmente considerado acabam por receber diretivas dos próprios direitos fundamentais (é isto que determina a vinculação do legislador, administração e tribunais aos direitos fundamentais)

Quem demarca a fronteira entre o jurídico e o não jurídico são, de facto, os tribunais — o TC em matéria de Direito Constitucional —> daí a importância da existência duma jurisdição constitucional. Há uma mutação do papel dos tribunais, havendo uma expansão do poder judicial (o "Direito

jurisprudencial Constitucional" destronou o Direito Constitucional do Estado: hoje, quase todo o ato do poder público está sujeito a um controlo). Cria-se uma tensão na medida em que, ao se aumentar o poder dos tribunais se diminui a autonomia política do legislador ("constitucionalismo" vs. "democracia").

A ciência dos direitos fundamentais quase coincide com o resultado da interpretação e concretização por parte da instância de controlo (TC) — "case law". Há uma reserva judicial na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais que pode ser mais ou menos ampla, dependendo da ênfase que o TC dos diferentes países dá à matéria da fiscalização constitucional (o nosso TC não é um tribunal ativista como o supremo tribunal norte-americano). Um tribunal ativista exerce um controlo mais estrito sobre as medidas do poder legislativo. Isto, acrescentado aos conceitos-chave de DC e às diferentes técnicas e operativos desenvolvidos pelo TC (princípios da ponderação, proporcionalidade, que não se baseiam num método silogístico ou dedutivo tradicional) aumenta ainda mais a reserva judicial em relação aos direitos fundamentais e diminui a autonomia política do legislador.

Cada vez mais o DC se apresenta como uma **legislação do caso**, o que se reflete na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais: há uma **legislação negativa** (ato negativo de recusa da validade de uma norma que faz parte da legislação em sentido positivo, pelo TC) e uma **legislação de natureza constitucional**. Há uma concorrência entre legislador e TC. O legislador usufrui de precedência (1º) e o TC de primazia.

Isto implica 3 aspetos:

1) o TC não faz uma interpretação formal dos direitos, mas sim uma interpretação valorativa — jurisprudência valorativa.

2) o TC tem em conta a dimensão jurídico-objetiva dos direitos, o que implica que se ultrapasse o modelo puro de regras.

3) impõe um sistema de por fundamentais construído a partir da situação concreta, que tem que ser respeitado por todos (pelo legislador, pela administração e, em conjunto, por todo o poder judicial). Há uma melhor mediação entre micro-nível (da decisão individual) e o macro-nível (sistema jurídico global)

O PRINCÍPIO GERAL DA IGUALDADE

Liga-se a uma conceção de Direito assente na liberdade e dignidade (igual dignidade para todos os cidadãos; princípio da igualdade entendido como dignidade)

- cfr. conceção kantiana "o que é o Direito?": conjunto das condições sobre as quais se pode harmonizar o arbítrio ou liberdade de um com o arbítrio ou liberdade de outro, segundo uma Lei Geral de Liberdade (= formulação de um imperativo categórico)

- que igualdade?

- conceção mais liberal: **igualdade subjetiva ou formal** (somente face aos direitos civis e políticos — não permite uma intervenção no sentido de superar as desigualdades fácticas existentes na sociedade)

- conceção mais interventora: **igualdade estrutural, material ou substancial** (deve abranger também a esfera sócio-económica — pode mesmo abranger as discriminações positivas)

Para além de existir um **princípio geral de igualdade** (art.13º CRP), a CRP estabelece um grande número de direitos fundamentais de igualdade (ex.: art. 36º nº1/3/4 e 47º nº2), aos quais se aplicam as regras dos direitos fundamentais. Mas será que, para além destes direitos fundamentais especiais de igualdade, existe um direito fundamental geral de igualdade?

- No caso de resposta afirmativa, aplica-se o regime dos direitos fundamentais, isto é, se entendermos que existe um direito fundamental à igualdade, aplica-se diretamente a regra da eficácia direta e imediata que caracteriza estes direitos, passando-se por cima da intervenção do legislador; se considerarmos que não existe, então a igualdade compete-lhe.

- A questão tem que ser analisada caso a caso: se se entender que há um direito fundamental à igualdade, o regime será o regime específico dos DLG's; se se considerar o princípio geral da igualdade como princípio objetivo, mas que não constitui um direito subjetivo pró

prio, o regime é o da eficácia imediata, competindo a concretização da igualdade ao legislador.

PRINCÍPIO GERAL DE IGUALDADE		
Princípio geral — art.13º (com natureza meramente objetiva)	OU	Direito fundamental de igualdade – art. 17º
Regime da eficácia imediata, cuja concretização compete ao legislador, enquanto executor da CRP → aplica-se à atividade do legislador, na ordem jurídica infraconstitucional (relação cidadão-cidadão)		Aplicação da regra da eficácia imediata e direta, que passa por cima da intervenção do legislador, isto é, tem o regime específico dos DLG's. - direito subjetivo verdadeiro e próprio

A igualdade da Revolução Francesa começou por ser uma igualdade formal, mas, paulatinamente, começou a gerar-se a ideia de que a igualdade não deveria existir apenas na vertente de aplicação da lei, mas também na formulação da lei.

Atualmente, o conceito de igualdade não é meramente formal, já que se estabelecem **discriminações positivas** [ex.: art.69º nº2, 70º e 59º nº 2 c)]: configuram um conceito de igualdade que não é meramente formal (que vincula o Legislador, a Administração, o Governo e os Tribunais); no caso das discriminações positivas, tem-se em conta a **igualdade em sentido estrutural**, mas não é possível tirar daí a conclusão de que a CRP dá primazia ao princípio da igualdade estrutural sobre o princípio da igualdade subjetiva ou formal — vai depender do caso concreto, da ponderação dos interesses e da fundamentação dos casos concretos.

Há uma conceção ampla do art.281º, no sentido de que mais atos jurídico-públicos podem entrar dentro da esfera central de controlo (à partida, o TC apenas fiscaliza a constitucionalidade de normas; contudo, começou a pronunciar-se, p.ex., acerca de convenções coletivas de trabalho, independentemente de assumirem a forma de portaria ou não)

Relativamente às empresas que exploram monopolisticamente certos serviços de interesse público, não são admitidas medidas discriminatórias, dado este princípio

Princípio da igualdade no caso concreto:

1º: existe ou não desigualdade?

2º: é ou não uma desigualdade relevante?

3º: há ou não uma razão objetiva para se estabelecer a discriminação (no caso de não ser uma discriminação prevista na CRP, como as discriminações positivas)

O primeiro juízo é sobre a própria lei (parâmetro infraconstitucional): acaba por haver uma diminuição da margem de autonomia política do legislador, já que o tribunal emite um juízo sobre a própria lei a fim de saber se houve ou não razões objetivas para estabelecer a situação discriminatória que sejam aceitáveis. Foi com base nesta dimensão limitativa do princípio da igualdade relativamente ao poder legislativo que surgiram as teorias do chefe do poder legislativo ou teorias do desvio de poder — igualdade na própria formulação da lei

- art.13º nº1: princípio geral da igualdade (cláusula geral)
- art.13º nº2: cláusulas específicas de não discriminação (enumeração não taxativa) — verificando-se uma delas não há qualquer razão objetiva para a discriminação

A avaliação da existência de razão objetiva razoável para se estabelecer a discriminação é integrante do princípio da proporcionalidade *lato sensu* e deve fazer apelo a critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*, que obriga a um contrapeso de bens no caso concreto e que só funciona por referência a uma jurisprudência de valores.

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* (3º de comparação): situação concreta que é chamada ao caso pelo tribunal como fundamento principal positivo da sua decisão (no sentido de haver ou não violação do princípio); contraste ou comparação com grupos que estejam numa situação semelhante.

O tribunal vai procurar, não apenas na lei, mas dentro dos vários grupos normativos que contemplam determinadas situações concretas, qual o comportamento do legislador (não apenas relativamente àquele cidadão ou grupo de cidadãos) como termo de comparação daquilo que está a denunciar a desigualdade.

A partir do facto, faz-se um juízo concreto sobre a própria lei e uma comparação com outras situações que o mesmo legislador criou, noutra setor, que vai permitir ao tribunal concluir ou não por um juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade por parte da medida legislativa que está a ser objeto de controlo.

Há também quem fale num **controlo da racionalidade das medidas legislativas** (ponderam-se os meios utilizados para atingir os fins constitucionais) e, ainda, num **controlo de razoabilidade ou congruência** das medidas limitadoras dos direitos fundamentais:

a) 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

b) controlo sobre a idoneidade ou adequação dos meios utilizados em abstrato e face ao caso concreto + necessidade da limitação do direito fundamental

c) proporcionalidade em sentido estrito (proporcionalidade da medida face aos fins)

A este controlo os Alemães chamam de **controlo de proporcionalidade em sentido amplo**. Com este tipo de controlo, o legislador deixa de ter uma margem de atuação política para estar vinculado pelos fins, funcionando o princípio da igualdade como verdadeiro limite da autonomia política

Existem **diferentes intensidades ou graduações de controlo** (consoante as matérias)

1) **Controlo mínimo** por parte do TC e maior autonomia política do legislador: fora da área dos DLG's, abrangendo apenas os DESC.

Há quem designe este controlo de proibição do arbítrio: invocada uma razão, que seja objetiva do ponto de vista do órgão de controlo, a medida não será arbitrária e não será declarada a inconstitucionalidade

2) **Controlo intensificado** (semelhante ao controlo da congruência acima referido): abrange os DLG's - este controlo vai para além da mera proibição do arbítrio

Seja qual for o controlo, a posição do TC face ao princípio da igualdade não anula por completo a autonomia política do legislador, já que dentro daqueles parâmetro há várias possibilidades de concretização (nos DLG's, a autonomia é mais comprimida, mas não desaparece pois o TC não pode pronunciar-se sobre possibilidades alternativas — apenas pode dizer se há ou não violação do princípio).

Quando o legislador estabelece **medidas de diferenciação** entre 2 situações iguais tem que as fundar em razões objetivas para que sejam legítimas (não podendo fundá-las no art.13º nº2), salvo os casos de discriminações positivas previstos na CRP.

Estas medidas têm também que apresentar um fim legítimo face ao ordenamento jurídico-constitucional e têm que ser conformes com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (este critério transforma-se, quer num critério de razoabilidade, como num critério de racionalidade: o órgão de controlo tem que contrastar as opções tomadas pelo legislador com as que tomaria na posição deste).

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 (que rompem com os métodos dedutivos tradicionais) — **jurisprudência valorativa**.

Há uma espécie de **inversão da presunção de constitucionalidade**: qualquer limite colocado a um direito fundamental é visto, à partida, como inconstitucional, cabendo ao legislador o ónus de provar que a medida legislativa diferenciadora não viola a Constituição — é o legislador, e não o cidadão, que terá que provar que a diferenciação é objetiva, necessária, idónea ou adequada e proporcional ao fim a atingir (fim esse que terá que ser comum aos fins constitucionais).

Questão: saber se, com base na cláusula do Estado Social de Direito (art.2º nº2 CRP) e segundo Jorge Miranda, face à estrutura indeterminada do princípio da igualdade, é possível os TC's 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 — a valoração das situações de vida compete ao legislador e não aos tribunais, pelo que se isto fosse possível teríamos uma gestão feita pelos tribunais contrária à gestão feita pelo legislador, que deve constar do Orçamento Geral do Estado

No entanto, querendo a CRP manter o seu papel de direção política do Estado, se não contiver, p.ex., DESC, o seu papel num Estado interventivo, que tem em conta estes setores, perde-se. É nesta questão que reside o problema do futuro da Constituição.

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). O juiz pode controlar a constitucionalidade da norma, mas não pode pronunciar-se sobre o espaço de oportunidade ou mérito dela.

CAPÍTULO 5 – A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

SISTEMA ABERTO E SISTEMA FECHADO

Há uma relação entre esta dicotomia e o constitucionalismo e o legalismo: as teorias constitucionalistas substituíram os métodos lógico-dedutivos, baseados no silogismo da justiça, pelo método da ponderação de bens, orientado por valores e princípios.

Sistema fechado — legalismo, positivismo jurídico. Só existe Direito Positivo, sendo que tudo o que não está previsto positivamente pelo legislador pertence à ordem extrajurídica, isto é, não tem valor jurídico (considerações morais ou políticas)

Modelo puro de regras: no sistema positivista, prevê-se um modelo puro de normas, que só aceita como ponto fundamental do sistema jurídico a regra jurídica e já não os princípios jurídicos — a regra controla a regra (não existe qualquer elemento extrajurídico que determine a consistência do sistema jurídico)

Dworkin defende que o sistema jurídico não se compõe apenas de regras jurídicas mas de regras e princípios jurídicos: **Modelo de regras e princípios** (Dworkin)

Os princípios são todos os argumentos que devem ser utilizados pelos juizes a favor dos direitos fundamentais (quer estejam ou não corporizados em normas jurídicas)

Problema: se é fácil reconhecer quando estamos perante uma norma jurídica, já não é tão fácil fazê-lo quando estamos na presença de um princípio jurídico.

Dworkin opõe-se ao Positivismo, afirmando a existência de princípios básicos que preexistem à construção da norma; mais do que isso, defende que todo o sistema deve ser medido pela sua conformidade a princípios jurídicos que, por sua vez, correspondem a afirmações de direitos fundamentais (pirâmide de Kelsen).

Assim, dos sistemas fechados, onde se estabelece o primado do legislador (sistema positivista), transita-se para **Sistemas abertos** a valores, princípios e formas de argumentação, onde se estabelece o primado do juiz e dos órgãos de controlo. De acordo com os sistemas abertos, a ordem jurídica já não se basta a si própria — necessita de um imperativo categórico no sentido kantiano do termo, de acordo com o qual todo o sistema jurídico deve ser medido pela sua conformidade a princípios ou a valores constitucionais.

Portanto, todos estes conceitos de DC andam na luta entre os partidários do sistema constitucional (Constituição como soberana) e os partidários de uma conceção democrática (legislativa), defensores do Parlamento como um instituição soberana de expressão do poder da maioria.

O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS PROPOSTO POR DWORKIN

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

Dworkin, na sua obra (1977), faz críticas ao positivismo:

- nenhum sistema existe completamente se for composto apenas 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 2 regras jurídicas, como o sistema positivista não dá qualquer auxílio, a solução fica na discricionariedade do juiz (que não tem pontos de apoio, que seriam os princípios), o que é uma contradição com o sistema já que ao juiz não pode ser dada tão lata margem de manobra.

Para Dworkin, os princípios são perfeitamente visíveis: são os direitos fundamentais, que correspondem a valores constitucionais e subjazem à própria criação das normas jurídicas. Não existindo regras jurídicas (como sucede no Direito Internacional), a medida de aplicação judicial consistirá nos **princípios basilares do ordenamento** que são os direitos fundamentais, enquanto encarnação de valores fundamentais. Princípios são todos os argumentos que possam ser utilizados em favor dos direitos fundamentais (Teoria dos direitos — "rights theory").

Conflito de direitos: não se pode decidir anulando um direito em função de outro — método da ponderação (importância dos princípios no método da ponderação, que permitem solucionar casos mais complexos).

Regras jurídicas		Princípios jurídicos
Estabelecem um princípio de vinculação geral; são regras de aplicação de tudo ou nada (para Alexi = mandatos definitivos)	≠	Todos os argumentos que possam ser utilizados em favor dos direitos fundamentais (teoria dos direitos ou "rights theory")
Método: subsunção ou dedução		Método: concordância, ponderação no caso concreto —pode-se dar mais peso ao direito ou ao princípio que, no caso, apresente maior peso em relação ao princípio contraposto (mas nenhum dos princípios pode ser anulado)

Fala-se em ponderação no caso concreto pois, em abstrato, os direitos não colidem.

Paradoxalmente e ao contrário do modelo puro de regras, o modelo de regras e princípios acaba por limitar a discricionariedade do juiz, uma vez que este se encontra limitado não apenas por regras mas também por princípios jurídicos e formas de argumentação (sendo esta a única forma de limitar o poder do juiz já que, devido à separação de poderes, tal não pode ser feito politicamente)

Princípios COM corporização normativa: ex. do art.13º que tem corporização normativa, isto é, assume a forma de regra jurídica (ainda que não estivesse plasmado no texto constitucional, poderia ser deduzido da cláusula do Estado de Direito Democrático ou do princípio da completude textual)

Princípios SEM corporização normativa: só caso a caso se poderá decidir em matéria de aplicação de regras ou de configuração de princípios jurídicos ou de direitos (DLG's ou DESC). Por este motivo, Dworkin assinala a viragem jurisprudencial do DC.

Direitos baseados: em princípios; em regras jurídicas que corporizam princípios; em regras jurídicas sem corporização normativa. Cada vez mais o DC tem que ser visto como um direito do caso,

sendo que o poder judicial se torna fundamental no aperfeiçoamento e desenvolvimento do sistema de Direito.

O SEU DESENVOLVIMENTO DO MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS NO MODELO TRIPARTIDO POR ALEXI E GOMES CANOTILHO: MODELO DE REGRAS, PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS

Influência do 4º *status* introduzido por Häberle à teoria do *status* de Jellinek: *status activus processualis* — direito de acesso à justiça e aos tribunais. É nisto que consiste o **modelo de regras, princípios e procedimentos**: não interessa declarar direitos se cada indivíduo não puder exercê-los nem vê-los reconhecidos em caso de conflito ou lesão.

Aponta para a institucionalização dos procedimentos judiciais como forma de resolução dos conflitos nas sociedades desenvolvidas e no quadro de Estados de Direito Democráticos.

Isto remete para a questão da proteção jurídica sem lacunas (art. 20º e 268º nº4 CRP —cláusula aberta de acesso à jurisdição administrativa).

Temos 2 conceções — das 2, uma:

1ª ou se entende que a institucionalização de procedimentos de resolução dos conflitos jurídicos, em que a estrutura e existência desses procedimentos estabelece a correção e adequação do resultado, independentemente da pessoa do juiz.

2ª ou se entende que não há justiça procedimental perfeita e que a justiça é, simultaneamente, uma justiça de procedimentos aliada a uma justiça de resultados, em que o juiz tem que assumir a responsabilidade pelas suas próprias decisões: quando surge o Estado Constitucional gera-se um princípio de desconfiança política sobre os juízes, porque no Antigo Regime os juízes eram entidades políticas — cria-se a ideia da invisibilidade do juiz (ele é a "boca que pronuncia as palavras da lei").

Em princípio, o estabelecimento de processos em si não garante a correção dos resultados nem a democraticidade do regime — os juízes são responsáveis pelas decisões que tomam (não perante o poder político, já que a sua responsabilidade se traduz no dever de fundamentação das suas decisões perante a sociedade — tem que se ter em conta os efeitos sociais das suas decisões).

Só assim se pode fazer a ligação entre o macronível (sistema jurídico) e o micronível (ordem jurídica — nível de aplicação das normas do sistema aos casos concretos e individuais).

Sistema jurídico	≠	Ordem jurídica
Noção mais ampla, que se caracteriza por ser um sistema aberto a regras, princípios e formas de argumentação		Direito em sentido objetivo

CAPÍTULO 6 – A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (CONT.)

A "FUNÇÃO SOCIAL" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Abandono de uma visão unilateral de liberdade como um direito individual em prol de uma conceção social: o conteúdo do direito tem de resultar da forma como ele se inscreve no real — pela sua função jurídica ético-social, que vai permitir determinar os próprios limites iminentes dos direitos fundamentais.

Por isso, Häberle afirma ser necessário efetuar uma correlação entre o aspeto individual e o aspeto social 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 um Estado interventor ou prestador. Em matéria de direitos fundamentais, isto levou à fundamentalização e constitucionalização dos DESC e teve implicações no próprio entendimento acerca dos DLG's, 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. As instituições sociais assumem um papel cada vez mais relevante; há um dinamizar de novos atores na própria relação que deixa de ser bipolar (indivíduo-Estado).

Por isso se diz que, hoje, 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*)

OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (DESC)

Beneficiam apenas do regime comum dos direitos fundamentais (\neq art.18°, que só se aplica a DLG's), a não ser que sejam considerados direitos de natureza análoga a DLG's (art.17°), caso em que se lhes aplica o regime específico dos DLG's.

3 aspetos:

1) são **direitos a prestações** ou atividades do Estado (embora os **art. 61° e 62°** consagrem DESC de matriz negativa ou defensiva, aos quais é aplicado o regime dos DLG's)

2) **nem sempre o seu destinatário é o Estado** (caso dos **art. 60°, 68° e 69°**) — a generalidade dos cidadãos pode ser destinatária dos mesmos, sendo chamada a assegurá-los

3) possibilidade dos **DESC de natureza análoga** a DLG's **beneficiarem do regime específico** destes direitos (**art.17°**).

Parece que também aqui se pode falar na questão da conciliação, entre dar-se uma margem de manobra ao legislador (como é próprio dum sistema pluralista) e deixar os direitos nas mãos da maioria parlamentar — parece que também aqui há um núcleo de princípios que deverá ser subtraído à maioria parlamentar.

Em relação aos DESC, G. Canotilho fala nas 2 dimensões — objetiva e subjetiva: os DESC são **direitos subjetivos**, independentemente da questão de saber se são justiciáveis ou exequíveis de forma imediata — são tão "direitos" como os DLG's, embora a sua configuração possa ser diferente (a sua operatividade é que pode ser diferente), já que as normas que os consagram **impõem uma atuação ao legislador e concedem prestações aos cidadãos**.

Em virtude da sua dimensão subjetiva, os DESC são **direitos originários**, o que levanta problemas já que constitucionalmente se garantem determinados direitos e se atribui ao Estado um dever de criação das condições para que estes direitos se efetivem, o que nem sempre acontece. O grande problema é saber, em face duma norma constitucional, até que ponto se pode derivar dela, de forma imediata, pretensões a prestações.

Configurar os DESC como direitos originários tem consequências ao nível da sua efetivação — pressupõem uma atuação positiva dos poderes públicos, o que leva alguns autores que não os consideram como verdadeiros direitos e a questionar a vinculatividade das normas que os consagram.

O problema da sua **efetividade**:

- alguns dos DESC são diretamente aplicáveis (ex.: **art.62°**)
- outros carecem de mediação

Estes últimos são **direitos sob reserva do possível**: devem existir condições económicas e sociais na sociedade que permitam um nível de concretização.

Isto fragiliza estes direitos, o que leva alguns autores a defender que a única vinculação possível do Estado aos DESC é **garantir um mínimo social** (dever de assegurar sempre a dignidade da pessoa humana, que impende sobre os poderes públicos — ex.: RMG). No entanto, apesar de a sua concretização estar dependente das condições e disponibilidade fácticas existentes, não deixam de ter um núcleo essencial.

Os DESC são verdadeiros direitos fundamentais (têm força jurídico-constitucional) consagrados em normas constitucionais, que têm verdadeira vinculatividade normativo-constitucional - ou seja, não são meras linhas de orientação do legislador, funcionando como parâmetro de controlo constitucional. O seu não cumprimento, por parte do poder, pode dar origem a inconstitucionalidade por omissão (v. Acórdão do Serviço Nacional de Saúde - SNS) — **art.283°**:

→ por desrespeito das normas que consagram DESC, que são normas impositivas, se se verificar o não desenvolvimento ou realização dos direitos fundamentais ou por diminuírem uma efetivação legal já anteriormente atingida

→ **princípio da proibição do retrocesso social**: quando já se assegurou uma determinada prestação social não pode o legislador vir retirá-la sem atribuir contrapartidas — ideia de irreversibilidade na concretização dos DESC (que assegura o nível de concretização já atingido).

Para o Dr. V. de Andrade, não é de aceitar este princípio porque isso significaria passar a função legislativa para uma função executiva das normas constitucionais — não pode ser entendido de forma absoluta, já que tal pode pôr em causa a função inovadora do legislador.

A prof. Cristina Queiroz defende uma conceção aberta do constitucionalismo e não uma posição positivista, concordando com G. Canotilho no sentido em que os DESC não devem ser deixados na mão do legislador, devendo gozar de uma proteção reforçada em que só uma maioria agravada (superior à maioria simples) possa alterar os direitos já consagrados.

O Estado, para além de ter uma obrigação positiva de dar cumprimento às tarefas constitucionais, tem também uma obrigação negativa que consiste em não atentar contra a realização que já deu ao DESC (Acórdão do SNS16).

A **indeterminabilidade das normas que consagram DESC**: há quem defenda que os DESC não legitimam pretensões jurídicas originárias, isto é, não são verdadeiros direitos subjetivos, mas apenas consagram um dever jurídico objetivo para o Estado de realizar as imposições da lei (ex.: art.63ºnº 2). Como tal, por parte do intérprete tem que haver um esforço suplementar, mas que não afasta a dedução de prestações subjetivas fundamentais das normas consagradoras de DESC.

Pensando na função administrativa, fala-se em **administração de prestação**: sujeita a reserva de lei (2º alguns autores), quando constitua benefícios para uns e encargos para outros (ex.: atribuição de subsídios) — isto deve assentar sempre em critérios objetivos que devem resultar da lei e não da administração, o que se justifica por uma questão de igualdade material como limite à discricionariedade da administração.

No domínio dos direitos fundamentais, a reserva de lei justifica-se quando há ingerências na liberdade e propriedade dos cidadãos, mas também em qualquer outra situação de efetivação ou concretização dos direitos fundamentais, que tem que ter uma dimensão legal (é à lei que compete fixar o sentido e medida dos direitos fundamentais).

O ESTADO SOCIAL

Os DESC consubstanciam uma das tarefas modernas do Estado Social de Direito:

— **filosofia**: não se trata apenas de remediar necessidades, mas de desenvolver toda uma lógica de prevenção e política de bem-estar social (política de reinserção social)

— **art.288ºe), f) e g)**: definem um princípio de democracia económica, social e cultural que se consubstancia no Estado de Direito Material

— os DESC não podem ser dissociados do Estado Social de Direito e, juntamente com os DLG's, completam-se na realização da pessoa humana e na igualdade

— a doutrina fala num direito derivado a prestações, que tem que ver com a consagração legal destas prestações e que resulta, para os cidadãos, na atribuição de um direito de participação igual, nas prestações estaduais.

Os DESC permitem ver como evoluiu o Estado do séc. 19 para o séc. 20, ou seja, do abstencionismo para a intervenção.

Atualmente: Estado Social de Direito (resulta do art. 2º/in fine):

Consequência: reconhecimento da **função social** dos direitos fundamentais em geral. Assunção dum **princípio de solidariedade**: reconhecimento dos DESC; obrigação do Estado de os efetivar (art.9º).

O Estado Democrático acolhe o Estado Social de Direito, que estende a sua atividade protetora e interventora até à sociedade — apela à ideia de consenso, chamando as pessoas a participar nesse movimento; há uma **estadualização da sociedade** e uma **socialização do Estado**.

O Estado substitui a lógica individualista pela de **pluralismo**: para gerir os conflitos de interesses são chamados os partidos políticos e as organizações de interesses — dado o pluralismo, estes **corpos mediadores** fazem parte do Estado Social de Direito na relação indivíduo Estado.

O interesse público, que é determinado pelos jogos de força entre os vários grupos sociais, origina: novo conjunto de atores; nova filosofia de interesses; alteração do espaço público = pluralismo.

Corpos mediadores na relação entre o indivíduo e o Estado - grupos pluralistas: impedem qualquer forma de exercício autocrático ou totalitário do poder e incentivam o surgimento de um sistema poliárquico: o poder resulta de uma lógica de negociação e ponderação de interesses, isto é, dum equilíbrio de forças entre organizações e autoridades públicas.

A ação do Estado legitima-se por referência ao critério da vontade geral, da igualdade de oportunidades e da alternativa da maioria à minoria.

A CRP passa a acolher e promover a ideia de consenso e tolerância entre os grupos, acolhendo grupos intermediários, que fazem a mediação entre o indivíduo e o poder.

A política social passa de reativa para preventiva (**lógica de prevenção**), orientada para o futuro, exigindo a presença de novos participantes na tomada de decisões políticas (o Estado é chamado a gerir conflitos de interesses que surgem em sociedade e que esta não resolve na sua esfera privada) - há um compromisso entre associações e autoridades públicas, que transferem algumas competências para instituições privadas. O poder dos grupos substitui-se ao Estado — funções que, antes, pertenciam a este estão, agora, nas mãos de autoridades privadas

Há um movimento paradoxal: publicização do Direito Privado e privatização do Direito Público (funções privadas passam para a administração pública).

Nova configuração do espaço público, devido à interpenetração entre Estado e esfera privada, constituída pelas associações de interesses: as instâncias tradicionalmente representativas (Parlamentos) acabam por perder o monopólio da sua função de intermediação; torna-se, assim, necessário atribuir a estes grupos pluralistas um *status* público, o que acaba por ser uma verdadeira necessidade constitucional.

A representação destes grupos pluralistas deve permanecer complementar à representação levada a cabo parlamentos. Em virtude do seu reconhecimento são exigidas contrapartidas, como a aceitação de obrigações e limitações restritivas. A existência destes grupos revela um maior interesse e participação por parte dos cidadãos (mediatizada pelos grupos pluralistas).

A primeira Constituição a consagrar DESC foi a Constituição de Weimar e, logo nessa altura, a doutrina dividiu-se entre quem defendia a tese da mera programaticidade e os que defendiam a vinculatividade destas normas

A ABERTURA A "NOVOS" DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos relacionados com a **autonomia, privacidade e personalidade**: os direitos de personalidade são tratados pelo Direito Civil como direitos negativos, como um espaço onde o Estado não pode intervir.

No entanto, o DC perspectiva-os de forma diferente, considerando o direito de desenvolvimento da própria pessoa, em relação ao qual só pode haver intervenção do Estado com autorização da mesma ("the right to be left alone" — sentido positivo). Define-se, pela primeira vez, uma perspectiva

constitucional e não civilística. O que é do foro interno, da moralidade só diz respeito ao titular: só os comportamentos externos podem ser regulados pelo Estado

Aparecimento de cláusulas não discriminação quanto a uso de contraceptivos, IVG18, homossexualidade

Novos direitos: direito ao urbanismo, à qualidade de vida, ao ambiente, ao desenvolvimento da personalidade (art.26°, com a redação resultante da Revisão de 97). Estes direitos apareceram, pela primeira vez, na decisão "Grisworld vs. Connecticut".

- **direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26°** que, com a Revisão Constitucional de 1997, passou a integrar este direito, que está intimamente ligado a um direito geral de personalidade, apesar de este ser mais abrangente): foi decalcado da Constituição Alemã, mas não foi um decalque *ipsis verbis* —aquilo que os Alemães estabelecem é um direito natural ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo uma caracterização mais ampla que a que resulta do **art.26° nº1 CRP** (isto porque compreende uma liberdade geral de ação como um direito geral da personalidade) — entre nós acolhe a ideia de livre escolha do projeto ou orientação de vida que se pretende.

- **direito de privacidade:** o conceito de "**vida privada**" é substrato normativo do direito à reserva da intimidade da vida privada familiar, compreendendo, no seu âmbito de proteção, uma esfera própria e inviolável do cidadão, o de ninguém dever poder entrar sem autorização do respetivo titular; integra a vida pessoal, familiar, relação com outras esferas de privacidade (amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (domicílio), os meios de comunicação privada (correspondência, telefone).

Na Alemanha, há a consagração de uma liberdade geral de ação, como um direito geral de personalidade, o que é muito mais amplo do que o que se encontra previsto na CRP — assim, num sentido kantiano, considerar que há um direito geral à liberdade de ação, engloba qualquer ação que seja decidida pessoalmente pelo seu próprio titular, que só encontra limites dentro dos direitos de ação de terceiros pessoas. Engloba os princípios *nulla poena sine lege, ne bis in idem*, princípio da proteção da confiança, um direito geral de personalidade e um princípio geral da igualdade. Não é este direito que se encontra constitucionalmente previsto no **art.26° nº1**, que consagra um domínio mais restrito, em que não há a consagração de uma liberdade geral de ação (mas vamos encontrar diversas especificações deste direito geral de ação nas garantias do processo criminal — **art. 29° e ss CRP**; na proteção de dados pessoais face à informação — **art.35°, etc.**).

Relativamente à questão da **reserva da intimidade** da vida privada, desenvolveu-se, na jurisprudência a **Teoria das esferas**: o âmbito de proteção normativa vai diminuindo à medida , era se torna mais pública — temos 3 esferas:

- esfera de vida **rigorosamente privada ou íntima**: está estritamente ligada ao valor da dignidade das pessoas — aqui, os direitos de proteção da personalidade (+ domicílio, família, casamento, locais de lazer e de amizade, vida associativa, etc.) são praticamente inatingíveis (ex.: diários íntimos).

- esfera **privada**: é definida pelos interesses do grupo, concebido em sentido amplo e, dependendo do caso concreto, reduzir-se-ão os limites à intervenção do próprio poder público, ou seja, (ex.: relação de trabalho, de amizade, locação e arrendamento).

- esfera **social**: relacionada com os locais de intersubjetividade, marcada pelas relações de sociabilidade.

Os limites entre estas esferas são, muitas vezes, difíceis de demarcar, sendo que tal demarcação cabe aos tribunais (contenciosamente as pessoas poderão fazer valer os seus direitos).

A partir da decisão do Supremo Tribunal dos EUA ("Grisworld vs. Connecticut", 1975), relativa à proibição do uso e comércio de contraceptivos entre pessoas casadas, os direitos patrimoniais (que eram a pedra de toque da jurisprudência) são substituídos pelos direitos de autonomia, privacidade e personalidade, que se tornam referentes.

- *in dubio pro libertate*: expressão usada quando, numa determinada questão, entre direitos patrimoniais e direitos pessoais o tribunal decide em função destes últimos (e em detrimento dos direitos patrimoniais). Esta regra constitui uma ordem de prioridade fixada, não pelo legislador, mas pela própria decisão do tribunal, quando decide em função da liberdade e contra os direitos patrimoniais (infra-valorização constitucional — os direitos patrimoniais são considerados de menor valor constitucional) - estas decisões só podem ser tomadas em função do caso concreto.

A mesma lógica do *in dubio pro libertate* pode ser aplicada relativamente ao confronto princípio da salvaguarda do Estado vs. direitos pessoais.

Os direitos de autonomia, privacidade e personalidade refletem, de certa forma, uma alteração do equilíbrio de forças entre poder do governo e o domínio da liberdade pessoal.

- **G. Canotilho**: o direito do **art.26°** tem um sentido mais restrito do que aquele que é dado na Constituição e jurisprudência Alemãs, que o consideram um direito geral de ação. Ao introduzir este direito, junta-se ao direito da reserva da intimidade privada e familiar (que já existia na CRP).

De facto, houve uma evolução: enquanto que os direitos de personalidade, a nível civil, gozavam de uma proteção infraconstitucional e tinham um sentido negativo de salvaguarda dos direitos (nomeadamente contra a intervenção policial arbitrária), estes novos direitos têm proteção constitucional e um sentido positivo de autodeterminação (no sentido kantiano do termo), não se fazendo, hoje, a distinção entre aspetos positivos e negativos do direito.

A personalidade a que se refere o **art.26°** não é a personalidade do Homem tomado abstratamente, mas a personalidade do Homem em concreto, ou seja, inserido socialmente; tal como o conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito abstrato e tem uma dimensão positiva (Homem socialmente inserido), o desenvolvimento da personalidade pode implicar o sentido positivo da inserção social concreta do Homem com todas as consequências que daí advêm. Estes conceitos radicam num Homem concreto, o que não permite que se façam distinções em função do *status* social da pessoa — a todas as pessoas é devida igualdade e respeito de tratamento, enquanto indivíduos inseridos concreta e socialmente.

A personalidade não é independente do ambiente social que rodeia o Homem; não há direitos ao nome ou à imagem abstratamente tomados.

Tudo isto pode levar a que o TC tenha mais razões para não distinguir DLG's e DESC

O Dr. **Paulo Mota Pinto** defende a transposição do sistema Alemão para o sistema Português (contudo, não é isto que está consagrado na CRP).

No entanto, há uma grande diferença entre a consagração Alemã destes direitos e aquela que a CRP faz, pois, uma coisa é a definição de um direito a uma liberdade geral de ação (Alemanha) ou um direito geral de personalidade no sentido kantiano, dentro dos limites da lei (que implica a liberdade de ação dentro dos limites da lei) e outra é um simples direito ao desenvolvimento da personalidade (**art.26°**), sem o "livre", sendo que esta expressão já diz tudo ao pôr o acento tónico na autodeterminação pessoal (≠poder do Estado), ou seja, na liberdade do indivíduo.

CAPÍTULO 7 – A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A interpretação das normas constitucionais não obedece aos mesmos princípios da interpretação em geral, porque os métodos de interpretação clássicos de Savigny (elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico) foram criados para o direito privado e não se aplicam necessariamente ao direito público, sendo insuficientes para resolver conflitos de direitos e também porque a norma constitucional não tem as mesmas características da norma legislativa (tem que haver um método de interpretação da Constituição específico).

É sobretudo na matéria referente aos direitos fundamentais que maiores problemas se colocam, não sendo indiferente uma interpretação restritiva ou extensiva: aquilo que se discute nos tribunais é a escolha do método, que é visto por muitos como um perigo para a democracia, como uma invasão das competências do legislador; além disso, é de salientar que os tribunais também configuram direitos fundamentais de forma positiva

Problemas: saber onde está a fronteira entre os poderes do tribunal e a margem de apreciação política do legislador político-democrático, isto é, quando é que há invasão das competências do legislador pelo TC; saber se existe ou não criação jurídica por parte dos TC's (parece que sim, na concretização)

Há métodos específicos de interpretação constitucional e, nesse sentido, esta diferencia-se da interpretação jurídica geral

A questão da escolha do método pode implicar a criação de direitos, no sentido de uma constitucionalização de direitos por parte dos tribunais de justiça constitucional. Surgem problemas quanto à soberania: existe uma soberania parlamentar do legislador ou a soberania reside na Constituição e nos seus intérpretes privilegiados — os TC's?

Schmitt defendia que o defensor da Constituição era o Presidente. Kelsen dizia que esta função cabia aos tribunais de justiça constitucional.

A questão da interpretação restritiva ou extensiva depende da perspetiva de cada um, mas a doutrina orienta-se para uma interpretação expansiva, nomeadamente tratando-se de direitos fundamentais: parte duma perspetiva clássica de interpretação (em que se aplica o método subsuntivo, isto é, lógico-dedutivo), para aqueles casos em que a lei seja densa e determinada; quando se trate de normas constitucionais com conceitos indeterminados, a questão complica-se porque há uma delegação implícita para as autoridades aplicadoras: o legislador, nos casos para os quais a Constituição remeta (contudo, se a Constituição for densa em dadas cláusulas há pouca capacidade de configuração, quer por parte do legislador, quer por parte dos TC's); usando-se conceitos indeterminados, há uma delegação implícita para as autoridades aplicadoras.

Questão: será a interpretação e aplicação de direitos fundamentais uma subsunção ou uma concretização?

- Regras x factos = decisão
 - premissa maior: regra de direito
 - premissa menor: factos alegado
- } Decisão

Aqui há a possibilidade dos juizes definirem uma política constitucional de fins e de ordenação de meios para atingir uma dada finalidade.

Há uma grande capacidade de intervenção que se traduz numa margem de apreciação relevante em relação à matéria dos direitos fundamentais — isto porque, sendo o sistema aberto, é composto por regras e princípios.

Tradicionalmente dizia-se que, face a textos claros, não seria necessária qualquer interpretação (texto claro = que não pode ser discutido pelas entidades aplicadoras). Contudo, raramente o texto é claro e, na maior parte dos casos, a norma é plurisignificativa, permitindo várias formas de concretização, e é nessa margem de opção entre os diferentes mas possíveis objetos de um texto normativo que se coloca a questão da interpretação.

A interpretação doutrinária não afasta as interpretações concorrentes mas a interpretação de um tribunal superior (interpretação autêntica) já o faz. A interpretação do TC, como interpretação institucional, tens os efeitos previstos na CRP para a fiscalização da constitucionalidade (art.'279º e 281./1 e 2).

O CONCEITO DE CONCRETIZAÇÃO

A noção de concretização foi introduzida pelos Alemães na década de 50.

G. Canotilho (baseando-se em Hasser), fala no método hermenêutico-concretizador.

Em matéria de direitos fundamentais, o método subsuntivo ou lógico-dedutivo não pode ser utilizado, pelo que, para marcar a diferença entre interpretação atual dos direitos fundamentais e a interpretação tradicional, utiliza-se o conceito de concretização.

Em abstrato, os direitos não colidem, pois genericamente todos os direitos são harmonizáveis uns com os outros. É **no caso concreto** que podem entrar em conflito, daí serem necessários métodos específicos para proceder à sua harmonização ou estabelecimento da prioridade (estabelecida pela CRP). Assim, o conceito de "concretização" chama a atenção para o facto de as questões constitucionais não poderem ser vistas em abstrato mas sim no caso concreto, transformando-se o DC num "case law".

A concretização implica:

- que as questões de DC sejam vistas em concreto (DC = "case law" ou direito do caso)

- corte com a interpretação em sentido tradicional (ou seja, assente no silogismo da justiça — método subsuntivo). A interpretação constitucional é a interpretação vinculada a uma teoria da Constituição, a qual, não sendo um método de interpretação, pode funcionar como critério para resolver casos constitucionais.

No entanto, de acordo com a teoria constitucional que se defenda, a interpretação será diferente (perspetiva clássica, defensiva dos direitos fundamentais, sendo diferente da perspetiva menos individual, que defende a programaticidade das normas que consagram direitos fundamentais.

G. Canotilho defende um constitucionalismo moral ou reflexivo, isto é, deve utilizar-se um método hermenêutico concretizador (intimamente relacionado com as questões da separação de poderes, da vertente mais ou menos ativista do TC e da expansão do poder judicial, dado o TC começar a pronunciar-se até sobre atos políticos)

A APLICAÇÃO JUDICIAL

Órgãos de interpretação: a interpretação constitucional não é apanágio do TC pois todos os órgãos que exercem funções de direção política do Estado são órgãos de interpretação (restantes tribunais, AR, PR e Governo); simplesmente, interpretam segundo métodos que lhes são próprios (que não são métodos jurídicos), enquanto que o TC só pode apreciar as questões segundo o método jurídico.

Realçar a importância do princípio do pedido, que condiciona a competência do próprio TC, até porque este não conhece *ex officio*, ficando limitado pelo pedido e pela causa de pedir.

É incorreto falar-se em "aplicação judicial" ("judicial application" — EUA): dá a entender que a aplicação dos direitos é apenas uma aplicação judicial, porque estabelece uma continuidade entre declarações de direitos e os seus defensores, como sendo unicamente os tribunais — mas tal não é verdade. É certo que houve uma expansão do poder judicial, mas todos os órgãos do Estado (Governo, AR, PR e Administração Pública) podem e devem ser defensores dos direitos e garantias dos sujeitos privados (quando se usa a expressão "aplicação judicial" está-se a restringir a atividade aplicadora aos tribunais, o que é incorreto).

Por que se fala em aplicação? Porque entre o ato de interpretar e o ato de aplicar pode estabelecer-se abstratamente esta diferença (no entanto, na prática, ela não se verifica): de facto, tradicionalmente distingue-se interpretação, aplicação e integração de lacunas, mas na prática, o ato de aplicação é o ato de criação e, em princípio, não há lacunas porque, como o sistema é composto de regras e princípios, na falta de regra pode sempre recorrer-se a um princípio. O problema da interpretação põe-se sempre que se queira aplicar normas, sejam elas de valor infraconstitucional ou de escalão constitucional — há sempre que interpretar ao aplicar.

Apesar de ser incorreto utilizar a expressão "aplicação judicial", porque traduz, de certa forma, que toda esta matéria é monopólio dos tribunais, ela chama a atenção para uma viragem jurisprudencial quanto à aplicação do direito, especificamente do direito constitucional, pelos tribunais. Contudo, num Estado de Direito Democrático, todos os órgãos são chamados a interpretar e aplicar a Constituição (ao se utilizar aquela expressão está-se, no fundo, a querer elevar o juiz a vicário do próprio poder constitucional numa forma de deliberação pública, republicana e cívica).

Caso de fiscalização abstrata sucessiva — art.282º:

- sentença de não pronúncia pela inconstitucionalidade: tem o poder de fixar a interpretação do sentido da norma e, em simultâneo, de afastar interpretações concorrentes produzidas pelos outros órgãos. É a fundamentação que fixa o sentido a dar à interpretação constitucional e que vai ser seguida pelos tribunais inferiores (efeito diferente dos previstos na CRP) — mero precedente vinculativo em relação aos tribunais inferiores.

- sentença de pronúncia pela inconstitucionalidade: só a decisão (e não a fundamentação, porque aí está a interpretação da norma constitucional) tem força obrigatória geral (o máximo que pode acontecer é o próprio TC continuar a seguir aquela interpretação judicial).

O dever geral de fundamentação está previsto, na CRP, para todos os atos judiciais, sendo que por fundamentação se entende o conjunto das razões que sustentam uma determinada decisão.

Em princípio, os efeitos das decisões de fiscalização difusa da Constituição só se produzem *inter partes* mas, na realidade, sendo a norma produto de interpretação constitucional ter-se-á em conta a própria fundamentação (o que tinha apenas efeitos *inter partes* passa a ter efeitos *erga omnes* por via indireta)

Norma sub-constitucional ou sub-norma: é uma norma geral que se retira do 1º passo interpretativo e que preside à aplicação de todos os casos concretos.

CAP. 8: RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

OS CONCEITOS DE RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na jurisprudência constitucional não existe uma definição do que é o **conteúdo essencial do direito**, que será o seu domínio intocável — relativamente aos direitos, não há uma definição prévia, funcionando a regra média como princípio que preside a todos os casos que retratem situações semelhantes.

Há dois aspetos importantes:

- **em abstrato, os direitos não conflituam.**

- ainda que os direitos fundamentais sejam pré-estatais, pré-existindo até relativamente à própria Constituição, a verdade é que **os direitos não são absolutos**: os direitos existem como direitos "nos termos em que forem reconhecidos pela Constituição" (ex.: art.45º/1, que consagra o direito de reunião, que tem que ser pacífica e sem armas — o direito de reunião só existe nestes precisos termos).

"**Não absolutos**" não significa, porém, que os direitos sejam relativos, mas apenas que, na concretização de direitos, na aplicação do texto constitucional ao caso concreto, o intérprete deve proceder com clareza à delimitação dos conceitos de restrição e configuração, o que só pode acontecer no caso concreto.

Conceitos básicos: pressuposto de facto (conteúdo do direito); cláusula restritiva (redução do âmbito de proteção de um direito); âmbito de proteção.

RESTRIÇÃO

Para Alexi: aplicação e interpretação que conduza à exclusão ou, melhor dizendo, redução (já que a exclusão total não é possível — a restrição leva a uma **exclusão parcial**) da proteção jurídico-fundamental — há restrição quando há redução do âmbito de proteção de um direito, cujo pressuposto de facto está fixado no texto constitucional — em abstrato, pressuposto de facto e âmbito de proteção coincidem mas, na prática, o âmbito de proteção pode ser reduzido e, nesse caso, há uma restrição.

É a parte negativa do direito contido na norma vs. parte positiva, que é dada pelos conceitos de pressuposto de facto (ou pressuposto normativo) e âmbito de proteção.

O pressuposto de facto e o âmbito de proteção fixados na norma constitucional variam de direito para direito (p.ex., pode restringir-se o exercício de um direito: art.41º e 47º — o pressuposto de facto descreve o direito à liberdade de escolha de profissão mas este conteúdo normativo tem um âmbito de proteção já de si mais reduzido — "salvas as restrições legais..."). O pressuposto de facto (conteúdo normativo) pode não corresponder ao âmbito de proteção, no exercício concreto dessa liberdade ou direito.

Art.47º. não há uma liberdade de escolha de profissão absoluta; o que aqui está em causa não é um direito geral a essa liberdade mas o exercício em concreto dela - a expressão "salvas as restrições legais...ou..." implica, no caso concreto, pressuposto de facto e âmbito de proteção podem não coincidir por força do interesse coletivo ou da própria capacidade das pessoas. Neste caso concreto, é a própria CRP que o autoriza, fazendo prevalecer o interesse coletivo sobre os interesses concretos; no entanto, quando seja a lei a fazer a restrição, como esta traduz a parte negativa do direito, há **reserva de lei restritiva** [art.18º e 165 nº1 b)].

Diferente será o do **art.41º nº1**: “é inviolável” - aqui, pressuposto de facto e âmbito de proteção coincidem. Sendo a liberdade religiosa inviolável, não é o Estado que determina a consistência de qualquer religião; é um direito que se centra na autonomia e livre disponibilidade de cada pessoa, pelo que, em princípio, a liberdade de religião não pode ser regulamentada por estar sujeita a **reserva de constitucionalidade**.

Diferente do **art.41º nº6** (reserva de lei) - a regulamentação ou configuração do direito não é dada diretamente pela CRP mas pela lei: o legislador ordinário pode configurar o direito (também art.35º/1 e 2).

É nos casos de **conflito de direitos** que se afirmam como operativas noções como restrição, limites, concordância prática, harmonização ou prevalência de uns direitos sobre outros, sendo, contudo, difícil saber quando estamos perante uma restrição ou uma configuração de direitos em abstrato. Só na prática, no caso concreto, podemos distinguir se se trata de restrição ou se estamos perante uma simples regulamentação ou configuração. Isto porque, em abstrato, os direitos fundamentais não conflituam; antes pelo contrário, há entre eles uma certa unidade, uma ideia comum a todos eles. É na realidade do ser que pode haver incompatibilidades.

Resolução do conflito:

- em alguns casos é a CRP que o resolve, estabelecendo uma prevalência ou prioridade (art.37º nº2 - é sempre a liberdade de expressão e informação que prevalecem).

- pode também ser a lei (caso da Lei da IVG, que consagra causas de exclusão da ilicitude em alguns casos) ou o tribunal ou pode ainda haver uma prioridade estabelecida pelo legislador que depois é confrontada judicialmente, sendo a prioridade ou prevalência estabelecida diretamente pela norma de decisão, isto é, pelos tribunais de justiça constitucional.

CONFIGURAÇÃO, EM SENTIDO AMPLO

- regulamentação + concretização feitas por leis gerais e abstratas
- ex.: art.541º/6 e 35º/6 •

São casos em que a própria CRP remete para a lei a configuração do direito em concreto — necessidade de **lei conformadora** do próprio direito: a configuração é dada como tarefa legislativa, o que evidencia a necessidade de lei conformadora do próprio direito.

Nestes casos, o direito fundamental existe independentemente da sua configuração legislativa; apenas carece, para o seu exercício em concreto, de uma intervenção do legislador. Se essa configuração não ocorrer estamos perante uma inconstitucionalidade por omissão, pois a configuração em concreto, não do direito mas do seu exercício, compete ao legislador ordinário.

Isto é muito diferente da questão dos direitos fundamentais exequíveis e não exequíveis por si mesmos: aqui, o legislador constituinte entendeu que o legislador político-democrático tinha competência e legitimidade para configurar em concreto o direito.

Não é uma liberdade de configuração ilimitada — há um direito reconhecido constitucionalmente e, simplesmente, a forma em concreto do seu exercício é que é atribuída como tarefa legislativa ao próprio legislador; a CRP confia unicamente ao legislador a determinação do conteúdo jurídico-normativo do direito, isto é, autoriza a preencher um determinado âmbito normativo carecido de conformação. Em princípio, o legislador terá uma liberdade de conformação restrita se a

conformação vier logo descrita na CRP, sendo certo que, em qualquer caso, quando se trate de DLG's, não pode nunca pôr em causa o que se encontra estipulado no regime específico destes direitos (nomeadamente o art.18º nº3 — restrições e configurações têm sempre que ser feitas por leis gerais e abstratas e não podem afetar o conteúdo essencial do direito)

TIPOS DE RESTRIÇÕES

RESTRIÇÕES DIRETAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO

Restrições constitucionalmente expressas ou previstas diretamente pela CRP (art.27º nº3 e 34º nº2 e 4): autorizações constitucionais diretas ou especificadas: a lei limita-se a declarar a restrição estabelecida e prevista na CRP.

Pode pôr-se a questão da *praeter constitutionem*, sendo que, caso o legislador atue para além da autorização constitucional, estará a agir de forma inconstitucional e, portanto, perante o tribunal, terá de ser declarada a inconstitucionalidade na parte que vai para além dos poderes que lhe foram conferidos — **restrição inconstitucional inadmissível**.

O exemplo clássico de restrições diretamente autorizadas pela CRP (restrições expressas) será o art.45º, que indica claramente qual é o âmbito de proteção do direito — ao se reconhecer o direito ele tem que ser moldado de acordo com a cláusula de proteção normativa, sendo a CRP quem fixa automaticamente os limites.

RESTRIÇÕES INDIRETAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO

Restrições implícitas ou indiretamente constitucionais: estão estabelecidas num escalão infraconstitucional e, a maior parte das vezes traduzem-se num problema de interpretação (art.35º nº1, 47º nº1 e 270º) — CRP limita-se unicamente a prever restrições não especificadas; são restrições autorizadas pela CRP, mas não especificadas : trata-se da criação, pela própria lei, da restrição que é admissível ou autorizada pela CRP (que autoriza o seu estabelecimento mas não diz quais restrições podem ser feitas).

Há maior liberdade de criação por parte do legislador.

O exemplo clássico deste tipo de restrições é o art.47º nº1, que prevê restrições não constitucionalmente especificadas como "interesse coletivo", "capacidade", etc.

O que se pergunta em cada caso concreto é se o âmbito normativo do preceito em causa inclui ou não uma determinada situação ou o modo concreto do exercício do respetivo direito — nunca se restringem direitos gerais; o que pode ser restringido é o modo de exercício desses direitos.

Não se pode falar em restrição sem que previamente se saiba qual é o conteúdo essencial do direito; contudo, o TC não tem uma doutrina *ex professo* (uma linha de jurisprudência a seguir) sobre o conteúdo essencial, esta questão varia consoante os juizes e as maiorias.

Relativamente a esta matéria, o Prof. V. Andrade fala em condicionamento. Ex.: imposição de um prazo para a constituição de um jornal como órgão de comunicação social regional. Para V. de Andrade, trata-se de um condicionamento (no âmbito de uma sociedade organizada há regras que têm de ser cumpridas).

Para Cristina Queiroz, um condicionamento é uma restrição, pois restringe imediatamente o âmbito de proteção do direito, pelo que na situação descrita deverá falar-se de configuração.

Em Portugal, não existe uma doutrina prévia do que é o conteúdo essencial, ou seja, a partir de que ponto de afetação do âmbito normativo ou de proteção mínima do direito já não se pode falar na existência do respetivo direito. É que, se existisse essa definição prévia, seria possível construir um sistema de direitos que proporcionasse às pessoas segurança e certeza jurídicas, o que, naturalmente, facilitaria a atividade do legislador democrático, quando é chamado a regulamentar e a configurar direitos, e a atividade do TC. Assim, temos decisões *ad hoc* (caso a caso).

REQUISITOS DAS RESTRIÇÕES

1) têm que se ater exclusivamente aos fins em nome dos quais foram autorizadas, ou seja, dentro dos limites estritos permitidos ou autorizados pela Constituição.

2) devem ser adotados os meios menos gravosos para os direitos fundamentais (necessidade) capazes de atingir os fins propostos.

- quando há uma remissão estabelecida pela Constituição, tem de se saber se se trata de uma remissão conformadora ou de uma autorização de conformação e restrição, que é determinada pelo intérprete em função do caso concreto.

- em princípio, é aos poderes públicos, nomeadamente ao autor da norma, que cabe o ónus de provar em que se traduz o interesse público que justifica a restrição naquele caso concreto e a sua relevância, sendo que deve ser de tal modo relevante que deva prevalecer sobre o direito individual que resulta comprimido.

3) conexão relevante entre o interesse público alegado e a proteção do direito no caso concreto — racionalidade meios-fins, quer nos termos da adequação, quer nos termos da proporcionalidade (escolha do meio que menos comprima o direito) - necessidade e adequação do meio para atingir o fim.

4) o legislador é obrigado a fundamentar a legislação adotada, provando que está a proteger um fim constitucional e que utilizou o meio menos gravoso.

Existem diferentes níveis ou intensidades de controlo, consoante a fundamentalidade do direito em causa, que vão desde um controlo mínimo (= proibição do arbítrio) a um controlo intensificado do conteúdo.

Existem também princípios, como o da dignidade da pessoa humana, que nunca devem ser contrapesados (a vida humana é inviolável na sua dignidade)

O PRINCÍPIO DA "RESERVA DE LEI RESTRITIVA"

É mais um dos requisitos das restrições.

Art.18°. enquanto que o n.º 2 consagra o carácter restritivo das restrições, o n.º 3 consagra a necessidade de reserva de lei restritiva, interpretada de acordo com o art.165º/1/b).

É um princípio que faz sentido em termos práticos e operativos, perante o caso concreto, para resolver os conflitos entre direito — nunca a favor dos poderes do Estado mas sempre *in dubio pro libertate*, isto é, sempre a favor dos direitos fundamentais do cidadão. A lei restritiva deve interpretar-se sempre restritivamente

• **princípio da precisão e determinabilidade:** tudo o que seja uma restrição de direitos fundamentais (seja por lei ou por DL autorizado) tem que ser suficientemente densa no que concerne ao seu aspeto essencial — isto exclui delegações de regulamentação, utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou de outros meios, e a possibilidade de regulamentos independentes ou autónomos em matéria de direitos fundamentais. Só assim podem existir condições de fiabilidade e confiança no que respeita às autoridades de controlo.

Este princípio não é apenas apanágio das leis restritivas pois todas as leis devem ser densas e determináveis, já que o contrário significa passar a capacidade de decisão e regulamentação para o órgão executor.

Quanto às leis restritivas de direitos fundamentais e às leis penais incriminatórias, esta exigência de densidade reveste maior importância: G. Canutilho defende que a lei deve ser capaz de:

- alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos (princípio de certeza e segurança jurídica);
- constituir uma norma de atuação para a própria Administração Pública;
- funcionar como norma de controlo (importante para os casos de conflito de direitos, quer em sede de fiscalização de legalidade, quer em sede de fiscalização da constitucionalidade).

Acórdãos paradigmáticos entre nós são o da Lei dos Disponíveis (Ac. 285/93) e o do Segredo de Estado (Ac. 458/93); na Alemanha, temos o Ac. do *numerus clausus*.

A necessidade de determinabilidade e clareza das leis (nomeadamente no caso das restrições aos DLG's) é absolutamente primordial, como também o é relativamente à lei penal — esta precisão é de tal forma essencial que, na Lei dos disponíveis (como nas questões de Direito Penal), a não clareza e a existência das cláusulas de delegação são motivo mais que suficientemente justificativo de declaração de inconstitucionalidade.

Segundo Gomes Canutilho, este princípio não deve ser confundido com a chamada **doutrina da regulamentação das liberdades**: art.8º/Constituição de 1933: catálogo dos DESC, sendo que os direitos proclamados valiam na estrita medida em que eram regulamentados por lei.

G. Canutilho introduz a questão do **limites imanes ou implícitos dos direitos**: os direitos não são absolutos e existem na medida em que estão ordenados dentro do sistema de direitos, o que significa, de acordo com a doutrina kantiana da liberdade, que a liberdade de alguém vai até onde existem as liberdades dos outros.

A Prof. aceita esta teoria apenas como forma de equilibrar direitos específicos no caso concreto — é uma teoria perigosa pois, na prática, corresponde a uma restrição efectiva e concreta dos direitos, sendo a sua admissibilidade justificada em nome da salvaguarda de outros direitos ou fins relevantes (mas não pode ser equiparada à doutrina da regulamentação das liberdades que existia na Constituição de 33).

- ex.: **art.41º/6**: "nos termos da lei" ainda assim o direito existe independentemente de estar ou não regulamentado (remissão da conformação ou regulamentação para o legislador ordinário, que é diferente da restrição)

- ex.: **art.57º/3**: exigência de serviços mínimos como regulamentação exigível e incontestável

Nota: reserva de lei restritiva é diferente de reserva de Constituição

DELIMITAÇÃO ENTRE AUTORIDADE COM COMPETÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO OU CONFORMAÇÃO E A AUTORIDADE DE CONTROLO

Quanto mais exigente for a autoridade de controlo (os DLG's implicam um controlo estrito), menor será a liberdade de escolha por parte do legislador: problema da autonomia do legislador democrático e dos poderes de intervenção e de controlo das jurisdições constitucionais .

1º) G. Canotilho: a conformação, regulamentação ou configuração pelo legislador deve limitar-se a revelar ou concretizar **limites** de algum modo **presentes na Constituição** (ex.: art.45º/1: a lei deve limitar-se a revelar o que entende por reunião pacífica e sem armas) — apenas revela limites que já estão presentes na própria CRP

— G. Canotilho não aceita a criação autónoma de limites supostamente imanentes — a lei apenas revela limites que já existem no texto constitucional (não os cria); caso contrário, o direito deixaria de estar sujeito a uma reserva constitucional para passar a estar sujeito a uma reserva de lei, isto é, não se fazia a interpretação da norma segundo a CRP mas segundo a lei (tal conduziria a um regime o ao da Constituição de 33)

2º) conceito de estrita necessidade (art.18º/1): os limites só devem ser admitidos quando se configurem como único meio de resolver o conflito

3º) em caso de conflito prático, esta **limitação** dever ser **reduzida**, de forma a comprimir ao mínimo os direitos em causa (= compensação em termos de concordância prática ou ponderação dos direitos em jogo — é o que está expresso na CRP)

Leis restritivas		Garantias em concreto do exercício do direito
Implicam autorização constitucional, direta ou indiretamente	≠	Não é necessária qualquer autorização (ex.: obrigação do recenseamento eleitoral para o exercício do direito de voto)

Em caso de restrição deve existir sempre uma previsão constitucional expressa.

Quando tenhamos que recorrer à teoria dos limites implícitos (que admite restrições indiretamente constitucionais), temos que nos ater ao estritamente necessário

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

- art.18º/3/*in fine*: **conteúdo essencial**

Funciona, nos casos práticos de conflito, como o **limite dos limites** ou barreira última da concretização, seja do ponto de vista legislativo, seja do ponto de vista da autoridade de controlo.

Concretização de direitos:

1º passo: delimitar o **âmbito de proteção** do direito e fixar os respetivos limites (o que permite concretizar).

Depois, usa-se o **princípio da proporcionalidade** (adequação ou idoneidade + necessidade + proporcionalidade em sentido estrito), aplicando-o aos limites que, ao concretizar os direitos, também

determinamos e que devem ser interpretados restritivamente, segundo o princípio da estrita necessidade.

A restrição do direito necessária à resolução do conflito resulta naquilo a que se chama **compensação**: nesta operação deve traçar-se sempre o limite ao limite, que delimita o conteúdo • essencial ou núcleo duro do direito que tem que ser sempre respeitado, caso contrário, o direito • desaparece — é isto que o **art.18º/3/in fine** quer impedir.

Compensação — por vezes, o interesse público alegado terá que ser aceite, não nos termos que o legislador indicar, mas nos termos em que seja admissível. Na compensação reduz-se num lado mas também no outro, a fim de obter a harmonização (redução pluralista).

Existem 2 teorias quanto ao núcleo essencial:

a) **Absoluta ("Absolut Test")**: em relação aos direitos fundamentais, diz que pode existir um 4 princípio permanente de aplicação dos direitos que, independentemente da individualidade 4 do caso concreto, seja sempre aplicado — ou seja, as normas constitucionais substantivas são aplicadas com validade uniforme independentemente dos casos práticos

b) **Relativa ("Balancing")**: abstratamente não se pode fixar um princípio de validade uniforme de aplicação de um determinado direito a todos os casos possíveis e imaginários, porque a delimitação concreta dos direitos só se faz no caso concreto

Quem não aceita a teoria da ponderação dos bens não pode ser defensor de uma teoria absolutista dos direitos fundamentais, na qual nunca há lugar ao contrapeso, à harmonização ou conciliação.

Os defensores da teoria absoluta têm, contudo, alguma razão quando afirmam que não cabe ao aplicador fazer uma ponderação, uma vez que esta já foi feita pelo legislador. ex.: art.37º nº2, quando haja conflito entre a liberdade de informação ou imprensa e os interesses concretos dos titulares dos órgãos de comunicação social, prevalece sempre a 1ª (o que, aliás, é dito pela própria CRP). Os partidários da teoria absoluta dizem que a CRP, no momento constituinte (originário ou derivado), já formou a sua hierarquia de valores, pelo que, a ser necessário um equilíbrio de interesses, este terá sido feito nesse momento (permitir que algum órgão aplicador decida de outra forma é desvirtuar a própria CRP.

Contudo, também é verdade que muitas situações não encontram solução consagrada na CRP, o que implica uma ponderação dos interesses em jogo. Portanto, uma teoria absoluta não é bastante pois a CRP não dá resposta a tudo.

Entre a generalidade da norma e o concreto dos factos é, então, necessário um intermediário: o legislador, que tem que dar resposta aos efeitos sociais e definir determinadas políticas ou, perante a ineficácia do legislador, terá que ser a autoridade de controlo.

Na prática, adota-se a teoria relativa do conteúdo essencial - o núcleo essencial do direito é que é sempre intocável, sendo a barreira última (**art.18º/3/in fine**); consoante os casos concretos é que pode variar, dado ser dinâmico.

Isto não significa que o TC não possa ter uma teoria *es processus* do conteúdo essencial, feita a partir dos casos concretos, do particular para o geral (aquilo a que Kant chamava faculdade de julgar reflexiva) - aliás, a existência duma teoria destas só seria útil, quer para o TC (em futuras decisões), quer para a doutrina e para o legislador.

QUANTO AO OBJECTO OU ÂMBITO DE PROTEÇÃO: SUBJETIVO OU OBJECTIVO?

Segundo a Prof., a garantia geral e abstrata terá que dizer respeito quer à posição jurídica individual do cidadão, quer à globalidade da ordem jurídica, ou seja, todas as **normas de garantia** (a garantia constitucional, designadamente através da intervenção do poder judicial) **atendem à dupla natureza dos direitos fundamentais**: simultaneamente subjetivos (= direitos subjetivos das pessoas, que protegem a posição jurídica individual do sujeito) e objetivos (representação de determinados valores constitucionais, ou seja, um sistema de valores) — portanto, a hierarquia é, simultaneamente, subjetiva e objetiva.

Assim, por mais objetivo que seja o valor constitucional, não se pode esquecer que são determinados direitos com determinados titulares (também aqui se faz um equilíbrio ou conciliação prática em relação a esta questão).

A grande crítica que se faz em relação aos tribunais de justiça constitucional, e que está relacionada com a passagem da teoria absolutista do conteúdo essencial para a teoria relativa, prende-se com um caso que surgiu nos EUA, nos anos 50: uns diziam que a liberdade de expressão era um bem absoluto, pelo que não poderia ser contrabalançada, nem sequer com a própria segurança nacional; por outro lado, os juizes do tribunal supremo defendiam a prevalência desta sobre aquela, mas auto-contiveram-se, decidindo que, como a questão era política, teria que ser o legislador a resolvê-la.

Ora, como nos EUA se tende a seguir a perspectiva da sociedade, estabeleceu-se que jamais unia liberdade poderia ceder perante um interesse nacional, a não ser que se verificasse um estado de sítio ou de emergência. Todavia, dada a fratura que este caso provocou na sociedade americana, tomou-se impossível continuar a dizer que havia direitos que não podem nunca ser sujeitos a contrapeso ou ser instrumentalizados para se atingir um fim público.

CAP. 9: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE "NOVOS" DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIREITOS, PRETENSÕES E EXPECTATIVAS

Na conceção clássica, os direitos fundamentais eram vistos como uma limitação ao poder do Estado - Teoria dos Direitos Defensivos = forma de divisão vertical do poder, na relação cidadão-Estado.

Atualmente, os direitos fundamentais são não só **limite** ao poder do Estado mas também um fim da atividade estadual - todos os poderes públicos estaduais (Governo, PR, AR, Administração Pública e Tribunais) têm que se orientar pelos direitos fundamentais, que representam, para além de esferas jurídicas subjetivas, valores fundamentais. Mas não basta apenas não os agredir; também é preciso otimizá-los, efetivá-los e respeitá-los.

Fala-se cada vez mais em **direitos e expectativas ou pretensões** ("rights" e "entitlements") - terminologia norte-americana, sendo as pretensões não ainda propriamente direitos mas um meio passo na consagração do direito.

A nossa Constituição não é apenas uma Constituição do Estado (Divisão vertical do poder: relação vertical, Estado-cidadão) mas também uma Constituição da sociedade (Divisão horizontal do poder: relação horizontal, cidadão-cidadão)

Há muitos direitos (ex.: direito ao ambiente e à qualidade de vida) que não são unicamente da responsabilidade do Estado mas de todos: são **direitos de nova geração**, que implicam uma fruição conjunta porque são bens coletivos - não é o Estado que está, em si, obrigado, numa ação positiva, a fornecer um ambiente e uma qualidade de vida com altos padrões.

Quando a qualidade de vida melhora, criam-se expectativas em relação às pessoas e que têm que ser atendidas (caso contrário podem gerar-se situações rejeição ou de ruptura), o que resume a atividade governativa a uma gestão de expectativas (Alexi de Tocqueville + Marcello Caetano).

Expectativas constitucionais ou "entitlements": estas expectativas são pressuposto de facto do direito, são reivindicações, interesses (Jhering) ou poderes de vontade (Savigny) que pretendem ser reconhecidos como direitos - **pré-formação do próprio direito** (1º grau no reconhecimento do direito).

O conceito de **interesse** passa a ser amplamente utilizado sempre que o poder público ainda não atingiu a fase de consagração absoluta do direito

Ex.: Direito Administrativo - "interesses fundamentais do administrado"

(art.268º) — "interesses garantidos" — "interesses legalmente protegidos"

Em relação ao direito do ambiente, antigamente não se falava num direito ao ambiente mas em interesses difusos, dado o carácter coletivo do bem, que não pode ser usufruído individualmente (não tem exclusividade de gozo).

Hoje é a própria sociedade, acompanhando os valores que imperam em determinada fase, que impõe um conjunto de direitos de que ela própria se apresenta como portadora.

No entanto, enquanto não houve reconhecimento institucional pelo poder público, fala-se em expectativas ou titulações.

Atualmente, qualquer Governo tem que gerir estas expectativas, porque estas são pretensões de direito — a conceção do direito é pré-estatal e é a própria comunidade que vem impor e é portador de um conjunto de direitos.

RECONHECIMENTO JURÍDICO E INSTITUCIONAL

Hoje, existe uma reivindicação que necessita de um reconhecimento institucional — estas expectativas são o 1º grau no reconhecimento do próprio direito, mas só a partir do reconhecimento institucional é que passa a existir um direito.

Normalmente, a sua integração é seletiva, não sendo as expectativas reconhecidas em bloco.

Esta questão coloca-se não relativamente aos direitos mais clássicos (que já passaram todos por esta fase — já são direitos) mas relativamente aos direitos fundamentais a prestações em sentido estrito (DESC), porque em sentido amplo entende-se que todos os direitos fundamentais exigem uma ação ou omissão do Estado.

• **direito de propriedade (art.62º CRP):** em um DLG e hoje é considerado um DESC — a propriedade passa a marcar uma função social, sendo que a expropriação põe em causa aquilo que era um direito pleno e ilimitado de propriedade - passou a ser um DESC para acentuar essa função social dos DESC em geral, e da propriedade em particular (quer como forma de desenvolvimento da personalidade, quer como forma de equilíbrio na distribuição de riqueza)-

A propriedade, juntamente com os direitos de iniciativa privada (art.61º), são direitos que exigem uma ação negativa ou abstenção do Estado (que este não coloque entraves) e não urna intervenção positiva.

A estrutura lógica destes direitos é semelhante à dos DLG's — têm um domínio objetivo e também um direito subjetivo, sendo que há prestações subjetivas neles que são identificáveis e facilmente exigíveis num tribunal por serem DESC suscetíveis de tutela individual.

Pergunta-se **porque é que os modernos DESC não poderão também ser construídos sobre a forma de direitos fundamentais a prestações subjetivas?** Poderão, desde que encontremos neles um titular e desde que postulem uma obrigação de proteção por parte do Estado.

G. Canotilho diz que o direito à SS não tem como contrapartida um direito subjetivo — é um direito fundamental objetivo que cria obrigação em relação ao Estado como uma tarefa pública estadual, mas à qual não corresponde um direito subjetivo.

o que se pretende com o movimento reivindicativo em torno destes interesses é a **consagração das expectativas constitucionais** (pretensões) **em verdadeiros direitos**, o que tens sido feito paulatinamente nas constituições da segunda vaga (Portugal, Espanha e Grécia), sendo um trabalho interessante da justiça constitucional. (Acórdão do SNS, que G. Canotilho interpreta como consagrando o princípio da proibição do retrocesso social).

A CRP, ao ter normas finalísticas, estabelece sempre um dever de proteção que recai sobre o Estado e que é um verdadeiro **dever objetivo**.

Saber se tal dará origem a prestações jurídicas subjetivas, dependerá da evolução da sociedade e dos órgãos que são chamados a aplicar o DC (há um mínimo que deve ser visto como uma prestação eventualmente subjetiva, mas, a partir daí, não se pode exigir unia contrapartida, não há um direito subjetivo por parte dos beneficiários)

Novas questões se levantam a propósito das **minorias**: há uma proteção pela negativa (e não em sentido negativo) já que a CRP estabelece cláusulas não discriminatórias (art.13º nº2) — mas é preciso reconhecer-lhes direitos que lhes permitam fazer valer tais direitos no espaço público.

Este tipo de direitos implica, por parte das pessoas, a reivindicação de uma determinada **identidade cultural**

Esta questão não está só relacionada com cláusulas de não discriminação, mas também leva implicado um conjunto de políticas de reconhecimento, que levam à sua inclusão (vs. exclusão) - problema do direito dos grupos. Reconhece-se, hoje, a existência não só de direitos individuais, mas também de direitos de grupos e das necessidades particulares destes (há, pela primeira vez, o reconhecimento de minorias sociais como titulares de direitos constitucionais), o que se prende com o pluralismo, a tolerância e a existência de um Estado de Direito Democrático (art.2º).

A GARANTIA DOS PODERES PÚBLICOS

Os direitos subjetivos podem construir-se em termos de direitos de proteção em relação ao próprio Estado — este tipo de direitos, mesmo que se exerçam não apenas contra o Estado, mas numa relação cidadão-cidadão, têm sempre uma garantia por parte dos poderes públicos: já não são direitos contra o Estado mas sim **direitos através do Estado** e, agora, com uma projeção de nível constitucional.

Isto põe-se em relação à Administração Pública, ao Poder Legislativo e ao Poder Judicial.

Tratando-se de prestações diretas por parte da Administração Pública, esta tem que contar com os princípios da legalidade, precedência e prevalência de lei (a administração pública está sujeita à lei e à CRP).

Em relação ao poder judicial, este está constituído no sentido de uma proteção e defesa dos direitos fundamentais (**art.202"/2** — para além do que consta deste preceito, os tribunais não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na CRP ou os princípios nela consignados) — o art.18" apenas permita o acesso direto relativamente aos DLG's

São **direitos a prestações em sentido amplo**, sendo que a garantia dos poderes públicos varia consoante o tipo de prestação e o tipo de poderes públicos.

A POSITIVAÇÃO PELA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIAL

Também compete ao poder judicial positivar direitos, isto é, transformar expectativas e interesses fundamentais em direitos. É o último recurso de defesa das liberdades, estando construído no sentido de uma proteção e defesa (**art.202º**).

Nas questões submetidas a julgamento, **não podem** os tribunais (quaisquer que sejam) aplicar normas que infrinjam o disposto na CRP ou os princípios nela consignados: aqui podem-se reivindicar prestações jurídico-fundamentais diretas em relação ao poder judicial.

Contudo, quanto à questão do **acesso direto à CRP**, o **art.18º/1** estabelece o **dualismo** entre DLG's (que têm um regime específico) e DESC, no plano constitucional: tendo em conta o disposto no **art.17º** (que permite a aplicação do regime dos DLG's aos direitos fundamentais enunciados e a direitos fundamentais de natureza análoga), o poder judicial pode atribuir a um DESC condições que o transformem num direito fundamental de natureza análoga aos DLG's, ao qual passa a aplicar-se o regime específico dos DLG's (o tribunal pode, efetivamente, atribuir a um direito que, em princípio, não é um DLG, o regime específico destes, nomeadamente a possibilidade de acesso direto dos cidadãos aos

tribunais para fazerem valer os seus direitos e pretensões jurídico-fundamentais. Assim, o dualismo que pode ser atenuado pela intervenção de um poder do Estado, designadamente do poder judicial.

CAPÍTULO 10: A DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO CONCRETO

OS TERMOS DO PROBLEMA

A **técnica de construção do texto constitucional** e a sua **interpretação diferenciam-se** do direito ordinário, dadas as particularidades do próprio texto: a maior parte das suas normas corresponde a cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, o que acaba por traduzir a **abertura do texto constitucional** (quer ao nível vertical — ao nível do texto em si —, quer ao nível horizontal — das disposições ou cláusulas gerais), sendo certo que há diferentes graus de abertura.

Quando o legislador quer tomar ele próprio a decisão utiliza **conceitos densos**; por sua vez, quando a decisão é deixada aos órgãos jurídicos aplicadores, utiliza **cláusulas abertas**, que são verdadeiras cláusulas de delegação à autoridade concretizadora. Colocam o problema de como traçar a linha da delimitação dos direitos no caso concreto: num caso concreto, os direitos podem conflitar.

O contrapeso acaba por ser uma consequência do próprio texto constitucional: quando o equilíbrio ou hierarquia não vem fixado constitucionalmente, isto é, quando não é o próprio legislador constitucional a estabelecer quais os interesses que devem prevalecer em caso de conflito, tal hierarquização ou conciliação terá que ser feita: ou pelo legislador ou pelo poder judicial (a maioria dos casos).

Há também casos em que é a própria CRP a fazê-lo: **art.38º/2/a)** — neste caso, a CRP é clara e estabelece que, em caso de conflito, prima ou prevalece a liberdade de expressão sobre o direito de propriedade da imprensa que detém o titular do órgão de comunicação social - aqui há uma **prevalência estabelecida constitucionalmente**; este é também um caso em que, para além do contrapeso ser fixado na Constituição, há uma **eficácia irradiante** (ou efeito externo) dos direitos fundamentais face às entidades privadas.

CONTRAPESO DE VALORES E CONTRAPESO DE BENS NO CASO CONCRETO

- **Contrapeso de bens em sentido amplo** (deve estar feito na CRP e prende-se com a ordem < de valores e, quando muito, dará origem a uma jurisprudência dos valores).

- **Contrapeso de bens no caso concreto** (= princípio da concordância prática, segundo Canotilho, ou ao princípio da proporcionalidade, e, já não uma jurisprudência dos valores, mas sim uma técnica atualista da jurisprudência dos interesses).

Perante o caso concreto, o poder judicial estabelece a linha de limitação, por isso é que, segundo a Prof., a maioria dos limites implícitos só serve para delimitar direitos no caso concreto.

Tratando-se de **uma compensação**, cada direito deve ser reduzido ao mínimo essencial para que não obste à equivalência do outro direito, que também sofrerá reduções equitativas, sendo que o conteúdo essencial de qualquer deles nunca poderá ser posto em causa

- “Fortemente pluralizadas” = várias formas de operar a conciliação ou harmonização dos direitos, num caso concreto, que serão admissíveis desde que não infrinjam a CRP. Pluralizada, isto é, não se admitem ponderações constitucionais numa única direção.

Os direitos fundamentais correspondem a decisões de valor tornadas pelo legislador constituinte (que, no fundo, são decisões de todos nós), não se podendo anular a margem de

concretização da CRP - assim, o princípio do contrapeso dos bens no caso concreto, por parte do poder judicial, só tem lugar quando não há uma decisão tomada pelo legislador constitucional.

Um TC demasiado ativista prejudica a Democracia porque abafa a margem de escolha política do legislador democrático e transforma-o numa administração executora da Constituição, sem vontade política própria.

• **contrapeso de bens** no caso concreto – o princípio de prioridade está estabelecido: ou pelo legislador constituinte, ou pelo próprio tribunal; se essa prioridade não vier estabelecida na Constituição nem resultar de uma interpretação judicial, apenas se poderá operar, quanto ao conflito de direitos, uma conciliação ou harmonização.

PRINCÍPIOS QUE NÃO ENTRAM NO CONTRAPESO

Princípios sagrados que jamais entram no contrapeso e relativamente aos quais vale a teoria absoluta.

• **cláusula da dignidade da pessoa humana**: jamais poderá ser contrabalançada em relação a outros direitos, sejam eles DLG's ou afirmem um princípio ou interesse prevalente do Estado (nos termos da jurisprudência do TCFA, nunca se pode contrapor-lhe outro valor, designadamente de ordem pública); jamais poderá ser utilizado como meio para alcançar qualquer fim que seja dado o seu aspeto básico na formação e configuração valorativa do Estado de Direito. Este será o valor constitucional supremo, o Direito Fundamental dos cidadãos

Numa conceção liberal, há quem diga que nunca se deve contrapor o interesse coletivo ou interesse público prevalente ao **interesse privado**: a maioria dos autores defende que, no conflito entre eles, deve prevalecer o interesse privado já que o contrário representaria uma perspetiva autoritária do interesse público; contudo, isto é falsear a questão porque os interesses individuais têm sempre uma vertente pública enquanto liberdades públicas e partes da soberania do Estado. Em caso de conciliação, o juiz está, no fundo, a balancear e a equilibrar interesses públicos, ainda que esse interesse público tenha atuado através de um interesse individual.

• Prof. G. Canotilho: **concordância prática** (= contrapeso dos bens) – as normas têm uma justificação, não apenas interna (no mundo do Direito), mas também de aceitabilidade por parte da comunidade interpretativa e da comunidade em geral (efeitos sociais da própria decisão); assim, para se harmonizar direitos no caso concreto, há que atender à justificação interna, tendo em conta os efeitos sociais da própria decisão e não apenas a consequência jurídica que daí se retira.

Toda a decisão tomada na base do contrapeso é uma dedução não dedutiva, que não obedece ao princípio do silogismo da justiça – assim, a racionalidade contrapesada, que é a racionalidade do legislador ou do juiz, é a mesma pois ambos captam o método do silogismo da justiça e partem para a concretização (o contrapeso de interesses concretos pertence ao legislador mas, quando este se recusa a fazê-lo, o juiz pode também contrapesar interesses, utilizando uma racionalidade idêntica à daquele – um método de concretização)

O juiz é um legislador negativo quando recusa, mas pode haver **sentenças aditivas**, nomeadamente em matéria do princípio da igualdade: se o TC entende que houve exclusão injustificada de um determinado grupo social (não previsto pelo legislador), pode aditá-lo à previsão legislativa que está a ser objeto de controlo – é, de certa forma, uma interpretação evolutiva, feita através da transposição da realidade para a própria norma (são as chamadas **sentenças intermédias interpretativas**, nestes casos, **quantitativas e com carácter aditivo**).

As sentenças qualitativas traduzem o movimento contrário — são aquelas em que se suprime a um determinado texto uma norma ou segmento de norma incompatível com a CRP, permanecendo o restante texto

A INEVITABILIDADE DO CONTRAPESO: críticas ao contrapeso, concordância prática e princípio da proporcionalidade:

1) apela a métodos não dedutivos que, dentro da teoria clássica da interpretação jurídica, não são métodos jurídicos, pelo que os tribunais não deverão recorrer unicamente a eles — mas se não lhes recorrerem, têm que pronunciar um *non liquet* que, por sua vez, também é proibido. Logo, é a **inevitabilidade do contrapeso**: quer se aceite ou não, todos os tribunais o fazem porque não há outra forma de romper com o conflito

- quem opera o contrapeso não parte, em princípio, duma teoria absolutista em relação aos direitos e aos seus limites imanentes, pelo que não há um princípio geral que possa ser aplicado a todos os casos; não há um contrapeso por definição

- de facto, o que está em causa é um princípio em formação que, depois, se tornará incontestável, tornando-se num princípio geral de Direito — até lá é contestado, dizendo-se que a decisão é feita numa base *ad hoc*, que não é neutra nem objetiva e que não é sequer um princípio (porque está em formação nas próprias decisões)

2) é um método não dedutivo, que transforma o Direito numa operação finalística

3) só funciona em sistemas democráticos abertos, isto é, que não admitem unicamente, como fontes de criação jurídica, as fontes oficiais do próprio Estado, porque nestes casos a jurisprudência não é considerada fonte direta de Direito

4) este método deverá ser sempre residual ou complementar (deve ser usado juntamente com outros métodos ou princípios constitucionais)

CAPÍTULO 11: A “VIS EXPANSIVA” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

SUA EXPRESSÃO NA RELAÇÃO ESTADO-CIDADÃOS E NA RELAÇÃO CIDADÃOS-CIDADÃOS

Um exemplo desta força expansiva dos direitos fundamentais é o **art.38º/2/a)**.

O art.18º estabelece o princípio da aplicabilidade direta dos DLG's em relação a entidades públicas e privadas: as pessoas podem aceder diretamente, sem interposição do legislador, à Constituição, fazendo valer os seus direitos diretamente e vendo-os garantidos por via judicial.

A questão da irradiação não teto que ver com a esfera pública, porque aqui nunca foi levantado qualquer problema, mas sim com a **esfera privada** (v. caso da liberdade de imprensa e direito à informação).

É tão perigoso para o exercício dos direitos o exercício do poder público, como também o é a excessiva concentração do poder económico privado — o caso dos meios de comunicação social é paradigmático. Assim, a própria CRP estabeleceu a formação de grandes monopólios, p.ex., ao nível da comunicação social, que pode pôr em causa o direito fundamental da liberdade de expressão e de imprensa.

Na **relação indivíduo-Estado**, todos estão, à partida, numa situação de igualdade perante o Estado, o que não ocorre em termos de Direito Privado.

Dizia-se que o conceito de inconstitucionalidade só se utilizava em caso de desconformidade de atos jurídico-públicos que assumissem a forma de lei ou que integrassem o conceito do TC de "norma". Em termos técnico-jurídicos isto é correto, logo, não se pode utilizar esta figura em termos de Direito Privado; no entanto, se isto ocorrer em **cláusulas privadas** (p.ex., em estatutos de empresas ou de sociedades) que, se fossem normas, seriam consideradas inconstitucionais, diz-se que haverá lugar a uma anulação por violação de princípios de ordem pública constitucional, á que esta é a única forma de fazer valer o **n.º1 do art.18º**.

Esta questão da irradiação do DC para o Direito Privado correspondeu a uma luta enorme, que só começou praticamente a partir da 1ª GM, o que se prendeu com a questão da propriedade e da possibilidade da sua expropriação — é então que, pela 1ª vez, se formula a Teoria da Promoção Social da Propriedade, deixando este de ser um direito absoluto (de DLG passou a DESC).

Progressivamente, o Direito Público invade o Direito Privado, onde se salienta a Constituição de Weimar, que contém, pela 1ª vez na Europa, uma Constituição económico-social.

Técnico-juridicamente, diz-se que os direitos têm uma dupla natureza: subjetiva (enquanto direitos subjetivos) e objetiva (enquanto valores) — se esta última irradia para o Direito Público não faz sentido deixar de lado o Direito Privado: os direitos fundamentais fornecem impulsos e diretivas, no seu carácter valorativo, para ambos os ramos do Direito.

Não há que renunciar aos direitos fundamentais, como defendem alguns autores: o que pode suceder na vida jurídico-privada é ter que se entrar num conjunto de transações (ex.: oferecer voluntariamente os dados pessoais em bancos e companhias de seguros), em que não há uma renúncia pois opera o **consentimento** (não pode é ser o Estado a impor ou a retirar a opção de se dar ou não) — trata-se, então, apenas de as pessoas fazerem uso dos seus direitos e não de renúncia a eles.

Quanto às **relações jurídicas especiais de poder**, há determinados estatutos, normalmente ligados aos grandes corpos do Estado, a cujas relações se pretendeu chamar relações especiais de poder, no âmbito das quais os direitos fundamentais não seriam exercidos na sua plenitude. Contudo, não há aqui qualquer limitação dos direitos fundamentais (v. **art.269º e 275º**) — estes regimes podem, num caso ou noutro, ter uma limitação intensa de direitos em relação ao cidadão normal mas ela tem que ter o fundamento constitucional da restrição.

Quanto à eficácia, na relação vertical Estado-cidadão e também na relação horizontal cidadão-cidadão (v. direito à qualidade de vida, urbanismo, ambiente) pode verificar-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais.

Os grandes institutos do Direito Privado (Família, Paternidade, Maternidade, Juventude, etc. — **art.38º e ss**), que, antes da existência das constituições, vinham consagrados nas leis ordinárias (Cód. Civil), estão hoje plasmados na Constituição, sendo protegidos e garantidos como direitos fundamentais. Ao fazer isto, a CRP está a exercer a função de garantia constitucional.