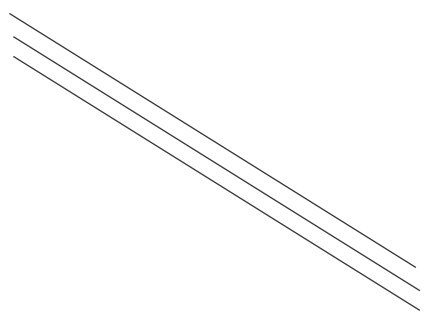


APONTAMENTOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Ferreira Dias

§
APONTAMENTOS
de
Direitos Fundamentais
(manual de apoio ao estudo)

João Ferreira Dias



FICHA TÉCNICA

Lisboa - Edição de Autor /

Série Monográfica António de Gouveia

1ª Ed. 2021 | e-book

DOI: 10.6084/m9.figshare.14885112

10.5281/zenodo.4311588

João Ferreira Dias ©



A *Série Monográfica António de Gouveia* é uma coletânea de monografias em formato eBook que visam sumariar matérias diversas, e que servirão de apoio ao estudo concreto as mesmas, não esgotando os temas. A coletânea homenageia António de Gouveia, humanista português que estudou e lecionou em França no séc. XVI, e que se dedicou à poesia, ao direito e à filosofia.

Este manual foi especialmente concebido para o apoio ao estudo da Disciplina de Direitos Fundamentais, com base nas lições de Luís Barbosa Rodrigues, Professor de Direitos Fundamentais, a que acrescem referências complementares, não dispensando, porém, leituras complementares e a bibliografia proposta pelos docentes da disciplina, em cada instituição de ensino.

●●● INTRO DUÇÃO

QUANDO NOS REFERIMOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS (DF), estamos a pensar em direitos de fonte interna, os quais, no caso português, se encontram vertidos na Constituição, ao passo que Direitos Humanos (DH) referem-se, necessariamente e rigorosamente, a um processo de elaboração internacional, ou seja, de fonte externa. Quer isto dizer que o divisor de águas se encontra na **fonte**.

Mas se essa diferença é evidente e real, ela não esgota as afinidades dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, objetivamente. As afinidades, como veremos, são particularmente relevantes.

Em jeito de contexto atentemos às palavras de José Melo Alexandrino (2012: 11-12):

Os Direitos Fundamentais são uma criação recente e frágil na história da humanidade. O seu nascimento surge no lastro de um lento processo que ao longo de muitos séculos associa o desenvolvimento de concepções religiosas e filosóficas, grandes movimentos sociais e políticos e uma multiplicidade de fórmulas e de instituições jurídicas.

Por sua vez, como resultado histórico, pode dizer-se que os DF são uma criação da civilização ocidental. E só num segundo num segundo momento, se começaram a estender a outros espaços culturais, onde naturalmente tiveram que sofrer o impacto de outras visões do Homem, de outros padrões de vida social, e de outras formas de desenvolvimento civilizacional.

Ora, ainda que constituam um modelo jurídico com pretensões de universalidade, na realidade política do planeta, os Direitos Fundamentais estão longe de se considerar efetivados em muitos países, e em alguns deles – como assinala a rebelião que percorria todo o norte de África, cerca de 2010 – não foram ou não são sequer reconhecidos.

(...)

Na apreciação da génese dos DF podem considerar-se vários níveis de análise: o nível filosófico-cultural, ou seja, o do movimento das ideias, o nível político-constitucional, abrangendo tanto os movimentos políticos como a aprovação de documentos de constitucionais, e o nível técnico-jurídico em que se revê o domínio da ciência do Direito. Estes diversos planos definidos e articulados entre si, constituem um dos mais extensos e complexos capítulos da história da civilização ocidental, que só de modo muito imperfeito poderíamos descrever.

Este longo excerto da autoria de JMA, permite-nos perceber, ainda que *en passant*, a génese dos Direitos Fundamentais e, bem assim, dos Direitos Humanos, posicionada na longa-marcha do jusnaturalismo, i.e., da construção de um conjunto de ideias, valores, princípios, normas, tidas por humanistas e humanitaristas, mergulhadas no pensamento ocidental, e na condição de resultado das ruturas históricas em favor da liberdade de pensamento, de expressão, e demais lutas políticas, reflexões filosóficas e postulados religiosos que conduziram ao conceito elementar desta Disciplina: a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, nem todos os DF têm a sua origem no Direito Natural¹, uma vez que o mesmo pressupõe um conjunto de valores universais, apriorísticos e atemporais, a que a marcha da História tem dado a devida revisão. Como veremos adiante, a grande divisão no quadro dos DF e dos DH é entre **direitos de liberdade** e **direitos sociais**. No plano interno português esta divisão encontra-se feita através das locuções: direitos económicos, sociais e culturais (DESC) e do outro os chamados direitos, liberdades e garantias (DLG).

Simultaneamente, dista que os DF são sempre vinculativos, ao passo que os direitos constantes aos textos de DH podem sê-lo ou

não, conforme o seu enquadramento em matéria de Direito Internacional Público, como Tratado ou como Declaração.

¹ A corrente do Direito Natural tem a sua génese no pensamento de Hugo Grotius, com destaque para sua obra *De iure belli ac pacis*. Para mais detalhe sobre Direito Natural ver Monteiro (2019).



CAPÍTULO I

A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS & DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando falamos em Direitos Fundamentais (DF) e Direitos Humanos (DH) – particularmente no quadro dos direitos pessoais, civis e políticos – referimo-nos a um conjunto de valores e princípios resultantes dos movimentos constitucionais e das lutas liberais traduzidos, por via da sua positivação, em normas jurídicas de natureza cogente (*jus cogens*). Por tal ordem de razão, afiguram-se como locuções tendencialmente sinónimas, ficando os primeiros remetidos para o plano interno dos Estados e os segundos para a ordem internacional.

Em comum, DF e DH apresentam a génese, a positivação, a tipificação, o fundamento, a natureza, os sujeitos ativos e passivos, o objeto, a dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais, e a justicialidade.

Como já referido, a génese dos DH e dos DF encontra a sua ancoragem histórica no Direito Natural, embora em períodos históricos distintos. Com efeito, três séculos distam os DF dos DH. Os DF remetem a sua origem – embora naturalmente de forma menos sistemática – às revoluções inglesas do séc. XVII, primeiro a Puritan Revolution (1642-60) e, 40 anos depois, a Glorious Revolution (1688-9). Daqui emerge a noção de Estado de Direito, separação de poderes, partidos políticos e sistema parlamentar. As revoluções americana e francesa deram igual contributo no desenvolvimento de uma ideia de DF. Tratam-se, todavia, apenas dos chamados direitos de liberdade, i.e., direitos pessoais. Quanto aos direitos políticos eles surgem, no entanto, de modo limitado, observando v.g. a dimensão censitária do voto que delimitava a ideia de cidadão pleno a um grupo concreto da população: a burguesia. Por seu turno, os direitos sociais surgem na Constituição de Weimar (1919), mas são desenvolvidos no pós-II Guerra Mundial, num contexto de reconstrução da Europa e intervencionismo do Estado.

Quanto aos DH, emergem, enquanto catálogo, no pós-II Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do

Homem, a qual não tinha natureza vinculativa, sendo, por tal razão, designada por *soft law*.

Importa ter presente que a positivação dos DF e dos DH não se restringe à transposição para direito escrito, supondo, igualmente, **imperatividade** e **coercibilidade** tanto para o poder político quanto relativo à comunidade de indivíduos. A tipificação dos DH e dos DF é equiparada, embora em determinados assuntos a elaboração internacional seja de natureza superior face à homóloga interna, por razões essencialmente ligadas à consensualidade de tal segmento da ordem jurídica. Com efeito, verifica-se uma tipificação superior em determinadas matérias, como sejam os direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, dos deficientes ou dos migrantes.

No estudo destas matérias carece de ter presente que o fundamento jurídico dos DH e dos DF ancora-se num mesmo princípio: a **dignidade da pessoa humana**. No quadro internacional verifica-se que tal fundamento é mais perentório, em virtude da locução *Direitos Humanos*, a qual esclarece *ab initio* o seu conteúdo, face aos DF, os quais por sua designação implicam uma prévia definição de fundamentalidade material. Tanto os DF quanto os DH traduzem posições jurídicas ativas, e ambos se afirmam como

direitos subjetivos públicos. No entanto, enquanto os DF são derivados ou dependentes (Direito interno), os DH resultam do *ius cogens*² positivado em dois textos normativos: Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e de 1986, i.e., trata-se de Direito internacional.

Os sujeitos do Direito Internacional e do Direito Interno, por seu turno, são idênticos: os sujeitos ativos (pessoas singulares), e os sujeitos passivos (Estados, mas também organizações). A condição individual dos direitos é o que atribui legitimidade processual ativa dos sujeitos singulares nos Tribunais Internacionais, quer em ações contra o Estado de origem, quer contra Estados terceiros. Simetricamente decorre a legitimidade processual passiva para serem julgados pelos Tribunais Internacionais. Assim, na Constituição estão estabelecidas incumbências elementares, as quais se traduzem na existência de direitos dos indivíduos e das correspondentes obrigações pela parte do Estado. No plano internacional decorre de igual forma, com os tratados internacionais a disporem sobre direitos dos indivíduos e os deveres dos Estados e demais sujeitos internacionais.

² Norma imperativa de Direito Internacional geral, ou seja, aceite e reconhecida pela Comunidade Internacional dos Estados no seu todo, cuja derrogação não é permitida e que só pode ser alterada por uma nova

norma de Direito Internacional geral com a mesma natureza (art.º 53.º, Convenções de Viena 1969 e de 1986 sobre o Direito dos Tratados).

Apresenta-se igualmente comum aos DF e aos DH a divisão nuclear de direitos de liberdade e direitos sociais. Em sede de DH, essa clivagem exprime-se em dois textos, de um lado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e do outro, o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). No que se refere à Constituição Portuguesa (CRP), decorre a existência de dois regimes jurídicos opostos: de um lado *direitos, liberdades e garantias*, aos quais se acoplam direitos de natureza análoga, e do outro os *direitos económicos, sociais e culturais*. Na CRP, os DH encontram-se nos Direitos, Liberdades e Garantias – princípios vulgarmente designados por “as grandes conquistas de Abril”. Por essa razão o direito à greve está patente neste grupo de direitos e não – como seria plausível – na parte relativa aos direitos sociais, procurando impedir uma revisão constitucional que limitasse tal direito. A justificação histórico-política sobrepõe-se. Assim, os art.º 18º e 19º da CRP, são aplicáveis no quadro dos direitos, liberdades e garantias e não no âmbito dos direitos sociais.

Decorrem diferenças entre os DF e os DH, todavia. Apesar da tendencial comunhão, a justicialidade dos DH, no plano internacional, permanece bastante limitada, encontrando-se reduzida ao Tribunal Penal Internacional (TPI), e assim tanto aos Estados que o reconhecem quanto ao reduzido número de direitos

civis (vida, integridade e liberdade). O TPI é o primeiro texto em que se cria um tribunal de natureza criminal não interno, através do Estatuto de Roma. O problema é que qualquer tratado impõe o acordo do Estado, o consentimento. Por essa razão, a efetividade jurídica do TPI é inferior face aos DF e aos DH de âmbito europeu. Quer isto dizer que pela razão de serem de fonte internacional, os DH observam um problema de eficácia, enquanto que no direito interno verifica-se uma maior fiscalização e rápido recurso aos tribunais.

Assim em jeito de resumo, os DF derivam de fonte interna, ao passo que os DH são de fonte internacional. Pela razão de serem de fonte internacional decorre um problema de eficácia, enquanto no Direito Interno decorre maior fiscalização e rápido recurso aos tribunais. DH e DF são (i) situações ou posições jurídicas ativas das pessoas singulares, (ii) essencialmente frente ao poder, (iii) para defesa da dignidade da pessoa humana.

1.1. HIERARQUIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As posições jurídicas ativas públicas, que integram os DF e os DH não se posicionam num mesmo plano hierárquico, não detêm a

mesma força jurídica, não obedecem aos mesmos princípios jurídicos, não ostentam um mesmo regime jurídico e, acima de tudo, não assumem uma mesma relevância valorativa. A razão reside, em primeiro lugar, no facto de tais posições se inscreverem em fontes do Direito diversas, quer internacionais, quer internas, que se encontram situadas em patamares hierárquicos diferenciados, como sejam os tratados *ius cogens*, a Constituição e os tratados comuns. Em segundo lugar, porque os direitos de liberdade se encontram adstritos à integralidade dos princípios da universalidade, da igualdade, da proteção, da confiança, da proporcionalidade e da responsabilidade, enquanto os direitos sociais são, apenas, modelados por alguns desses princípios.

Efetivamente, o fundamento jurídico dos DH e dos DF é a dignidade da pessoa humana, sendo uma noção valorativa por excelência, tanto no plano interno quanto internacional. Essa dignidade da pessoa humana é anterior e superior ao Estado e à Comunidade Internacional, sendo, ainda, anterior e superior à ordem positiva do Direito, sendo esta que qualifica e caracteriza o Estado, a Comunidade Internacional e a própria ordem jurídica positiva. Dessa forma, não possuem idêntica valoração, no quadro dos DH, um direito à liberdade (art.º 9º, nº1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [PIDCP]) e o direito à greve (art.º 8º, n.º 1, al. d) do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais

e Culturais [PIDESC]). Do mesmo modo, no quadro dos DF o direito à vida (art.º 24º CRP) possui necessariamente superior valoração face ao direito ao desporto (art.º 79.º, CRP). Os DH integram a ordem jurídica portuguesa nessa qualidade e não como DF – *máxime* art.º 7º (Relações internacionais), 8.º (Direito internacional) e 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) da CRP.

A prevalência dos DH sobre os DF está também presente no Direito da União Europeia, plasmado na Carta de Direitos Fundamentais da UE, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual a CRP oferece inequívoca vinculatividade, bem como na condição de parâmetro jurídico interpretativo e integrativo, posicionando-a, assim, num plano hierárquico superior. No entanto, no quadro da CRP, a DUDH não se encontra num plano superior ao dos remanescentes instrumentos de DH, nomeadamente àqueles que contêm *ius cogens*, nem num patamar superior ao Direito da UE.

Importa, ainda, lembrar que nem todos os DH consubstanciam *ius cogens*, antes incluem-se apenas os direitos civis e, eventualmente, os políticos, mas não os económicos, sociais e culturais. Dessa forma, não existe motivo para que tais DH prevaleçam sobre os DF pessoais e políticos. Isto porque os direitos de liberdade recortam-se como verdadeiros direitos subjetivos, demandando por existência e, se necessário, a exigir judicialmente,

ao passo que os direitos sociais não ultrapassam o patamar de expectativas. Desse modo, a liberdade (direitos civis e políticos) é mais importante do que a solidariedade (direitos sociais), pelo que esta última não pode colocar em causa a primeira. O mesmo se passa com a democracia (direitos políticos) e a solidariedade.

1.2. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, E DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Os direitos civis e políticos estão patentes no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), emergem como direitos subjetivos públicos internacionais, em consequência de uma personalização do indivíduo que hoje não admite dúvidas. Os direitos económicos, sociais e culturais, presentes no Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), limitam-se a direitos expectativas de direitos.

1.3. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Aqui sobressaem os direitos civis insuscetíveis de derrogação (art.º 4.º, PIDCP), direitos de natureza pessoal, aos quais a ordem jurídica internacional atribui um estatuto próximo da intangibilidade absoluta. Como sejam: o direito à vida (art.º 6.º,

PIDCP) – apesar da não proibição genérica internacional da pena de morte –, o direito à integridade pessoal (art.º 7.º, PIDCP), o direito à personalidade jurídica (art.º 16.º, PIDCP), o direito à liberdade, nas suas valências de proibição da escravidão (art.º 8.º, PIDCP), de proibição da servidão (art.º 8.º, PIDCP) e de insusceptibilidade de prisão por dívidas (art.º 11.º, PIDCP), o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art.º 18.º, PIDCP) e os princípios penais da legalidade e do tratamento mais favorável (art.º 15.º, PIDCP).

Postos estes, afirmam-se outros direitos civis, igualmente nucleares: o direito ao nome (art.º 24.º, PIDCP), o direito à nacionalidade (*idem*), os direitos à liberdade e à segurança (art.º 9.º, PIDCP), as remanescentes garantias de natureza penal e natureza processual penal (art.º 9.º, 10.º e 14.º, PIDCP), o direito à honra e reputação (art.º 17.º, PIDCP), o direito à vida privada e familiar (*idem*), o direito ao domicílio (*idem*) e o direito à correspondência (*idem*).

De forma subsequente, encontramos os direitos civis que não são individuais, mas antes implicam um sentido de coletivo: direitos à família, ao casamento - e respetiva dissolução - o direito de reunião (art.º 21.º, PIDCP) e o direito de associação (art.º 22.º, PIDCP). Ou, ainda no que tange aos direitos civis, num plano mais circunscrito: a

liberdade de circulação (art.º 12.º, PIDCP), a liberdade de emigração (*idem*), e os limites à expulsão (art.º 13.º, PIDCP).

Por último temos os direitos políticos: o direito de sufrágio eleitoral (art.º 25.º, PIDCP), o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos (*idem*), e o direito de acesso a funções públicas (*idem*).

1.4. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS, DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA, E DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

No quadro dos DF portugueses verifica-se uma clara hierarquização, com notória supremacia dos direitos, liberdades e garantias (DLG), e dos direitos de natureza análoga, sobre os direitos económicos, sociais e culturais (DESC). Ambos os blocos apresentam clara diferença em sede de princípios. Os primeiros respondem, simultaneamente, a exigências de universalidade (art.º 12.º e 15.º, CRP), igualdade (art.º 13.º, CRP), proporcionalidade (art.º 18.º e 19.º, CRP), confiança (art.º 18.º, CRP), responsabilidade (art.º 22.º, CRP) e proteção (art.º 20.º, CRP). E os segundos circunscrevem-se, aos princípios da universalidade, da igualdade e da proteção, nos termos da própria Lei Fundamental. Com efeito, os DESC apresentam uma distinta força jurídica (art.º 18.º, CRP), um contraposto quadro de

restrições ao exercício de direitos (art.º 18.º e 270.º, CRP), um diverso modelo de suspensão do exercício de direitos (art.º 19.º, CRP), uma autotutela num caso existente e no outro inexistente (art.º 21.º, CRP), uma diferente perspetivação da reserva legislativa (art.º 165.º, CRP) e uma construção simétrica no domínio da revisão constitucional (art.º 288.º, CRP).

No que tange aos direitos de natureza análoga estes são direitos fundamentais que não estando previstos nos art.º 24.º a 57.º da CRP, por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam análogo tratamento aos DLG (art.º 17.º, CRP), pelo que, tal como os DLG, os de natureza análoga superiorizam-se aos designados direitos económicos, sociais e culturais. Em primeiro lugar, emergem os DLG pessoais insuscetíveis de suspensão (art.º 19.º, n.º 6, CRP). Concretamente, o direito à vida (art.º 24.º, CRP), o direito à integridade pessoal (art.º 25.º, CRP), o direito à identidade pessoal (art.º 26.º, CRP), a liberdade de consciência e a liberdade de religião (art.º 41.º, CRP), o direito à capacidade civil (art.º 26.º, CRP), o direito à irretroactividade da lei criminal (art.º 29.º, CRP), o direito de defesa dos arguidos (art.º 32.º, CRP) e o direito à cidadania (art.º 26.º, CRP).

Em segundo lugar, destacam-se outros DLG, ainda de natureza pessoal, ou pessoalíssima, e, dessarte, igualmente nucleares. Especificamente, os direitos à liberdade e à segurança (art.º 27.º,

CRP) e os direitos conexos com essa liberdade física, relativos à prisão preventiva (art.º 28º, CRP), à aplicação da lei criminal (art.º 29º, CRP), aos limites das penas e das medidas de segurança (art.º 30º, CRP), ao habeas corpus (art.º 31º, CRP), ou às remanescentes garantias de processo criminal (art.º 32º, CRP), o direito ao desenvolvimento da personalidade (art.º 26º, CRP), o direito à reserva da intimidade da vida privada (idem), o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art.º 35º, CRP), o direito ao bom nome e reputação (art.º 26º, CRP), o direito à imagem (idem), e o direito à palavra (idem) e o direito a uma adequada utilização da informática (art.º 36º, CRP).



CAPÍTULO II

UM PRIMEIRO OLHAR AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

COMEÇAMOS PELO MAIOR PROBLEMA METODOLÓGICO relativo aos DF e aos DH. Com efeito, tais locuções são, apenas, grandes distinções em matéria de fonte que não esgotam as diferenças de substância dos direitos que lhes subjazem. Assim, a primeira grande diferença, que configura realidades opostas, é entre os ditos direitos de liberdade e direitos sociais. Dentro dos primeiros, encontramos, ainda, a divisão entre direitos pessoais e direitos políticos. Quanto aos direitos pessoais, no plano internacional – em razão da sua inspiração anglo-saxónica –, o termo “pessoais” é substituído por “civis”.

Em termos estruturais, aos direitos de liberdade/direitos, liberdades e garantias, opõem-se os direitos sociais/direitos económicos, sociais e culturais.³ Ou seja, entre eles há uma diferença de natureza que se traduz numa diferenciação de regime jurídico, pelo que não seria possível adotar o regime dos direitos de liberdade aos direitos sociais sem incorrer numa impossibilidade técnica.

Importa tomar em consideração que os direitos de liberdade são, essencialmente, direitos negativos. Ou seja, são direitos que demandam pela não intervenção do poder político, pela não invasão da autonomia da vontade por parte do Estado. É esta necessidade de garantia de uma esfera individual inviolável de autonomia, liberdade e ação, que fundamenta a criação dos DF, na sua condição de direitos elementares e pessoais (direito à vida, por exemplo). Todavia, estes são, como dito, *essencialmente* negativos porque transportam uma condição positiva: a proteção que se exige do Estado. Mesmo que se possa tomar esta condição como acessória ou complementar, a verdade é que a proteção é a salvaguarda da efetividade dos DF, e cabe ao Estado, enquanto pessoa coletiva máxima do direito interno, o papel de garante da inviolabilidade de tais direitos, salvo condições excecionais ligadas à segurança pública

³ No art.º 9.º da CRP, encontramos a referência ao direitos ambientais, o que constituiria uma quarta categoria nos direitos sociais.

e matéria em apreciação adiante sobre suspensão e restrição de direitos. É, pois, esta dimensão de proteção que faz com os direitos de liberdade sejam tendencialmente ou essencialmente negativos.

Já os direitos sociais têm um perfil diametralmente oposto – são direitos essencialmente positivos, os quais pretendemos ou desejamos poder exigir ao Estado o seu garante, a sua intervenção, a sua ação efetivadora, através das designadas «políticas públicas». É a obrigação *de facere* do Estado, ou seja, o dever de construir escolas, hospitais, redes de transportes, etc. São, todavia, direitos potenciais, porque na sua dimensão conformadora da sociedade carecem de instrumentos de realização, máxime orçamentais.

Reafirmando: os direitos de liberdade são essencialmente negativos, que requerem não ingerência por parte do poder político, e complementarmente proteção, enquanto os direitos sociais são, sobretudo, positivos, ou seja, impõem o desenvolvimento de políticas públicas para que se efetivem.

Não obstante os direitos sociais e os direitos de liberdades estarem distintamente separados no plano internacional, por via dos tratados específicos (o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e

Culturais), no plano interno português a situação decorre de forma diferente.

Como já referido, na Constituição Portuguesa verificamos a distinção entre direitos, liberdades e garantias (DLG) e direitos económicos, sociais e culturais (DESC). Os DLG, por sua vez, acham-se divididos em direitos pessoais, direitos de participação política e direitos dos trabalhadores. Ao analisarmos os DESC, percebemos que começam nos direitos dos trabalhadores, o que quer dizer que a matéria relativa ao trabalho se encontra segmentada, o que equivale a dizer, em termos estruturais, que se verifica uma divisão imperfeita da CRP. Porém, como já referido, esta divisão imperfeita responde a critérios de natureza histórico-política, resultantes do momento da elaboração da Constituição de 1976, no rescaldo do 25 de Abril de 1974. Concretizando: os direitos relativos ao trabalho constantes da estrutura de DLG, resultam da consciência de que as normas que regulam os DLG são especialmente exigentes, a fim de os preservar, ao contrário dos DESC, que não constando da norma de limites materiais expressa no art.º 288º CRP, podem facilmente ser restringidos, suspensos e até suprimidos da própria Constituição. Em consequência dessa distorção, verifica-se a existência de direitos sociais em sentido formal e material e direitos sociais que só o são em sentido material, porque formalmente são direitos, liberdades e garantias.

Observa-se que as distorções constitucionais se estendem além do referido. Com efeito, os direitos de propriedade privada e de iniciativa privada gozam, na consciência jurídica coletiva, e num quadro ideológico liberal individualista, de uma estrutura essencialmente negativa, sendo, pois, direitos de liberdade. No entanto, tais direitos foram alocados nos direitos económicos, sociais e culturais. A razão reside, como é perceptível, no quadro político de construção da Constituição da República Portuguesa (CRP), em 1976, marcado por uma forte inspiração socialista na ideologia de Estado. Desse processo revolucionário de que a CRP resultou, quis-se assegurar os direitos pessoais e políticos, os quais foram objeto de discussão e, após acordo, votados, dando origem à parte da Constituição relativa aos direitos e deveres fundamentais. Em rigor, a situação de urgência constitucional impulsionou a dispersão dos direitos pela CRP, evitando uma nova votação e a eventualidade de não obtenção de um novo consenso político. A urgência implicou uma decisão prática com prejuízos estruturais na Constituição Portuguesa. Ora, é precisamente em decorrência desta circunstância que ganham relevo os **direitos de natureza análoga**. Assim, por direitos de natureza análoga (DNA) entendem-se situações jurídicas ativas que virtude da sua estrutura sobretudo negativa e garantística, revestem-se de similitude face aos direitos, liberdades e garantias, não se encontrando naquele catálogo em razão da sistematização

urgente da Constituição, como referido acima, mas gozando do mesmo regime, nos termos do art.º 17.º da Constituição.

Sucede, então, que aos direitos fundamentais espalhados na Constituição, se aplicam duas designações: direitos de natureza análoga (DNA) e direitos constitucionais avulsos.

Perante esta bifurcação vemo-nos diante de uma questão prática: qual a diferença que decorre entre estas classificações? Para aqueles que estão foram dos DLG, mas que se assemelham a estes, aplicamos-lhes o mesmo regime, através do artigo 17.º da CRP. Se por outro lado, não lhes identificamos características similares aos direitos de liberdade, então tais direitos vão ser alocados ao regime dos direitos sociais.

Esta situação conduz-nos a uma questão pertinente: qual o motivo que justifica, que subjaz, à existência de tantos direitos fundamentais constitucionalmente previstos? A explicação é, uma vez mais, histórico-política. Os direitos fundamentais decorrem das experiências dos regimes autoritários e totalitários, caracterizados pela redução ou supressão de direitos políticos e de liberdade de forma marcante, cuja superação por derrube dos regimes reclamou pela necessidade de recuperar e até ampliar o catálogo de direitos constitucionalmente assegurados. Isto é particularmente evidente no Constitucionalismo alemão do pós-II Guerra Mundial.

O regime que vigorou em Portugal, de 1933 até 1974 foi não-democrático de natureza autoritária, marcado pela inviabilização dos direitos políticos e de determinados direitos pessoais de liberdade. É, pois, compreensível, que na feitura da Constituição democrática houvesse uma especial atenção com a matéria dos direitos fundamentais, ainda que, como referido, a sistematização que ocorreu tenha sido, na melhor das hipóteses imperfeita, na pior caótica. A situação política no rescaldo do 25 de Abril era periclitante, com a iminência de uma guerra civil, período eternizado como «Verão Quente». O PREC – Processo Revolucionário em Curso – deu lugar ao Processo Constitucional em Curso.⁴ O trabalho da Assembleia Constituinte não foi, portanto, fácil, encontrando-se numa situação bicéfala, entre aqueles que desejavam o modelo de direitos fundamentais que atualmente vigoram, e outros que queriam um modelo totalmente diferente. Esta situação fez com que os principais direitos fundamentais constitucionalmente previstos fossem sujeitos a votação, compondo um núcleo que se tomou por bom, que foi o dos direitos e deveres fundamentais. Sucede que ao longo da produção da CRP, foi-se tornando evidente que existiam direitos que podiam ser classificados como direitos fundamentais, mas que estavam de fora. Evidentemente que numa situação política diferente, teria sido possível votar os direitos

⁴ Ver: Cerezales e Cabral (2003), Machado (2014), Marchi (2020).

novamente, procurando uma sistematização mais perfeita. Todavia, no contexto à época não havia garantias de que uma nova votação fosse sequer possível. Desta forma, o quadro dos direitos fundamentais constitucionalmente determinados foi o possível, com a sistematização imperfeita que foi concretizável.

2.1. O PROBLEMA DE REGIME DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRP

No quadro da dispersão de direitos, como referido, resolveu-se o problema através do art.º 17.º, o qual estatuiu que os direitos de natureza análoga possuem o mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias. Dessa forma, cerca de metade dos direitos com regime de DLG encontram-se espalhados pela Constituição. Daqui outro problema resulta: quais os direitos de natureza análoga? A doutrina diverge. Esta situação desconfortável é resultado do facto do art.º 17.º não nos informar quais os critérios para atribuir natureza análoga a um direito. Sabemos com rigor quais os direitos, liberdades e garantias, quais os direitos económicos, sociais e culturais, mas não sabemos quais os de natureza análoga, sendo forçados a procurar na doutrina propostas de listagem.

Com efeito, a CRP comporta dois regimes completamente diferentes e praticamente opostos: o regime dos direitos, liberdades e garantias, e o dos direitos económicos, sociais e culturais. Estes

últimos são, em verdade, direitos potenciais, direitos eventuais, até direitos futuros, porque necessitam de lei ordinária e efetivação por meio de políticas públicas, as quais carecem de cabimento orçamental. Essa condição faz com que sejam direitos que observam pouca proteção e preocupação, particularmente face aos DLG, que gozam de um regime garantístico e protetor. É por isso que um direito qualificado como de natureza análoga vai usufruir de um regime mais benéfico em matéria de restrição e de suspensão, por exemplo. Se não for qualificado como de natureza análoga irá caber no regime dos direitos sociais, podendo ser eliminado da Constituição, restringido sem grande dificuldade ou suspenso sem qualquer momento.

Verifica-se, todavia, um segundo problema: a Constituição não nos dá uma noção inteiramente rigorosa do que sejam direitos, liberdades e garantias. Isto é mais evidente quando olhamos para o Direito Internacional: de um lado temos os direitos de liberdade, portanto, os direitos civis e políticos, do outro lado temos os direitos sociais. Mas quando analisamos a CRP, percebemos que não há uma divisão tão perfeita, o que é um problema de sistematização que não se independentiza de fatores ideológicos. Ou seja, há direitos sociais que estão dentro do quadro dos direitos, liberdade e garantias. Exemplo evidente desta dispersão, como referido, é o direito ao trabalho. Há uma parte que está no regime dos direitos sociais

(artigos 58.^o e 59.^o), e uma parte que sendo direitos sociais se encontra do lado dos direitos, liberdades e garantias (art.^o 57.^o - direito à greve). Dessa forma, podemos notar a divisão dos direitos, liberdades e garantias nas seguintes subcategorias:

- § Direitos, liberdades e garantias pessoais;
- § Direitos, liberdades e garantias de participação política;
- § Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores;

Como é perceptível, é nesta última categoria que o problema já elencado reside, porque os direitos relacionados ao trabalho são, técnica e necessariamente, por sua natureza, direitos sociais. Mas ao colocar o direito à greve no quadro dos direitos, liberdades e garantias está-se a garantir que este beneficia de um regime mais benéfico e garantístico, em virtude do contexto de negociação da CRP, já mencionado.

O terceiro problema é que há direitos de liberdade que se encontram na parte relativa aos direitos sociais, percorrendo caminho inverso aos direitos laborais. Mais uma vez, a razão reside no programa tendencialmente socialista da CRP. Por essa razão, o

mais relevante exemplo é o direito de propriedade, alocado no art.^o 62.^o da Constituição. Observando a sua natureza e o trajeto da ideologia liberal subjacente às sociedades ocidentais, o direito de propriedade é um direito negativo, pessoal, sobre o qual recai um princípio de confiança⁵. Com efeito, a garantia da propriedade privada é um elemento central no contrato social⁶. No entanto, na particularidade socialista do projeto constitucional, a propriedade foi tratada como um direito social, coletivo, público, e não individual e privado. A este direito de propriedade privada acresce outro de natureza liberal: o de iniciativa privada (art.^o 61.^o). Este é também um direito pessoal que foi alocado aos direitos sociais.

Hoje é praticamente consensual que os direitos de propriedade e iniciativa privadas são direitos pessoais que se encontram mal colocados na CRP. Consequentemente, quando olhamos para tais artigos, reconhecemos que em termos sistémicos, em termos formais, se trata de direitos sociais. No entanto, em termos substantivos, em termos materiais, são de outra natureza. Ora se a sua natureza é individual e não social, então são direitos de natureza análoga, portanto albergados pelo regime dos direitos, liberdades e garantias.

⁵ O princípio da confiança diz respeito a uma situação em que uma pessoa age de acordo com as regras normativas da sociedade, acreditando que

a outra parte também agirá em conformidade, recaindo sobre a totalidade dos cidadãos de modo a garantir a estabilidade social.

⁶ Sobre o Contrato Social ver Rousseau (1762) e Hobbes (1651).

Outro exemplo é o do referendo. Em Portugal, teoricamente, o referendo pode ser desencadeado através de iniciativas de cidadãos-eleitores, não sendo de iniciativa exclusiva da Assembleia da República ou do Governo, nos termos do art.º 115.º/1 e 2. Ou seja, o direito de iniciativa popular é a suscetibilidade de avançarmos com propostas de referendo, a serem apreciadas pela Assembleia da República, conforme o n.º 2 do referido preceito. Tal como o direito de proposta referendária, também a iniciativa legislativa, prevista no art.º 167.º, revestem natureza vinculativa, pelo que obriga o poder a debatê-las. O referendo aparenta-se da petição, sendo uma espécie de petição reforçada, tendo em conta que o direito de petição apenas vincula o Estado a uma resposta. Sucede que o direito de petição (art.º 52.º) se encontra entre os direitos, liberdades e garantias de participação política. A iniciativa, por sua via, encontra-se espalhada na Constituição, uma parte no artigo 115.º, outra no 167.º. O referendo verte-se no art.º 115.º, uma vez que não existia na versão da Constituição de 1976, tendo sido introduzido na revisão de 1982, para o poder local, e na revisão de 1989, para o âmbito nacional. Assim, quanto à natureza, tais direitos gozam de condição de direitos de natureza análoga.



CAPÍTULO III

OS PRINCÍPIOS

dos DIREITOS

FUNDAMENTAIS

DOS PRINCÍPIOS CONSTANTES AO TÍTULO DESTA SECÇÃO, os princípios da universalidade e da igualdade revestem-se de particular importância, tendo em conta a sua transversalidade. *A contrario sensu*, os demais princípios não gozam da mesma condição, não sendo, portanto, inteiramente comuns a todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, i.e., não tocam por igual os direitos, liberdades e garantias, e os direitos económicos, sociais e culturais. Tal desigualdade na cobertura dos princípios exprime a circunstância dos direitos de liberdade gozarem de um regime diferenciado, em parte traduzido na *aplicabilidade direta*. Por seu

turno, os direitos sociais têm uma natureza, em parte, futura, como já referido. Desse modo, quando falamos em igualdade e universalidade fazê-lo de modo diferente em relação a diferentes direitos, sendo que uns gozam de tal situação imediatamente, e outros a universalidade e a igualdade são prospetivas, uma vez que os direitos sociais, recorde-se, requerem leis ordinárias e consequentes políticas públicas.

3.1. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

Quando olhamos a estrutura da Constituição, somos impelidos a considerar que o princípio da universalidade está, apenas, contido no art.º 12.º, com tal epígrafe. No entanto, tal não é factualmente verdade. Isto porque o art.º 15.º – com a epígrafe “*Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus*” – trata, igualmente, do problema da universalidade. Para uma abordagem metodologicamente mais segura, poderemos distinguir entre universalidade (respeitante aos cidadãos portugueses), e universalismo (num sentido mais global). Quando olhamos para o art.º 12.º, n.º 1, vemos escrito “cidadãos”, mas precisamos fazer uma abordagem sistemática à questão. E a resposta é-nos dada pelo art.º 15.º. É no balanço comparativo entre ambos os artigos que encontramos a solução. Se o 15.º se refere aos “Estrangeiros,

apátridas, cidadãos europeus”, i.e., se se destina, então, à regulação da situação jurídico-constitucional dos cidadãos estrangeiros e dos apátridas, por exclusão de partes, *a contrario*, o 12.º é forçosamente relativo aos cidadãos portugueses.

Resolvido esta questão, importa reconhecer que o uso do termo “cidadãos” não é particularmente feliz, tendo em conta que a expressão de cidadania é uma relação jurídico-política entre uma determinada pessoa individual e o Estado à qual pertence. Ora, como estamos no plano dos direitos pessoais, o termo adequado a adotar teria sido “indivíduos”.

Em segundo lugar, diz-se que todos estão abrangidos por direitos e deveres fundamentais. Todavia, questiona-se: todos os portugueses? Os mesmos direitos? De forma exatamente igual? De facto, há uma ilusão de universalidade absoluta. Para começar, a Constituição faz uma distinção entre portugueses de origem e portugueses que adquirem a nacionalidade supervenientemente. Esse deslize constitucional está patente no art.º 122.º, onde está claro que para o cargo de Presidente da República “São elegíveis os cidadãos eleitores, portugueses de origem, maiores de 35 anos”. Ou seja, através deste preceito excluem-se os estrangeiros, os apátridas e os portugueses que adquirem a nacionalidade. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 148), notam que a Constituição não exclui que

possam exercer o cargo de Presidente da República cidadãos portugueses de origem portadores de outra nacionalidade.

Simultaneamente é preciso observar o disposto no art.º 14.º, “portugueses no estrangeiro”, onde se informa que “Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da proteção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”. Com este preceito em vista, compreende-se que há direitos que são insuscetíveis de serem exercidos senão presencialmente, pelo que os direitos fundamentais não abrangem da mesma forma os cidadãos portugueses de origem se residentes ou não em território português.

O art.º 15.º é, provavelmente, o que se reveste de maior complexidade, nesta matéria. No n.º 1 aparenta uma equiparação total entre portugueses, estrangeiros e apátridas, para no n.º 2 estabelecer exceções, de natureza geral, para os dois últimos tipos. No entanto, para Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 357), o propósito do n.º 1 é o de garantir que o gozo dos direitos fundamentais e a sujeição aos deveres fundamentais não dependam da posse da cidadania portuguesa, procurando garantir regime igual para estrangeiros e apátridas residentes em Portugal. Esta situação encontra-se de igual modo presente no art.º 14.º do Código Civil, relativo aos “direitos civis”.

Todavia, dentro dos estrangeiros e apátridas é possível encontrar sub-regimes ou regimes específicos, o que se traduz na existência de estrangeiros com mais direitos do que os demais. Recordemos: quem é dotado da totalidade dos direitos são os portugueses de origem residentes em território nacional. A segunda categoria é composta por portugueses que não são de origem, para os quais alguns direitos já ficam de fora do catálogo de abrangência. Posteriormente, então, surgem os estrangeiros, e dentro destes encontramos os cidadãos dos Estados de língua oficial portuguesa, os quais gozam de um regime mais próximo ao dos cidadãos portugueses, por razões históricas óbvias. Em seguida temos os cidadãos da União Europeia, os quais partilham a cidadania europeia e uma circunstância integradora face ao direito europeu (Gomes Canotilho & Vital Moreira 2007: 357). Posteriormente temos os cidadãos estrangeiros que se encontram em regime de reciprocidade de direitos, conforme o n.º 4, e só por fim os demais estrangeiros sem regime algum particular.

O art.º 15.º/2 é importante, ao circunscrever a exclusão dos direitos à dimensão política, i.e., os direitos políticos e de participação política. Como notam Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 357),

a equiparação dos cidadãos estrangeiros e dos apátridas aos cidadãos portugueses, vale para todos os direitos, pelo que, além da tradicional paridade civil e dos clássicos direitos de liberdade, eles gozam também, em princípio, dos direitos de prestação, como, por

exemplo, o direito à saúde, ao ensino, à habitação, etc. Quanto aos direitos dos trabalhadores, é a própria Constituição a proibir qualquer distinção segundo a nacionalidade (art.º 59.º-1). Note-se que, excluindo a Constituição apenas as funções públicas sem carácter predominantemente técnico, ela admite portanto o acesso de estrangeiros aos demais postos da função pública, com todas as consequências inerentes (regime de segurança social, reforma, etc.).

Compreende-se, desse modo, que não são os direitos pessoais que estão excluídos, mas antes os direitos políticos, não apenas os constantes aos Direitos, Liberdades e Garantias, mas aqueles de natureza análoga aos DLG de natureza política. Um exemplo desta situação é o art.º 115.º, relativo ao instituto de referendo, e que dispõe que este pode ser desencadeado quer pela Assembleia da República, quer por grupos de cidadãos eleitores. É um típico direito político. O mesmo se passa com o art.º 167.º, que trata da iniciativa legislativa popular. Com efeito, ambos são direitos de natureza análoga. Portanto, temos direitos, liberdades e garantias, e direitos de natureza análoga a estes, e direitos políticos e direitos de natureza análoga aos direitos políticos.

Compreende-se, então, que nos termos do art.º 15.º/2, os estrangeiros podem exercer funções públicas, no entanto, de natureza administrativa, não política. Na parte final do preceito diz ainda que são excetuados outros direitos e deveres reservados aos cidadãos portugueses, previstos na Constituição. É o caso das Forças

Armadas, que só podem ser compostas por cidadãos portugueses (art.º 275º/2).

Conforme previamente referido, os estrangeiros cidadãos de Estados de língua oficial portuguesa gozam de alguns direitos particulares, face aos demais estrangeiros, no entanto sob o cumprimento dos requisitos de residência em Portugal e reciprocidade. O n.º 3 do art.º 15.º estatui, precisamente, essa situação, nos termos:

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

Vemos, pois, que apesar das circunstâncias particulares para tais indivíduos, existem funções que são de reserva absoluta dos cidadãos portugueses.

Quanto aos cidadãos dos Estados que integram a União Europeia, residentes em Portugal, estes podem, nos termos do n.º 5 do mesmo preceito, em condições de reciprocidade, eleger e serem eleitos deputados ao Parlamento Europeu. O mesmo se estatui no art.º 39.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual prefere sobre o art.º 15.º da CRP.

Ainda, os estrangeiros residentes em território nacional podem, nos termos do n.º 4 do mesmo preceito, eleger e serem eleitos titulares de órgãos de autarquias locais. Note-se que o art.º 40º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia apenas faz menção aos municípios. Sucede, todavia, que o art.º 15º/4 fala, igualmente, em freguesias. Em relação aos restantes estrangeiros, podem usufruir deste direito, em condições de reciprocidade. Se não houver reciprocidade, são alocados ao art.º 15º/2, a par com os apátridas.

3.1.1. A questão das pessoas coletivas

Outro aspeto a ter em conta é o das pessoas coletivas. Reconhece-se que a CRP procurou ir tão longe na garantia de direitos que quis dotar de direitos fundamentais as pessoas coletivas. Contudo, esta situação configura-se uma impossibilidade técnica, pois há certos direitos que são intransponíveis para as pessoas coletivas, como o direito à vida. Podemos admitir, teoricamente, que há direitos que são compatíveis com a natureza das pessoas coletivas. O problema é a própria noção de direitos fundamentais ou humanos. Se entendermos que a expressão “dignidade da pessoa humana” é um monumento absolutamente incontornável da noção, como visto, as pessoas coletivas não podem ser abrangidas por esta situação. As

pessoas coletivas são puramente instrumentais, criam-se enquanto instrumentos jurídicos. Portanto, podem ser suprimidas e reduzidas. Ora, isto coloca o problema de saber se podemos chamar de direitos fundamentais aqueles pelos quais as pessoas coletivas são abrangidas, sem com isso distorcer a ideia de direitos fundamentais. Procurando evitar um choque constitucional, a doutrina tende a designá-los como direitos derivados ou reflexos. Esta é a situação invulgar do art.º 12º/2. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 330-1), defendem que as pessoas coletivas não sendo abrangidas pelo direito à vida, à integridade pessoal ou a constituir família, são portadoras do direito de associação e, ainda que parcialmente, à inviolabilidade do domicílio, segredo de correspondência e de propriedade. Reconhecem que a aplicabilidade de determinado direito fundamental a pessoa coletiva carece de avaliação casuística, tendo em conta que se excluem, necessariamente, os direitos que dependem de pessoa física. No entanto, como alertam, é importante avaliar qual a tipologia de pessoa coletiva, se pública ou privada, se associativa (enquanto extensão de personalidade individual dos seus membros), ou outra, a fim de aplicar determinados direitos fundamentais àquelas.

3.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade encontra-se previsto, antes de mais, no art.º 13.º da Constituição. Este princípio divide-se em duas partes: o da não-discriminação, que se configura como o princípio da igualdade numa perspetiva negativa, e o princípio da igualdade numa perspetiva afirmativa, presente no n.º 1: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

Precisamos ter presente que quando falamos em igualdade, há pelo menos duas perspetivas completamente diferentes de igualdade – a igualdade formal, liberal, burguesa, de um lado, e depois, do outro lado, a chamada igualdade social, solidária. A razão desta divisão reside, sobretudo e mais uma vez, em questões históricas. O constitucionalismo português experienciou duas fases: o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social. Tais modelos correspondem a ideias diferentes de igualdade. O modelo liberal está vertido nas Constituições de 1822, de 1838, de 1911 e na Carta Constitucional de 1826. Por sua vez, o modelo social encontra-se na Constituição de 1933 e na de 1976.

Ora, esta situação tem tradução no princípio da igualdade. No quadro constitucional liberal, traduz-se (i) na ideologia da não intervenção do Estado na economia e (ii) de que os direitos constitucionais são, sobretudo, direitos omissos, negativos. Nesse

sentido, trata-se de uma igualdade formal, porque o Estado não tem mecanismos para criar uma eventual igualdade material, uma vez que não intervém na economia, não possui empresas. Assim, os direitos que o Estado garante são os mínimos: à vida, à liberdade, à propriedade. Ou seja, a igualdade é a formal: todos são iguais perante a lei. O problema é que a igualdade formal não garante igualdade, mas antes, na sua condição não interventiva, contribui para a manutenção da desigualdade. Isto porque as pessoas não nascem iguais, não nascem nas mesmas condições sociais, económicas, patrimoniais, culturais, com as mesmas faculdades intelectuais, físicas, ou outras circunstâncias.

Ao olharmos para a Constituição de 1933, vemos que esta é uma constituição intervencionista, de natureza corporativista, particularmente em matéria económica, muito na linha das constituições produzidas no período entre guerras. Ao intervir de forma especial na economia, o Estado procura articular de outra forma a sociedade, dotando-se de instrumentos capazes de corrigir ou tentar corrigir as assimetrias existentes. Dessa forma, é possível falar-se em igualdade material, substantiva.

Da Constituição corporativista de 1933, chegamos à Constituição de 1976, fortemente marcada pelo paradigma social de intervenção estatal na promoção da igualdade face à desigualdade sistémica evidente. É por isso que no art.º 13.º vemos escrito que

todos têm a mesma “dignidade social”. Notoriamente, esta preocupação reflete a influência ideológica socialista, como já referido. Esta forte carga ideológica começou a ser suavizada com a revisão constitucional de 1989, embora permaneça presente, nomeadamente através do art.º 1.º da CRP que dispõe: “uma sociedade livre, justa e solidária”. A ideia de solidariedade patente ao longo da Constituição, é uma ideia típica de direitos sociais, o que invoca, necessariamente, uma recusa do paradigma liberal, ou seja, que a adoção de políticas estritamente liberais tenderá a esbarrar com questões constitucionais.

Ora, posto isto, perante este fundamento de solidariedade patente ao princípio da igualdade, podemos afirmar uma necessária e constitucional discriminação positiva, no sentido de inverter, no quadro do possível, por intermédio de políticas públicas, as assimetrias sociais, económicas e outras. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 337), o princípio da igualdade

realiza-se como direito subjetivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza defensiva assegurando aos cidadãos a devida protecção contra formas de actuação dos poderes públicos (ou dotadas de poderes públicos) (...), sem esquecer a sua dimensão correctiva, através de medidas de acção afirmativa (*affirmative action*) de modo a atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos.

O art.º 13.º/1, diz-nos que todos são iguais perante a lei. Aqui, o “perante a lei” significa perante o poder, na esteira de Montesquieu (*O Espírito das Leis*), uma vez que em todas as funções do Estado decorre um dever de igualdade. Antes de mais, naturalmente, essa injunção de igualdade verte sobre a função política, em particular a legislativa. É nesta função, em primeira instância, que a igualdade deve manifestar-se, tanto no legislador constituinte quanto no legislador ordinário. Acresce a necessidade de igualdade no plano do julgador, a fim de evitar discrepâncias judiciais e garantir a confiança do povo. Desse modo, quando se fala em igualdade perante a lei, não é apenas uma igualdade face aos atos normativos, é também uma igualdade que tem de ser observada pelos tribunais e pela Administração Pública. Ou seja, o poder tem de agir com base no princípio da igualdade.

Quando olhamos o n.º 2 do referido preceito, verificamos que o legislador determina algumas das discriminações mais recorrentes. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 340), essa lista não é exclusiva. Assim sendo, devemos ler como se lá estivesse escrito “designadamente”, “a saber”, ou similar, uma vez que o preceito é meramente exemplificativo, enunciado os fenómenos historicamente mais reiterados.

Sem o suporte de outras disciplinas, com a Sociologia, i.e., no quadro restrito do Direito, se os fenómenos explicitados no artigo

são meramente exemplificativos, questiona-se: quais são as outras situações que podem ser consideradas discriminação negativa, não estando lá? Podemos afirmar que na circunstância em que um determinado ato, seja um ato do poder político, administrativo ou judicial, produz mais desigualdade, estamos perante uma situação de discriminação negativa. Se esse ato for um ato que conduz à redução, à limitação dessa desigualdade, estamos na presença de uma discriminação positiva. Torna-se evidente que para que a igualdade decorra ela não pode ser apenas formal, antes demanda pela intervenção do Estado através de mecanismos legislativos e políticas públicas.

Reconhece-se que a procura da igualdade *in extremis* conduz a uma situação que coloca outros direitos em causa. Os regimes comunistas são exemplo desse processo exacerbado de procura pela igualdade em absoluto. Esse não é o caso português, onde a igualdade é modelada por uma base liberal socializada, que visa permitir iguais oportunidades para todos. Ressalta, forçosamente, o entrave das condições de partida, que dificultam a igualdade entre os sujeitos. Mas é precisamente essa circunstância de desigualdade que se visa atenuar.

Ao longo da CRP encontramos vários preceitos que se referem à igualdade. Assim, de um lado temos o princípio da igualdade, disposto no art.º 13.º, e de outro temos os direitos de

igualdade. Estes últimos, de modo a serem direitos efetivos carecem de ser determinados, caracterizados, especificados, tipificados. Encontramos esses direitos ao longo da Constituição, a propósito do casamento, do trabalho, entre outros. Ou seja, a preocupação legislativa da CRP foi a de garantir a igualdade formal através do preceito 13.º, e a igualdade social através de direitos dispersos pela Constituição.

3.3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao contrário do princípio anterior, o princípio da proporcionalidade não aparece anunciado autonomamente, surgindo, sobretudo, ligado às questões dos condicionamentos, envolvendo restrições, intervenções restritivas, renúncia, suspensão. As únicas menções evidentes ao princípio da proporcionalidade são em sede de direitos, liberdades e garantias.

Se os princípios da universalidade e igualdade são dotados de uma natureza transversal, para o princípio da proporcionalidade (a par de outros princípios) é preciso um exercício hermenêutico para se concluir a sua aplicabilidade aos direitos sociais. Recordemos que os direitos, liberdades e garantias (DLG) são direitos de aplicabilidade direta, pelo que a igualdade e a proporcionalidade são imediatos. Em relação aos direitos sociais, voltemos a referir, trata-se de direitos possíveis, carenciados de lei ordinária e viabilidade

orçamental. Isto significa que caso os direitos sociais sejam consagrados, estarão adstritos aos princípios da igualdade e da universalidade. No entanto, não estando consagrados – porque podem não ser direitos fundamentais mediante determinados quadros ideológicos –, então não estão vinculados a tais princípios.

Isto significa, portanto, que o princípio da proporcionalidade não se encontra vertido em qualquer artigo específico, não sendo, dessa forma, autónomo e expreso, embora possamos, com efeito, encontrá-lo em dois preceitos: 18.º/2 e 3 (restrições aos direitos fundamentais) e 19.º (suspensão dos direitos fundamentais).

Não obstante, o princípio da proporcionalidade é dotado de particular importância, tendo em conta que se relaciona aos condicionamentos, afetações, e compressões dos direitos fundamentais. Traduzindo: a restrição e suspensão de direitos tem de obedecer ao princípio da proporcionalidade.

Contudo, reconheçamos que as normas que se encontram constitucionalmente abrangidas pelo princípio da proporcionalidade são normas relativas aos direitos, liberdades e garantias. No plano dos direitos sociais o caminho é mais sinuoso, como se percebe.

3.3.1. A relevância do princípio da proporcionalidade

Como previamente referido, o princípio da proporcionalidade tem uma particular relevância em sede de condicionamentos, isto porque os direitos fundamentais – por sua natureza – têm uma tendência absolutamente incontornável para se sobrepor uns aos outros. Ou seja, se tentarmos exercer um direito fundamental em toda a sua extensão, de uma forma absoluta, ele vai impedir o gozo ou exercício de outros direitos. Dessa forma, ele tem de ser limitado, condicionado, de maneira que outros direitos não sejam postos em causa. Mas como deve ser feita essa limitação, esse condicionamento e, em casos excecionais, a suspensão, de tais direitos? É, pois, na proporcionalidade que encontramos a resposta para esta questão: vamos fazê-lo de modo que tal afetação dos direitos não vá para além do necessário e em momentos em que não é necessária. Assim, a aplicação da proporcionalidade vem adstrita à *necessidade* - havendo necessidade, condiciona-se os direitos. Mas se a necessidade aciona o condicionamento, por si só não basta para legitimar tal circunscrição dos direitos. É preciso, pois, que a solução adotada esteja apta a obter os resultados desejados. À necessidade alia-se, então, a *aptidão da medida*. Ao condicionarmos um direito, em defesa de outro, é preciso possuir a garantia de que tal será eficaz.

Há, ainda, um terceiro aspeto relativo à proporcionalidade do condicionamento de direitos fundamentais: a salvaguarda do

núcleo essencial do direito. É a partir daí que se elabora a forma mais ou menos invasiva do direito, ou seja, a proporcionalidade do condicionamento. Se for possível restringir apenas vinte por cento de um direito para garantir a aptidão da medida, então não será adequado restringir mais do que esse valor. Isto conduz-nos a uma necessária análise do custo-benefício na afetação do direito. Ou seja, no final do processo, avaliando os efeitos da medida, é possível que nos encontremos numa situação em que o condicionamento foi necessário, que foi feito o menor condicionamento possível, mas que as desvantagens dessa medida foram superiores ou equivalentes às vantagens. Nesse cenário não podemos afirmar a existência de uma proporcionalidade, o que equivale à necessidade de reformulação da forma de condicionamento.

3.4. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Este princípio, assim expresso, refere-se a uma tradução aos direitos fundamentais do princípio da segurança. Vejamos: o Direito assenta no valor da justiça e da sua prossecução, não descorando o princípio da segurança. O princípio da segurança jurídica, por vezes designado por princípio da confiança legítima, corresponde a um princípio basilar do Estado de Direito, sendo parte do sistema constitucional de modo integrativo, consistindo em um indispensável princípio do Direito. O princípio da segurança jurídica tem por

objetivo salvaguardar a estabilidade das relações jurídicas consolidadas face à evolução do Direito, estando patente na proteção do direito adquirido ou da coisa julgada.

Sucede, uma vez mais, que o princípio da confiança, em sede da CRP, em matéria de direitos fundamentais, se refere, sobretudo, aos direitos de liberdade. Ele está patente, na Constituição, no art.º 18.º/3, quando se diz que as leis restritivas de direitos fundamentais não podem ser retroativas. Com efeito, todo o art.º 18.º, nos remete a este princípio, no quadro dos direitos, liberdades e garantias. Quando falamos nos direitos sociais, por sua vez, o fio da navalha é evidente, uma vez que choca a consciência jurídica que se possa afirmar que ao contrário dos direitos, liberdades e garantias, os quais não podem ser restringidos retroativamente, os direitos sociais podê-lo-iam ser pela simples razão que podem não existir na Constituição ou na lei ordinária. No entanto, a partir do momento em que existem, decorre daí uma natural expectativa de continuação e aplicação. Dessa forma, a não-retroatividade de tais direitos apoia-se no princípio geral da não retroatividade das normas jurídicas – conquista do humanitarismo jurídico –, utilizando para este fim a norma do art.º 12º do Código Civil.

3.5. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

O art.º 18.º/1, dispõe que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” A noção de aplicabilidade direta resulta da noção de que

os direitos, liberdades e garantias não estão, *prima facie*, dependentes da lei concretizadora. Em termos jurídico-dogmáticos, os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis porque: (1) concebem-se e valem constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*); (2) *prima facie*, isto é, numa primeira aproximação, aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador (*iterpositio legislatoris*); (3) também em princípio, constituem direito *actual e eficaz* e não apenas diretivas jurídicas de aplicabilidade futura. (Gomes Canotilho e Vital Moreira 2007: 382).

Tendo presente que a violação de normas jurídicas é um acontecimento suscetível de ocorrer, tal implica que o direito não possa ser cumprido, pelo que num Estado de Direito esse facto importa consequências, traduzidas em sanções, que por sua vez implicam a existência de *responsabilização*. Essa situação está prevista no art.º 22.º, relativo à responsabilidade civil do Estado e de outras entidades públicas. Por essa via, caso sejam postos em causa

direitos, liberdades e garantias, incumbe ao Estado e todos os entes públicos responder pelo facto. Por via do mesmo preceito compreendemos, ainda, que tal responsabilidade não é exclusiva ou diretamente imputada aos funcionários ou agentes públicos, particularmente nos casos em que os mesmos não possuam património para responder, cabendo ao Estado assumir a responsabilidade. Esta responsabilização estatal surge no sentido de proteção dos lesados, tendo presente que não se vai fazer depender o ressarcimento daqueles da existência ou não de património por parte do funcionário que praticou esse ato lesivo de um direito, liberdade e garantia, ou eventualmente, um dano a outro tipo de direito. Portanto, o Estado responde solidariamente, e depois, em caso de necessidade, exercerá o seu direito de regresso em relação ao funcionário.

O art.º 22.º tem, ainda, outro aspeto que merece atenção: a responsabilidade plena e relativa a todas as funções do Estado. Até 2007, a responsabilidade pela violação de direitos, liberdades e garantias, encontrava-se exclusivamente relacionada à função administrativa do Estado, em razão da maior prática de atos. No entanto, com a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, dando cumprimento à Constituição, concretiza-se plenamente o art.º 22.º. Desse modo, quando coevamente se fala em princípio da responsabilidade, alude-se a uma responsabilidade plena, i.e, relativa

a todas as funções do Estado, por atos legislativos, por atos regulamentares, por atos administrativos e, inclusive, por atos jurisdicionais.

● ● ●

CAPÍTULO IV

REGIME DOS

DIREITOS

FUNDAMENTAIS

RELEMBREMOS QUE EXISTEM, NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA três tipos de direitos: (i) os direitos, liberdades e garantias, (ii) os direitos de natureza análoga e (iii) os direitos económicos, sociais e culturais. Face a isto, deveriam existir, correspondentemente, três regimes. No entanto, tal não sucede. Na verdade, na CRP apenas existe um regime: o dos direitos, liberdades e garantias. Isto porque, em rigor, os direitos de natureza análoga, por força do art.º 17.º, integram o mesmo regime dos direitos de liberdade. Decorre, daí, a questão de saber qual o regime

dos direitos sociais. A resposta é clara: nenhum. Isto é, naturalmente, um problema, tendo em conta que os direitos económicos, sociais e culturais estão patentes na Constituição, i.e., encontram-se enunciados. Ora, para analisar ou interpretar o regime dos direitos sociais não basta dizer que este é o oposto dos direitos de liberdade. Ainda que em parte seja verdade, levado ao extremo incorrer-se-ia numa situação de absurdo jurídico, podendo concluir-se que os direitos sociais seriam passíveis de restrição retroativa ou serem dotados de natureza concreta, ao invés da necessária natureza geral e abstrata.

Em seguida veremos os principais aspetos do regime dos direitos, liberdades e garantias.

4.1. APLICABILIDADE DIRETA

A aplicabilidade direta decorre do art.º 18.º/1, traduzindo a ideia de que os direitos, liberdades e garantias versariam direta e imediatamente da Constituição. Quer isto dizer que seriam direitos que dispensariam a lei ordinária para efeitos de aplicação, podendo ser invocados e reclamados, nomeadamente junto dos tribunais. No entanto, é preciso reconhecer a dimensão teórica da ideia de aplicabilidade direta aqui constante. Vejamos, a título de exemplo, o direito à vida. Este encontra-se vertido na Constituição, considerando-se que a vida é inviolável (art.º 24.º/1). Uma vez que

sabemos o que é a vida, dispensamos legislação ordinária explicativa da mesma. Sabemos ainda que “em caso algum haverá pena de morte” (art.º 24.º/2). Temos neste preceito uma garantia clara do direito à vida. No entanto, o que aconteceria se do ponto de vista jurídico apenas existisse a Constituição? O que decorreria se não houvesse um Código Penal, onde se encontra tipificado o homicídio, o infanticídio e outros crimes contra a vida? Daqui se compreende que o direito à vida teria aplicabilidade direta, com efeito, nos termos da Constituição. Mas sem o Código Penal a tipificar e a determinar os crimes contra a vida e respetivas sanções, o direito constitucional à vida não produziria particular efeito.

Quer isto dizer que a aplicabilidade direta se encontra na Constituição, sobretudo, para distinguir os direitos, liberdades e garantias dos direitos económicos, sociais e culturais, uma vez que os primeiros gozam de uma aplicabilidade direta, ainda que parcial, ao passo que os direitos sociais carecem de lei ordinária, para todos e quaisquer efeitos.

4.2. VINCULAÇÃO DE ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS

Vimos este aspeto a propósito do princípio da responsabilidade, através do art.º 18.º/1. Por via deste, observa-se que a vinculação possui dois segmentos: a entidades públicas e a

entidades privadas. À primeira vista, no que às entidades públicas diz respeito, o preceito aparenta inutilidade, uma vez que vivemos num Estado de Direito, onde o Estado se conforma e submete à Constituição, e onde os atos de Administração obedecem a um princípio de legalidade, conforme o art.º 3.º da Constituição. No entanto, uma vez mais, e tal como no respeitante à aplicabilidade direta, o preceito surge em razão de distar os direitos, liberdades e garantias dos direitos económicos, sociais e culturais, uma vez que em face dos primeiros a vinculação é total, ao passo que nos direitos sociais a vinculação é mínima ou, eventualmente, inexistente, uma vez que estes dependem de decisão política e da existência de recursos financeiros.

A vinculação das entidades privadas é diferente, porque se refere tanto a pessoas coletivas quanto a indivíduos. Em primeiro lugar, torna-se evidente que esta vinculação não pode ser tão extensa nem tão restrita quanto para as entidades públicas, pois por essa via tenderia a suprimir o princípio da autonomia da vontade. Em segundo lugar, ela tem de existir porque determinados direitos, liberdades e garantias carecem de vinculação absoluta de todas as entidades, como o direito à vida, à integridade, à liberdade, *et. al.*

Sobre esta questão, Gomes Canotilho e Vital Moreira, argumentam que

a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares pressupõe uma concepção dos direitos fundamentais incompatível com a tese liberal, que via nestes direitos, exclusivamente, direitos subjectivos de defesa perante o Estado e, consequentemente, os considerava relevantes apenas nas relações entre os particulares e o Estado (2007: 384).

Assim, para os autores, é evidente que os direitos fundamentais, sendo diretamente aplicáveis às entidades públicas e privadas, conforme o texto constitucional, devem vincular na mesma medida ambas as realidades, pelo menos no sentido de dever de não impedir o exercício dos direitos fundamentais alheios. A doutrina tem divergido, entre pendores mais liberais e pendores mais garantísticos. Em todo o caso, para Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 386), “a aplicação dos direitos, liberdades e garantias às relações entre particulares só não tem lugar no caso daqueles direitos que, expressamente ou pela sua própria natureza, só podem valer perante o Estado (...)”.

4.3. RESTRIÇÃO

A restrição é um dos aspetos mais relevantes em matéria de Direitos Fundamentais. Como já referido, tais direitos têm natural tendência para se sobreporem mutuamente. Da análise do conteúdo potencial de tais direitos, i.e., o conjunto de faculdades, vantagens, garantias, poderes, ínsitos nesses direitos, compreende-se que a

maximização do uso de tais direitos colocaria em causa outros tais. É nessa situação de conflito no quadro das faculdades totais dos direitos que opera a restrição. Ou seja, ela existe para modelar o direito, para condicionar cada direito *per se* de modo que este não prejudique os restantes. Por essa razão, uma lei em matéria de direitos, liberdades e garantias é, necessariamente, uma lei restritiva, uma vez que ao se enunciar as faculdades do direito, o seu alcance (o que é lícito ou não fazer), aquilo que o integra, qual o seu objeto e conteúdo, faz-se a sua restrição.

Seja “afetação”, “condicionamento” ou “compressão” do direito, significa, sempre, uma diminuição do gozo ou exercício do mesmo. Ou seja, quer no termo de condicionamento ou de afetação, o que aludimos é ao limite do direito. Ora, o que designamos por restrição, integra ainda a figura da suspensão, e integra depois outras figuras de natureza não normativa, como sejam a renúncia ou a intervenção restritiva.

Há, todavia, uma diferença entre limite e restrição. Ao falarmos de restrição, estamos a falar de um condicionamento que é feito no plano da lei ordinária, ou seja, em sede infraconstitucional. A expressão “limite” opera, no plano constitucional, sendo, pois, anterior à lei ordinária. É, portanto, na fonte que se verifica a diferença entre limite e restrição.

Há uma terceira dimensão relacionada ao conflito entre direitos fundamentais: a *colisão*. Esta surge quando os direitos chocam, mas o legislador constitucional não introduziu limites ao direito, nem encontramos restrições legalmente previstas. Portanto,

nem a Constituição nem a lei ordinária nos dão uma solução quando a colisão surge. Para solucionar o problema, usamos o método da ponderação. Ou melhor: usam os tribunais ou a Administração Pública.

Assim, a restrição é um condicionamento, uma afetação ou compressão de direitos, liberdades e garantias, feita no plano infraconstitucional. A restrição é extraordinariamente frequente, ao contrário da suspensão, que pode não acontecer. As restrições, nos termos do art.º 18.º/2 e 3, correspondem a uma necessidade frequente.

Tenhamos presente que por força da herança da Constituição de 1933, i.e., do modelo político-constitucional do Estado Novo, a Constituição de 1976 teve particular atenção aos Direitos Fundamentais, facto que verte em matéria de restrições. O objetivo dos números 2 e 3 do art.º 18.º foi, portanto, evitar que por meio da figura jurídica da restrição se eliminassem direitos, como foi feito na Constituição de 1933, por via do seu art.º 8.º, o qual dispunha, v.g., no n.º 6, a garantia da “inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência, **nos termos que a lei determinar**” (negrito meu). O mesmo tipo de dispositivo é utilizado no n.º 7: “A liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio, salvas as restrições legais requeridas pelo bem comum e os exclusivos que só o Estado e os corpos administrativos poderão conceber nos

termos da lei...”, ou v.g. o n.º 19: “O direito de resistir a quaisquer ordens que infringam as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas...”. Como se percebe, esta remissão para a lei ordinária abre a porta a qualquer restrição e exceção que arbitrariamente o poder entender. Assim, por via da lei ordinária, foram realizadas tantas restrições que o catálogo de direitos constitucionais se fixou como um mero formalismo.

É, pois, o substrato histórico inerente à Constituição de 1976, na sua condição de constituição transitória de regime para a Democracia, que justifica o zelo vertido aos números 2 e 3 do preceito constitucional 18.º, o qual dispõem sobre um conjunto de requisitos alargados em matéria de restrição: (i) só pode ser feita para salvaguarda de outros direitos, (ii) com obediência ao princípio da proporcionalidade, (iii) não pode ser retroativa, (iv) não pode ser concreta, (v) tem que preservar o princípio da essencialidade. A vigência dos requisitos garante a salvaguarda do essencial de cada direito.

Importa, igualmente, ter presente que a restrição é necessariamente uma forma transitiva de condicionamento ou afetação, uma vez que visa salvaguardar outro direito tido como premente na situação. Ou seja, nos termos do art.º 18.º/2, só pode restringir-se um direito se a finalidade dessa restrição for a proteção de outro direito.

A restrição invoca, ainda, o **princípio da proporcionalidade**. Uma vez que o objetivo da restrição é a salvaguarda de outro direito, a restrição deve seguir uma lógica proporcional, i.e., imperando que só se deve restringir no quadro do indispensável.

Releva ainda a questão **legislativa** em matéria de restrição. A Constituição é clara, através do n.º 3 do art.º 18.º, *ab initio*, através da locução “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias(...)”, querendo dizer que a restrição não pode ser feita por via administrativa, como sucedida com a Constituição de 1933. Uma vez que estamos diante de matéria relativa aos direitos, liberdades e garantias, estabelece a CRP que esta é matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art.º 165.º/1/b), pelo que pode, todavia, ser objeto de legislação por parte do Governo sob devida autorização parlamentar (decreto-lei autorizado; 165.º/1 e 2). Assim, quem tem competência para legislar tem, por maioria de razão, competência para revogar, interpretar, integrar e restringir. Uma vez que a restrição de direitos, liberdades e garantias implica a intervenção da Assembleia da República, ela não pode ser feita no plano das regiões autónomas.

O art.º 18.º/3 traz, de igual modo, a questão da **retroatividade**. O princípio da não retroatividade do Direito, enquanto princípio geral, tem força aqui, ao impedir atos restritivos de direitos, liberdades e garantias de natureza retroativa.

Mais: o art.º 18.º/3 *in fine* dispõe a exigência de preservação da essencialidade do direito. Quer isto dizer que o ato de restrição não pode violar o núcleo essencial do direito, aquilo que mais o caracteriza. Trata-se, com efeito, de uma avaliação qualitativa, que, todavia, não dispensa a ideia de salvaguarda das faculdades típicas do direito em causa sob pena de violação constitucional.

Conclui-se: todo o trabalho de restrição aqui previsto tem de ser realizado pelo legislador constituinte ou pelo legislador ordinário. Isto porque a restrição e o limite permitem conhecer as potencialidades do direito. Caso o legislador não intervenha, não redesenhe o direito, não estabeleça os seus contornos, os direitos continuarão a colidir e a carecer de segurança jurídica em sede judiciária. Há que reconhecer, no entanto, que decorrem inúmeras situações não resolvidas pela lei, do mesmo modo que não é possível proceder à legislação em matéria de restrição para todas as possibilidades. Quer isto dizer que uma parte do trabalho tem de ser feito ao caso concreto, pelos tribunais, trabalho designado por método de ponderação de direitos. Este consiste numa ponderação, num sopesar de ambos os direitos em causa com o objetivo de compatibilização dos mesmos. Falamos, portanto, do exercício da função jurisprudencial.

4.4. SUSPENSÃO

A suspensão de direitos, prevista no art.º 19.º, é um instituto diferente, pelo que vale a pena ser avaliada numa ótica comparativa face à restrição. Em primeiro lugar, a restrição é parcial, enquanto a suspensão pode ser total. Quando se falou do princípio da proporcionalidade ficou evidente que a restrição é-lhe obediente, pelo que na sua condição de garante do núcleo central do direito, seria sempre parcial. O artigo 18.º/3 *in fine* é muito claro, ao afirmar que mesmo nos casos de restrições mais gravosas, o conteúdo essencial do direito tem de ser sempre preservado. Já a suspensão, em caso de absoluta necessidade, pode ir à totalidade do direito.

Em segundo lugar, a restrição abrange todos os direitos, ao passo que a suspensão tem por travão um conjunto de direitos insuscetíveis de suspensão, nos termos do 19.º/6, como sejam o direito à vida, à integridade, à liberdade de consciência e à liberdade religiosa. Trata-se, a par do artigo relativo à igualdade e à não-discriminação (13.º/2), de um artigo exemplificativo, tendo em que de outro modo seria difícil de aceitar que os direitos como ao casamento, constituição de família, de resistência. Todavia, mesmo que não se tenha uma leitura tão abrangente do preceito constitucional, decorre a garantia de que nele se encontra um

catálogo de direitos que não podem ser suspensos, em qualquer circunstância.

Em terceiro lugar, a restrição tem vocação para permanência enquanto a suspensão é forçosamente transitória. As leis restritivas têm uma natureza permanente, sendo extraordinariamente raro encontrarmos uma lei restritiva com prazo de validade. É um facto que uma lei restritiva pode ser alterada, suprimida, revogada, mas isso não pesa sobre a sua vocação para a permanência. Já a suspensão apresenta natureza oposta, sendo precária e transitória. A suspensão pode, ainda, tocar a totalidade do direito, especialmente em Estado de Sítio. Por tal natureza gravosa e extensa, a suspensão carece de ser precária, operando durante e apenas até reposição da normalidade. De acordo com a CRP, a suspensão tem a duração de 15 dias, podendo, todavia, ser renovada, mediante avaliação da necessidade e mediante a observância da proporcionalidade.

Quais as situações que determinam a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência? São, basicamente, três as situações: calamidade natural, invasão por forças estrangeiras, grave crise constitucional.

Percebe-se que o estado de emergência tem natureza menos gravosa face ao estado de sítio, pelo que não permite a suspensão total de direitos. Ao invés, o estado de sítio, respeitando o disposto

no art.º 19.º/6, pode suspender a totalidade dos demais direitos, conquanto a proporcionalidade assim o exigir.

Observando o disposto constitucional, é da responsabilidade do Presidente da República a declaração de estado de sítio ou de emergência (art.º 134.º/d). Desse modo, a declaração tem a forma de decreto presidencial. No entanto, dada a gravidade da mesma bem como o princípio da separação e interdependência de poderes, a declaração carece de audição do Governo e de autorização da Assembleia da República (art.º 138.º).

Em quarto lugar, enquanto a restrição tem por objeto a salvaguarda de outro direito, a suspensão tem por propósito o retorno à normalidade. Embora pareça um paradoxo, a verdade é que a suspensão de direitos tem por objetivo uma mais rápida reposição da normalidade. Assim, embora de natureza distinta, o propósito é similar ao do princípio da proporcionalidade. Ao invés de pretender garantir um direito em face de outro a restringir, aqui pretende-se garantir a própria ordem constitucional.

4.5. RENÚNCIA

A renúncia não é matéria constitucional, embora seja, evidentemente, uma afetação, condicionamento e compressão de direitos. Decorre, contudo, uma diferença: enquanto o limite, a restrição ou a suspensão são heterocondicionamentos, i.e., são

condicionamentos feitos pelo legislador constituinte ou pelo legislador ordinário, a renúncia é um autocondicionamento, ou seja, uma afetação que decorre da vontade do próprio titular do direito. Trata-se de matéria que divide a doutrina, pois há quem entenda que (i) os direitos são totalmente renunciáveis, em qualquer circunstância, uma vez que visam garantir a dignidade do sujeito face a terceiros e não face ao próprio, (ii) que são renunciáveis apenas em casos concretos e (iii) quem advogue que decorrem direitos que não são, de modo algum, renunciáveis, pela sua natureza cogente e inalienável.

4.6. REGIME ORGÂNICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

É regra constitucional em Portugal, que os direitos, liberdades e garantias (DLG), são reserva relativa de competência legislativa da AR (art.º 165.º/1b). Os direitos sociais não gozam de regime específico, podendo ser legislados em sede concorrencial.

4.7. REVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Desde o texto constitucional de 1976 vem-se verificando aditamentos, ajustamentos, alterações, em matéria de DLG, facto que demonstra que os mesmos não são imutáveis. Matéria diferente é o número de novos direitos de igual natureza a surgirem, o que implicaria um constrangimento legislativo tal que entupiria o aparelho jurídico nacional. Mas em sede de revisão constitucional a questão não são potenciais novos direitos, mas os vigentes. O art.º 288.º afirma que as leis de revisão constitucional carecem de considerar os DLG (alínea d). Esta questão transporta duas interpretações: (i) a mais rígida é que a revisão não pode colocar, de modo algum, em causa esses direitos, (ii) a mais flexível questiona a possibilidade de restrição e limitação de tais direitos. Assim, é hoje praticamente consensual que é possível estabelecer limites. Se é possível ao legislador ordinário fazer restrições, nos termos do art.º 18.º/2 e 3, seria absurdo que o legislador constituinte, mesmo constituinte derivado, não pudesse fazer o mesmo.

Defende Luís Barbosa Rodrigues (comunicação direta) que é possível suprimir direitos, liberdades e garantias, da mesma forma que é possível acrescentá-los, desde que se mantenha um nível elevado de direitos desta natureza.

4.8. DNA — DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA

Sabemos que existem direitos de natureza análoga em virtude de uma deficiente sistematização da Constituição em resultado do contexto acidentado e revolucionário da sua elaboração. Diante de tal processo apressado e necessário, tomou-se consciência de que existiam direitos dispersos pela CRP que eram, na verdade, direitos fundamentais. A solução passou pela criação do art.º 17.º que estabelece a denominação de direitos de natureza análoga. O problema é que o preceito não nos informa quais são tais direitos ou qual o critério para os encontrar. Apenas estipula que gozam do mesmo regime dos DLG. A única forma metodologicamente possível de operar é observar o que caracteriza um DLG e a partir daí seguir pela CRP, artigo por artigo, alínea por alínea, à procura de direitos que tenham características parecidas com aquelas que nós identificámos inicialmente para o direito, liberdade e garantia. Todavia verifica-se um entrave a este procedimento: no desenho constitucional os direitos, liberdades e garantias, também não cria uma categoria homogénea, porque direitos, liberdades e garantias não são apenas os direitos pessoais e políticos, também lá está uma parte dos direitos relativos ao trabalho. Ora, os direitos relativos ao trabalho são direitos sociais. Portanto, direitos, liberdades e

garantias são, em parte, direitos de liberdade, e em parte, direitos sociais. Assim, o art.º 17.º não nos resolve qualquer problema.

Não obstante, grosso modo, quando procuramos um direito de natureza análoga seguimos duas pistas: (i) natureza negativa do direito, i.e., são direitos que demandam pela não intervenção, pela não ingerência, são, portanto, garantísticos face ao poder, (ii) que possuem determinabilidade, ou seja, que já se encontram minimamente desenhados na Constituição, não carecendo para tal de lei ordinária. Estas duas características ajudam-nos a procurar tais direitos na CRP.

Mais: sabemos que não podem estar dentro do catálogo de DLG. Em teoria também não poderiam estar dentro dos DESC. Todavia, alguns estão. Assim, uma parte dos direitos de natureza análoga são formalmente direitos económicos, sociais e culturais. Dois exemplos paradigmáticos são o direito de propriedade e o direito de iniciativa privada.

Recapitulando: os direitos de natureza análoga estão, na sua maior parte, fora do catálogo dos direitos, liberdades e garantias e do catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais, mas, exceccionalmente, também há alguns que estão dentro dos próprios direitos sociais, pelo que são, formalmente, direitos sociais, mas materialmente direitos de liberdade, direitos pessoais. O regime que se lhes aplica é o regime dos direitos, liberdades e garantias.



CAPÍTULO V TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

VOLTEMOS A FALAR DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Em sede de tutela, de garantia jurisdicional, o Direito internacional apresenta-se particularmente frágil, sendo, porventura, essa característica a diferença mais evidente entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Isto porque a tutela jurisdicional internacional circunscreve-se, sobretudo, ao Tribunal Penal Internacional (TPI). No plano interno a situação é distinta, uma vez que ao falarmos em tutela falamos, *ab initio* em Estado de Direito, o qual implica, necessariamente, a existência de tribunais competentes e independentes. Donde se verifica um modelo sofisticado em matéria de direitos fundamentais. Não obstante, é através do art.º 20.º da

CRP que encontramos máxime a questão tratada. Este preceito menciona o acesso ao direito e, dentro deste, o acesso ao direito em diferentes planos, nomeadamente os tribunais. Este artigo cria, então, uma norma genérica global de tutela, de garantia que vão além da tutela jurisdicional (recurso aos tribunais). Quais são essas garantias?

Quando recorremos aos tribunais fazemo-lo numa fase litigiosa do processo de garantia, de acesso ao direito. Todavia, antes disso dispomos de vários momentos de garantia. Em primeiro lugar, o direito à informação/consulta jurídica. Detento a informação, o conhecimento sobre os direitos, temos, na fase subsequente, o acompanhamento por advogado, o que não significa, imediatamente, o patrocínio judiciário. Em rigor, decorre na Constituição a existência de preceitos que sugerem a existência de acesso ao direito sem daí advenha tutela jurisdicional: (i) direito de petição, (ii) acesso ao Provedor de Justiça, (iii) autotutela dos direitos fundamentais. Em nenhum desses casos, estamos em presença de recurso ao tribunal. Portanto, o princípio do acesso ao direito/da proteção jurídica tem múltiplas dimensões, que vão desde a informação, à consulta, ao acompanhamento, aos meios jurisdicionais e aos meios não jurisdicionais. Tudo isto se encontra previsto no art.º 20.º, o qual transporta mais um aspeto importante: a garantia de acesso ao direito de modo global independentemente

da posse de recursos para tal. Desse modo, decorre a possibilidade de isenção de custas judiciais, atribuição não-onerosa de advogado, etc. Ou seja, a Constituição prevê expressamente a insusceptibilidade de a justiça ser denegada por ausência ou limitação dos recursos económicos.

Assim, aos princípios da universalidade e da igualdade, detentores de natureza transversal, acresce, então, o princípio da segurança jurídica. Importa, todavia, ter presente que a transversalidade se refere a todos os direitos, mas não da mesma forma, uma vez que em matéria de direitos, liberdades e garantias, a universalidade, a igualdade e inclusive a proteção jurídica, decorrem diretamente da CRP, uma vez que gozam de aplicabilidade direta, dispensando, desse modo, atos legislativos ordinários que os tornem efetivos.

Situação diferente reporta aos direitos sociais. Tais direitos, com efeito, revestem-se de igualdade, universalidade e proteção jurídica, *conquanto* se encontrem efetivados/consagrados por norma ordinária. Ou seja, não têm aplicabilidade direta em virtude de não terem determinabilidade, pois só uma lei ordinária é que lhes pode dar aplicabilidade, uma aplicabilidade, todavia, indireta. Desse modo, se a lei ordinária que os determina não existir não é possível falar-se em igualdade, universalidade e proteção jurídica. Portanto, quando falamos em proteção jurídica, é evidente que a proteção

jurídica abarca os direitos sociais, mas apenas e na medida em que esses direitos sociais já tenham sido concretizados. Só são exigíveis nos termos conjugados da Constituição com os atos legislativos que lhes dão implementação.

O art.º 20.º/5 acrescenta uma excecionalidade, ao distinguir direitos, liberdades e garantias gerais de direitos, liberdades e garantias pessoais, ali para efeitos de proteção, criando um regime específico. Através deste preceito, o texto constitucional estabelece que a lei ordinária deve criar mecanismos de celeridade, que impliquem um tratamento rápido, urgente, em face de direitos pessoais, os quais não devem ser colocados em causa.

Este mecanismo, contudo, esconde o facto de não existir mecanismo de amparo, i.e., de não existir um recurso, uma forma de queixa direta ao Tribunal Constitucional em caso de violação de DLG. O que o preceito em causa faz é atenuar esta questão, determinando a defesa célere de tais direitos. A questão é que por força do art.º 17.º este regime excecional pode ser estendido aos direitos de natureza análoga, donde resulta que uma parte da doutrina concebe este mecanismo como inconstitucional, uma vez que o legislador ordinário foi mais longe do que o previsto pelo preceito constitucional ao inscrever no Código de Processo nos Tribunais Administrativos que era criado um novo mecanismo para os direitos, liberdades e garantias.

Esta garantia jurisdicional, na opinião de Luís Barbosa Rodrigues, torna inútil o art.º 268.º/4, embora a sua existência acolha

justificação no facto de os principais violadores dos DLG se encontrarem na função administrativa devido ao número de atos praticados.

Por fim o *habeas corpus*. O *habeas corpus* tem uma função garantística limitada, primeiro, uma vez que serve apenas para garantir um direito: o direito à liberdade. Portanto, é um mecanismo muito limitado. Ademais, embora tenha desempenhado relevante papel histórico, presentemente a sua função é praticamente irrelevante, uma vez que ao contrário do período em que surgiu, em que a justiça cometia erros grosseiros, hoje é praticamente nula a existência de erros que afetem a liberdade.

5.1. MECANISMOS DE HÉTERO-TUTELA NÃO JURISDICIONAIS

No quadro dos mecanismos de hétero-tutela não jurisdicionais destaca-se, sobretudo, o direito de petição e particularmente o direito de petição junto do Provedor de Justiça. Este mecanismo encontra-se previsto no art.º 23.º da Constituição. Todavia, importa ter presente que (i) as únicas queixas passíveis de apresentação ao Provedor de Justiça respeitam aos poderes públicos e deixando de fora a função jurisdicional, (ii) que o poder do Provedor se limita à recomendação, pelo que não toma decisões. Contudo, o Provedor pode desempenhar um papel importante que está para além do art.º 23.º, concretamente em sede de fiscalização da constitucionalidade, em dois planos: (i) fiscalização abstrata

sucessiva, uma vez que podemos informar o Provedor de Justiça de que existe uma norma que indicia inconstitucionalidade, cabendo a este, se o entender, requer ao Tribunal Constitucional a devida declaração de inconstitucionalidade (art.º 281.º/2/g) (ii) inconstitucionalidade por omissão, que pode ser requerida pelo Provedor de Justiça.

5.2. MECANISMO DE AUTOTUTELA

Falamos, aqui, máxime, do direito de resistência (art.º 21.º). Trata-se de um direito que abrange em exclusivo os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga. Significa tal que não decorre autotutela de direitos sociais. Mais: a autotutela, mesmo em casos de DLG e DNA possui uma natureza extrema, de último recurso, nos casos em que não é possível o recurso a hétérotutela. O artigo em causa possui duas dimensões: (i) o direito de resistência face a qualquer ordem que ofenda os DLG, na primeira parte do preceito, e (ii) uma autotutela próxima da legítima defesa, na segunda parte do artigo. A legítima defesa é de natureza privada, dizendo respeito à defesa entre indivíduos e não face ao poder. Nesse sentido, podemos afirmar que o legislador constituinte foi mais longe em matéria de autotutela ao incluir a legítima defesa.

O direito de resistência, voltando, então, ao mecanismo de autotutela essencial, apresenta várias dimensões: resistência ativa,

passiva, individual e coletiva. Todavia, o princípio é unívoco: de que é o próprio titular que defende os seus direitos face a uma ordem que ofende os DLG do mesmo. Contudo, a doutrina tem entendido que a expressão “ordem” não deveria ter sido utilizada, uma vez que tem uma natureza individual, não normativa, portanto, de uma forma atécnica. Entende Barbosa Rodrigues que o direito de resistência, apesar de muito excecional, encontra-se implícito no art.º 19.º/6, uma vez que não faz sentido que numa situação de caos, em que os direitos facilmente podem ser violados, não possa ser possível resistir a uma ordem inconstitucional.

● ● ●

CAPÍTULO VI

DIREITOS

FUNDAMENTAIS

numa ÓTICA

DE ESPECIALIDADE

NESTE DERRADEIRO CAPÍTULO IREMOS OBSERVAR determinados direitos numa ótica de especialidade, i.e., os direitos fundamentais de maior fundamentalidade, os direitos que formulam o quadro de direitos invioláveis e de matriz jusnaturalista.

6.1. DIREITO À VIDA

O direito à vida é o direito primário, indispensável e indissociável da sistematização (embora imperfeita) da Constituição. Esta ideia resulta do facto de que a efetividade desse direito dependem todos os remanescentes direitos.

Ora, o direito à vida é um direito pessoal (intrínseco ao sujeito), logo um direito, liberdade e garantia. Com efeito, não existe direito mais pessoal do que o direito à vida.

O seu carácter essencial está bem patente na afirmação de inviolabilidade do direito (art.º 24.º/1). Evidentemente, o primado da inviolabilidade afirma a dimensão fundamental do direito, uma vez que em rigor nenhum direito é inviolável. Quer isto dizer que a CRP o reveste de tal importância que podemos afirmar que o faz em excesso. A afirmação de inviolabilidade é partilhada, ainda, com o direito à integridade e o direito à liberdade de consciência.

A inviolabilidade como regime é, todavia, relativa, pois de outro modo seria impossível a interrupção voluntária da gravidez e um debate sobre a admissão da eutanásia. Não obstante, trata-se de um direito de máxima proteção, pois como visto é um direito insuscetível de ser suspenso (art.º 19.º/6) e a CRP estabelece que em caso algum haverá pena de morte (art.º 24.º/2). A ele acresce a proibição de extradição para países onde de um concreto crime possa

resultar a pena de morte (art.º 33.º). Isto significa que a CRP nos dá uma garantia além-fronteiras, i.e., que extravasa o ordenamento jurídico português.

Ademais, as garantias do direito à vida estão, de igual modo, contidas no Código Penal, pois o texto constitucional seria um instrumento limitado de garantia da vida. Uma vez que o Código Penal tipifica os crimes, ao caso contra a vida, sem ele a garantia seria mínima. Ou seja, se a garantia fosse exclusivamente em sede constitucional, a vida estaria garantida face ao poder, não numa esfera privada. Desse modo, Direitos Fundamentais e Direito Penal encontram-se ligados, mormente em resultado do humanitarismo jurídico.

Contudo, as principais questões que o direito à vida suscita estão ligadas ao começo e ao fim da vida. Primeiro porque uma interpretação literal e restritiva do art.º 24.º/1, sobre a inviolabilidade da vida, impediria a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que produziria a leitura de que a partir do momento em que há vida, por mais limitada que ela seja, nenhum direito poderia sobrepor-se-lhe. No entanto, são muito raros os ordenamentos que não preveem a interrupção voluntária da gravidez (IVG). Quer isto dizer que o direito à vida não é absoluto. No ordenamento jurídico português, até 1984, a IVG era tipificada como crime. Nesse ano foi introduzida legislação ordinária no sentido de

despenalizar a interrupção voluntária da gravidez em situações especialmente gravosas, tipicamente os casos de malformação do feto, de violação, de perigo evidente e iminente para a vida da mãe. Desse modo, começou a entender-se que embora o direito à vida fosse essencial este, tal como outros direitos fundamentais, tinha tendência para chocar com outros.

A partir de 2007 a IVG passou a depender da exclusiva vontade da mulher, conquanto até à décima semana de gestação. Esta abertura trouxe debates constitucionais que permanecem, pois, o art.º 24.º fala em vida (de forma abstrata, incondicionada, geral), não em vida pós-nascimento. O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela não-inconstitucionalidade, mas fê-lo pela margem mínima (7 juízes contra 6). Ao substrato cultural cristão, junta-se a dificuldade de lidar com uma questão que de um lado coloca o direito à vida do feto e, do outro, o livre desenvolvimento da personalidade da mulher, o direito à maternidade responsável e, inegavelmente, a autonomia decisória sobre si mesma.

Uma vez que a CRP não esclarece a questão da vida, não nos diz que o direito à vida é inviolável desde a concepção ou apenas desde o nascimento com vida, o debate é compreensível. O mesmo sucede com a eutanásia, uma vez que esta representa a cessação da vida que implica uma intervenção de terceiros, de um determinado agente, que não o próprio titular do direito à vida. Se implica a intervenção de

um agente, significa que esse agente vai por termo antecipado a uma vida. Daqui resulta o problema em concreto, uma vez que o atual Código Penal considera este ato como *homicídio*. A viabilização da eutanásia implica, portanto, a alteração do Código Penal de modo que despenalize a intervenção em matéria de eutanásia.

Todavia, embora ambos estejam abrangidos pelo art.º 24.º, difere a eutanásia da IVG em razão de que a IVG se refere ao início da vida, à privação da vida de um sujeito ainda não nascido, enquanto na eutanásia remete para o fim da vida, para o cessar das funções vitais de alguém em situação gravosa de saúde e doenças terminais. Quer isto dizer que se foi possível estabelecer a IVG, por maioria de razão deverá ser permitida a eutanásia.

6.2. DIREITO À INTEGRIDADE

O direito à integridade tem igual regime ao direito à vida, ambos consagrados nos direitos, liberdades e garantias e, dentro destes, dos direitos pessoais. Do ponto de vista sistemático, a CRP não contém falhas, neste caso, uma vez que o direito à integridade (art.º 25.º) sucede o direito à vida (art.º 24.º). Neste aspeto a sistemática traduz bem a escala de relevância. A análise concreta releva, *prima facie*, o uso da classificação de *inviolabilidade*. Essa integridade padece, naturalmente, das mesmas condições do direito

à vida, não sendo, portanto, absoluto e estando sujeito a afetações, compressões, *et. al.* Como visto para o direito à vida, o termo surge para garantir a excecionalidade do direito, razão pela qual a sua restrição, nos termos do art.º 18.º, é limitada, extraordinária. Assim, para que o direito à integridade seja restringido é preciso que o direito a salvaguardar seja, efetivamente, relevante. Em matéria de suspensão passa-se a mesma coisa que no direito à vida: é insuscetível de ser suspenso (art.º 19.º/6).

Todavia, enquanto o direito à vida é unilateral, i.e., é um direito a não ser privado dela, o direito à integridade transporta duas dimensões: (i) integridade física e (ii) integridade moral. Tal como no artigo relativo à vida, o número um estipula o direito, e o número dois incide sobre as garantias. No quadro das garantias do direito à integridade encontramos a proibição de tortura (que tanto pode ser física quanto psicológica). A tortura tem uma natureza pública, uma vez que esta só ocorre para obtenção de informações por parte dos poderes públicos, não por parte dos poderes privados. Em segundo lugar, encontramos a extradição. Nesse sentido, como já visto anteriormente, a preocupação com a vida extravasa as fronteiras nacionais. Diz-se no artigo 33º que o Estado português não pode extraditar sujeitos para Estados em que para aquele caso possa corresponder pena de morte. Em relação à integridade, faz-se algo semelhante, diz-se que também não pode haver extradição nos casos

em que da aplicação de uma pena da qual possa resultar uma lesão irreversível para a integridade, como amputações.

Ora, como sabemos estes preceitos são garantias face ao poder, não diante dos particulares. Uma vez mais é pelo Código Penal que se garantem os direitos fundamentais dos sujeitos particulares nas suas relações entre si. No capítulo da integridade encontramos, então, os crimes contra a integridade física (ofensas corporais) e os crimes contra a integridade moral (honra).

6.3. DIREITO À LIBERDADE

O princípio da liberdade é um princípio constitucional fundamental e transversal. Todavia, enquanto princípio encontra-se vertido em todos os direitos fundamentais. Diferentemente encontramos a liberdade concreta, específica, ao caso vertida no art.º 27.º. Trata-se de um DLG que não é, todavia, inviolável. Isto porque se trata de um direito que pode ser fortemente condicionado, ainda que de forma excecional, uma vez que o Estado de Direito Democrático assenta, entre outros, no princípio da liberdade de forma inerente. Contudo, a privação de liberdade expressa-se, v.g., como procedimento sancionatório de condutas antissociais gravosas. Nesse sentido surge como medida recorrente. Não obstante, na sua condição de matéria sensível, a CRP estabelece imediatamente limites nos números dois e três do preceito. Portanto, o que o

legislador constituinte fez foi, de certa maneira, substituir-se ao legislador ordinário, estabelecendo os limites ao direito à liberdade, i.e., as circunstâncias em que o mesmo poderia ser privado.

Assim, “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.” (art.º 27.º/2). A diferença entre uma pena de prisão e uma medida de segurança é que a primeira se aplica a sujeitos imputáveis, suscetíveis de imputação, enquanto a medida de segurança aplica-se a pessoas que são inimputáveis. Com efeito, um sujeito inimputável pode praticar um crime, todavia em virtude das suas circunstâncias não será tratado como tal. A título de exemplo: um sujeito portador de uma doença psiquiátrica pode matar ou mutilar outra pessoa, mas sem sequer ter noção do que está a fazer. Nesse caso, não faz sentido aplicar-lhe uma pena de prisão, uma vez que a prisão serve, *a priori* e num quadro positivo dos “fins das penas”, para reabilitar o criminoso. Para o caso em referência surgem, então, as medidas de segurança (v.g. internamento psiquiátrico de alta segurança). Portanto, a regra é a da liberdade, sendo que os dois grandes condicionamentos através dos quais essa liberdade pode ser circunscrita ou até temporariamente eliminada são (a) pena de prisão, (b) medidas de segurança.

O n.º 3 do artigo consagra outras formas de condicionamento, como a detenção em flagrante delito. A detenção é precária, pode ser feita por qualquer pessoa. A prisão só pode ser decretada por uma autoridade judicial. No flagrante delito, tem de haver uma relação imediata com a prática do crime. A alínea b) prevê uma medida de coação: a detenção em prisão preventiva. Há prisão preventiva quando há possibilidade de fuga ou de eliminação das provas, por exemplo.

O n.º 4 diz o seguinte: “Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.” Este imperativo permite impedir que a prisão seja inconstitucional. É para isso que serve o *habeas corpus*.

No n.º 5, diz-se que “A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.” Esta norma estabelece ligação com o art.º 22.º, o qual trata do princípio da responsabilidade para todos os atos e funções do Estado. Portanto, numa prisão que implique eventualmente inconstitucionalidade ou ilegalidade, não só se pode agir através do *habeas corpus* (pede-se a devolução da pessoa à liberdade porque houve uma violação grosseira do direito), como se constitui a pessoa na possibilidade de solicitar uma indemnização.

6.3.1. Liberdade de Consciência

A liberdade de consciência (art.º 41.º) é um direito, liberdade e garantia insuscetível de suspensão (art.º 19.º/6 *in fine*). A liberdade de consciência é a liberdade de formarmos as nossas próprias convicções, de criarmos a nossa própria personalidade, de escolher tudo aquilo que tem a ver com a nossa consciência, com os nossos valores, com a nossa pessoa, sem condicionamentos. Todavia, o “sem condicionamentos” é uma falácia apriorística, pois desde o nascimento o sujeito é socializado em determinada cultura, com determinada memória histórica, quadro de valores e consciência social, a que se junta a família nesse processo de condicionamento. A própria educação opera em sentido contrário, i.e., temos de um lado a liberdade de consciência e do outro o direito à educação.

Desse modo, o que o preceito pretende é evitar a chamada “doutrinação”, ou seja, a imposição de modelos de natureza filosófica, de natureza política, de natureza religiosa.

Releva, ainda, a figura da *objeção de consciência*. Por objeção de consciência temos a prevalência da liberdade de consciência sobre um dever jurídico. A fundamentação resulta do entendimento de que a liberdade de consciência é mais importante do que a função a desempenhar. Caso paradigmático é o serviço militar obrigatório. No entanto, nem sempre é fácil discernir o que deve prevalecer, por isso, há uma Comissão Nacional de Objeção de Consciência, que vai

analisar ao caso concreto, caso a caso, uma vez que temos um cenário de colisão de direitos e para o qual a legislação não oferece critérios, obrigando ao recurso ao método da ponderação.

6.3.2. Liberdade Religiosa e de Culto

O art.º 41.º trata de três realidades atinentes à liberdade: (i) consciência, (ii) religiosa, (iii) de culto. Contudo, a liberdade religiosa é parte da liberdade de consciência, e a liberdade de culto é integrante da liberdade religiosa. Isto significa que, de certo modo, não há uma liberdade de consciência de um lado e liberdade religiosa do outro.

Com efeito, a liberdade religiosa é, *prima facie*, uma liberdade de consciência, de crer ou não crer em algo, em várias religiões ao mesmo tempo, de modo alternado, ou de qualquer outra forma. Diferente é o caso da liberdade de culto, uma vez que a liberdade de culto tem, máxime, uma dimensão sociológica, coletiva. Ora, um direito fundamental é inerentemente individual. Não há direitos das pessoas coletivas, há direitos das pessoas singulares. Por essa razão a liberdade de culto pode ser suspensa, nos termos do art.º 19.º/6. O que o n.º 4 do preceito faz é estabelecer direitos das organizações religiosas (apeladas de igrejas no texto constitucional): (i) liberdade de criação de igrejas; (ii) liberdade de organização interna; (iii) liberdade de extinção.

Em consequência dos direitos das organizações religiosas admitem-se regras próprias das mesmas as quais podem colidir com normas constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo (2012). Direitos fundamentais: introdução geral. Portugal: Principia.

CEREZALES, Diego Palacios; CABRAL, Rui (2003), “Um caso de violência política: o «Verão quente» de 1975”, *Análise social*, vol. XXXVII (165), pp. 1127-1157.

GOMES CANOTILHO, José J. & MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I e II*, Coimbra Editora.

GROTIUS, Hugo (1704). *De iure belli ac pacis: In quibus Jus Naturae & Gentium, item Juris Publici praecipua explicantur*. Janssonio-Waesbergii & Wetstenii.

MACHADO, Francisco Domingos Garcia Falcão (2014). “Reflexo do "verão quente" de 1975 nos processos de transição democrática de Portugal e Espanha”. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Relações Internacionais e Segurança e Defesa, Universidade Católica Portuguesa. MARCHI, Riccardo (2020), *À Direita da Revolução: Resistência e contrarrevolução no PREC (1974-1975)*, Lisboa: Objectiva.

MONTEIRO, Manuel, (2019), *Tópicos sobre as Ideias Políticas no Ocidente e a sua História – Da «Antiga» Grécia ao Pensamento Cristão da Idade Média*. Lisboa, Portugal: Universidade Lusíada Editora.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762), *Do Contrato Social*. HOBBS, Thomas (1651), *Leviatã*.

ÍNDICE

Introdução	4
CAPÍTULO I	
A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	6
1.1. Hierarquia dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais	8
1.2. Hierarquia entre direitos civis e políticos, e direitos económicos, sociais e culturais.....	10
1.3. Hierarquia entre direitos civis e políticos	10
1.4. Hierarquia entre direitos, liberdades e garantias, direitos de natureza análoga, e direitos económicos, sociais e culturais	11
CAPÍTULO II	
UM PRIMEIRO OLHAR AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1. O problema de regime dos direitos fundamentais na CRP	16
CAPÍTULO III	
OS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
3.1. O princípio da universalidade.....	19
3.1.1. A questão das pessoas coletivas	22
3.2. O princípio da igualdade	23
3.3. O princípio da proporcionalidade	25
3.3.1. A relevância do princípio da proporcionalidade	26
3.4. O princípio da confiança	27
3.5. O princípio da responsabilidade	28
CAPÍTULO IV	
REGIME DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
4.1. aplicabilidade direta	29
4.2. Vinculação de entidades públicas e privadas	30

4.3. Restrição	31
4.4. Suspensão	34
4.5. Renúncia	35
4.6. Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias	35
CAPÍTULO V	
TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
5.1. Mecanismos de hétero-tutela não jurisdicionais	39
5.2. Mecanismo de autotutela	40
CAPÍTULO VI	
DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA ÓTICA DE ESPECIALIDADE	41
6.1. Direito à vida	41
6.2. Direito à integridade	43
6.3. Direito à liberdade	44
6.3.1. Liberdade de consciência	45
6.3.2. Liberdade religiosa e de culto	46
BIBLIOGRAFIA	47