

REVISTA **DireitoUFMS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

EDIÇÃO ESPECIAL

ANO 2015 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA



Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | Edição Especial | p. 1 - 200 | Jan./Jun. 2015



FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
MATO GROSSO DO SUL

Reitora

Célia Maria Silva Correa Oliveira

Vice-Reitor

João Ricardo Filgueiras Tognini

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Yvelise Maria Possiede

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Jeovan de Carvalho Figueiredo

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Ana Paula Martins Amaral

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Luciane Gregio Soares Linjardi

REVISTA **DireitoUFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

Prof.ª Dr.ª Livia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito – FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251

E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

Heleno Taveira Torres

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil

Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Vladimir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. –
v. ; 25 cm.

Semestral
ISSN 978-85-7613-000-0

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085
CDD (22) 342.085
CDD (22) 340.05
CDDir (4) 341.27

JVD

SUMÁRIO

EDITORAL	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
 ARTIGOS CIENTÍFICOS	
 ANTECEDENTES NORMATIVOS DOS DIREITOS HUMANOS NA BAIXA IDADE MÉDIA	7
Jesús Lima Torrado	
 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976	35
Jorge Bacelar Gouveia	
 NOTAS ACERCA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	87
Ingo Wolfgang Sarlet	
 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	103
Vladmir Oliveira da Silveira	
 A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS	131
Marcelo Figueiredo	

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A DEFESA COLETIVA EM JUÍZO: O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES Flavia de Campos Pinheiro Luiz Alberto David Araújo	145
A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA Dinorá Adelaide Musetti Grotti	165
MOBILIDADE HUMANA E FUTURO DO TRABALHO: EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO Georgenor de Sousa Franco Filho	187
LINHA EDITORIAL	199

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

FUNDAMENTAL RIGHTS IN PORTUGUESE CONSTITUTION OF 1976

Jorge Bacelar Gouveia

Agregado e Doutor em Direito e Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa.

Diretor do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.

Endereço: Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal.

Resumo: A Constituição Portuguesa de 1976 – a sexta lei magna de Portugal e que representa o novo Constitucionalismo Democrático e Social trazido pela Revolução dos Cravos de 25 de Abril de 1974 – apresenta como um dos seus pilares fundamentais o sistema de direitos fundamentais, no qual são evidentes mudanças profundas não apenas numa conceção pluralista e aberta do catálogo dos direitos fundamentais positivado como também na efetividade da sua proteção jurídica contra a subversão que muitas vezes os poderes infraconstitucionais tentam operar no sentido de boicotar a sua realização prática.

Palavras-chave: Constituição; Estado de Direito; Direitos fundamentais; Direitos, liberdades e garantias; Direitos sociais; Dignidade da pessoa humana.

Abstract: The Portuguese Constitution of 1976 -the sixth magna law of Portugal and representing the new Social Democratic Constitutionalism brought by the Carnation Revolution of April 25, 1974 - presents as one of its fundamental pillars the fundamental rights system, in which profound changes are evident not only in a pluralistic and open design of the fundamental rights positivated catalog as well as on the effectiveness of their legal protection against subversion that often infra constitutional powers try to operate to boycott their practical implementation.

Keywords: Constitution; Rule of law; Fundamental rights; Rights, freedoms and guarantees; Social rights; Dignity of the human person.

Sumário: 1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 – Aspectos Substantivos. 1.1. A concepção pluralista dos direitos fundamentais. 1.1.1. A inicial teoria liberal dos direitos fundamentais e as suas novas teorias explicativas do século XX. 1.1.2. A teoria material acolhida pela Constituição Portuguesa.

1.1.3. A decomposição do global conceito de direito fundamental e as realidades dele excluídas. 1.1.4. A densificação do elemento material do conceito de direito fundamental na Constituição Portuguesa – propostas e posição adoptada. 1.2. A posição constitucional, tipológica e aberta dos Direitos Fundamentais. 1.2.1. A abertura dos direitos fundamentais a outros patamares da Ordem Jurídica. 1.2.2. O acerto da opção pela tipificação constitucional dos direitos fundamentais. 1.2.3. A relevância autónoma dos direitos fundamentais atípicos e os seus problemas específicos. 1.2.4. A construção dogmática dos direitos fundamentais atípicos. 1.3. A *summa divisio* entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais. 1.3.1. A insuficiência dogmática de um critério constitucional puramente formal-sistemático. 1.3.2. A pluralidade de concepções a respeito dos direitos, liberdades e garantias. 1.3.3. Posição adoptada na definição do conceito de direito, liberdade e garantia e a sua aplicação prática. 1.3.4. A categorização específica dos direitos fundamentais “análogos” como direitos não enumerados. 1.4. O quadro geral dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. 1.4.1. Os direitos fundamentais típicos e enumerados do título II. 1.4.2. Os direitos fundamentais típicos e enumerados do título III. 1.4.3. Os direitos fundamentais típicos não enumerados. 1.4.4. Os direitos fundamentais extra-documentais. 2. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 – Aspectos Adjetivos. 2.1. O princípio da universalidade. 2.2. O princípio da igualdade. 2.3. O exercício jurídico dos direitos fundamentais. 2.3.1. A regulação do exercício dos direitos fundamentais e as suas modalidades e funções. 2.3.2. A regulação constitucional e extra-constitucional. 2.4. As limitações implícitas do exercício dos direitos fundamentais. 2.5. Os limites internos dos direitos fundamentais. 2.6. Os limites externos dos direitos fundamentais. 2.7. Os direitos fundamentais absolutos. 2.8. A tutela dos direitos fundamentais. 2.8.1. A tutela não contenciosa e o papel do Provedor de Justiça. 2.8.2. A tutela contenciosa. Referências.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 – ASPETOS SUBSTANTIVOS¹

1.1. A CONCEPÇÃO PLURALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa *lógica material*, coloca-se o problema de saber qual o critério unificador dos direitos fundamentais, assim se encontrando a chave que permita identificar um denominador comum dentro de toda uma variedade de posições jurídicas, válido como critério hermenêutico, mas igualmente válido como critério legiferante.

¹Sobre toda esta matéria em geral, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1070 e ss.

Este é um problema que não suscita peculiares dúvidas no plano da Teoria do Direito Constitucional, sendo certo que aí é possível acomodar um conceito de direito fundamental que se apresente minimamente adaptável à evolução de dois séculos de Constitucionalismo, em que muito aconteceu e muito se diversificou, bastando pensar nas gerações de direitos fundamentais que se foram sucedendo.

Mas já no plano da Dogmática do Direito Constitucional se levanta um problema adicional, que é o de, perante um dado texto constitucional, se visualizar um conceito comum e, sobretudo, explicativo de todos os tipos de direitos fundamentais que se possam apresentar.

É assim que surge a ideia de que o texto constitucional não chamou “direitos fundamentais” a quaisquer posições subjectivas de um modo arbitrário, antes o determinou com base num critério racional, que explica as escolhas feitas e justifica outras que não foram feitas.

A relevância deste problema igualmente se coloca no plano da extensão do catálogo de direitos fundamentais, sendo certo que o texto constitucional português obedece a mecanismos de abertura que se fundam nesse mesmo critério.

1.1.1. A INICIAL TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS NOVAS TEORIAS EXPLICATIVAS DO SÉCULO XX

Este não é, porém, um problema de agora e tem-se desenvolvido ao sabor do aparecimento de teorias que se vão afirmando explicativas das tipologias de direitos fundamentais, paralelamente ao ritmo das gerações que se foram cumulando.

O Constitucionalismo Liberal fez vingar a *teoria liberal*, caracterizada pelos direitos de liberdade e pelas liberdades públicas, todos dominados por uma ideia de abstenção do Estado em relação à Sociedade e à Economia.

Paralelamente, no plano da fundamentação do Estado e do Poder, todos assentavam numa concepção jusnaturalista, eivada do espírito do jusracionalismo e do contratualismo da Ilustração do século XVIII, com as necessárias consequências da universalidade, inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos fundamentais².

Com o século XX, as teorias densificadoras dos direitos fundamentais multiplicaram-se, em resultado da diversificação dos problemas postos à governação, avançando também algumas concepções positivistas:

A *teoria socialista*, bem plasmada nos sistemas constitucionais de inspiração soviética, em que os direitos fundamentais, de cunho social e económico, se

² Cfr. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 436 e 437.

colocavam ao serviço de uma ideologia única e de uma ditadura colectivista de esquerda.

A *teoria fascista*, constante dos sistemas constitucionais fascistas, em que os direitos fundamentais assumia uma relevância social-corporativa, indexados ao Estado segundo uma concepção organicista do poder político, com ausência de pluralismo político, ainda que se consagrando direitos de natureza económica e social.

A *teoria social*, em directa decorrência da Questão Social e do intervencionismo económico e social, defendendo a existência de direitos sociais, num contexto de sistema político democrático pluralista e de economia de mercado, se bem que socialmente limitado por diversos mecanismos de intervenção pública.

A *teoria democrática*, fundada numa certa obsessão, na Alemanha do pós-guerra, com a preservação, por dentro, da democracia política, depois do trauma que o regime nacional-socialista infligiu na sociedade alemã.

1.1.2. A TEORIA MATERIAL ACOLHIDA PELA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Olhando para a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), o único índice que podemos encontrar é o reconhecimento da necessidade de um conceito material de direito fundamental, pois que é através dele que podemos operacionalizar a abertura do sistema constitucional de direitos fundamentais³.

Simetricamente, o inverso tem razão de ser, ainda que se admita ter poucas consequências práticas: haver direitos fundamentais como tal qualificados pelo texto constitucional, mas que não possam adequar-se ao critério material que procede à respectiva definição.

O preceito fulcral, como pudemos observar para a abertura do catálogo constitucional do mesmo, é aquele em que se afirma que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional”⁴.

Só que em vão o texto constitucional fornece a substanciação de tal critério, pelo que só resta lá chegar através da análise, nem sempre muito elucidativa, de diversos índices presentes, essencialmente a partir dos princípios constitucionais, de entre eles o da dignidade da pessoa humana e o da democracia política.

³ Quanto ao conceito de direito fundamental Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), v., por todos, Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, pp. 178 e ss.

⁴ Art. 16º, nº 1, da CRP.

1.1.3. A DECOMPOSIÇÃO DO GLOBAL CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL E AS REALIDADES DELE EXCLUÍDAS

A indicação, por parte do texto constitucional, de uma categoria de direitos fundamentais pressupõe que a primeira opção se exerça no *conceito de direito fundamental* que cobre essa classe.

Assim se estabelece uma *summa divisio* com o restante grupo de figuras e instituições afins, abrangidas no articulado constitucional impregnado de direitos fundamentais⁵.

Isso só se obterá, porém, através da respectiva formulação, podendo chegar-se ao resultado fornecido pelo conceito de direito fundamental, nos seus três elementos: i. o *elemento subjectivo* – implicando a subjectivação nas pessoas e não segundo normas organizatórias e objectivas, pessoas essas integradas no Estado-Comunidade, por contraposição ao Estado-Poder, que actua através dos seus agentes e titulares de órgãos; ii. o *elemento material* – retratando uma vantagem, não uma obrigação ou dever, relacionada com um valor ou um bem que se afigura constitucionalmente protegido e iii. um *elemento formal* – ancorando essa posição no Direito Constitucional, com as características de supremacia e rigidez que definitivamente o individualizem no seio da Ordem Jurídica⁶.

Dele se crê que devam ficar excluídas, regra geral, as *garantias fundamentais*, assim como todas as restantes figuras afins dos direitos fundamentais, numa tarefa que, no entanto, não se revela de grande precisão e, ao invés, sendo bem árdua.

Há desde logo preceitos que nem sequer corporizam quaisquer posições subjectivas. São preceitos que contêm princípios objectivos ou normas dirigidas

⁵ Sobre o conceito de direito fundamental em geral, também com referência às respectivas figuras afins, v. João de Castro Mendes, *Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, pp. 101 e 102; Jorge Miranda, *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de direitos fundamentais*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXVI, 1985, pp. 495 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 7 e ss., e pp. 48 e ss.; João Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, pp. 11 e ss.; Carlos S. Niño, *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, 1989, pp. 11 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1993, pp. 521 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 113 e ss.; Vitalino Canas, *Relação jurídico-pública*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 226; Luís Filipe Colaço Antunes, *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra, 1998, pp. 71 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, 2004, pp. 117 e ss.

⁶ No estrangeiro, os seguintes contributos: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1988, pp. 554 e ss.; Luis Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 75 e ss.; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II – Dir Grundrechte*, 3ª ed., Köln, 1989, pp. 61 e ss.; Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 6ª ed., Heidelberg, 1990, p. 14; Jose Castan Tobeñas, *Los derechos del hombre*, 4ª ed., Madrid, 1992, pp. 13 e ss. Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 113.

ao Estado, impondo-lhe deveres relacionados com o cumprimento dos direitos fundamentais conexos.

Há também preceitos que, embora consagrem posições subjectivas, não preenchem o conceito constitucionalmente relevante de direito fundamental: apesar de raras, são situações em que o legislador constitucionalizou posições subjectivas que não respeitam os restantes elementos constitutivos do conceito de direito fundamental.

Contudo, importa anotar com uma excepção: na medida em que, no texto constitucional, deparamos com inúmeras categorias de garantias jurídicas, parece que podem ser pertinentes ao universo dos direitos fundamentais aquelas que se submetam a uma *função subjetivante*, isto é, as que cumpram uma missão adjuvante na protecção de um direito subjectivo fundamental, numa relação de acessoriedade em relação aos mesmos.

Em termos gerais, são as garantias directamente vinculadas aos direitos fundamentais, bem como as institucionais que se afirmem numa relação de acessoriedade relativamente a estes, relação que permite, do mesmo modo, proteger um conjunto de bens jurídicos essenciais.

1.1.4. A DENSIFICAÇÃO DO ELEMENTO MATERIAL DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA – PROPOSTAS E POSIÇÃO ADOPTADA

Interessa ainda saber, no campo de liberdade regulativa devolvida ao legislador constitucional, sobre que vectores ele erigiu o seu conceito de direito fundamental, nos aspectos essenciais de teor material⁷.

Três têm sido as principais respostas dadas pela doutrina portuguesa a este respeito:

- i) a versão *imperialista* de Jorge Miranda, para quem os direitos fundamentais consagrados na CRP o são sempre em sentido material, critério que, no entanto, dá por esclarecido o que se pretendia esclarecer (*quod erat demonstrandum*) – precisamente saber quando é que a CRP está auto-

⁷ Sobre o sistema constitucional português de direitos fundamentais, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 93 e ss., e *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 101 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 293 e ss., e *O estado de excepção no Direito Constitucional*, I, Coimbra, 1998, pp. 836 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 137 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, pp. 398 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 75 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Comentada*, I, Coimbra, 2005, pp. 221 e ss.

rizada a qualificar como direito fundamental certa realidade, que não muda de natureza só pelo facto de como tal ser qualificada;

- ii) a versão *liberal-moderna* de José Carlos Vieira de Andrade, para quem o conceito de direito fundamental se esteia num tríplice critério substancial e formal – ter um radical subjectivo, exercer uma função de protecção de bens pessoais e possuir uma intenção de explicitação de uma ideia de homem “...decantada pela consciência universal ao longo dos tempos”⁸;
- iii) a versão *omnicomprensiva* de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, que atendem à combinação primordial, que a CRP teria feito, entre as teorias liberal e social dos direitos fundamentais, positivando aspectos de uma e da outra, sem com uma delas se comprometer especificamente, articulando harmonicamente direitos negativos e positivos, e culminando na escolha de três valores fundamentais – a liberdade, a democracia política e a democracia económica e social⁹.

Da nossa parte, importa preliminarmente reconhecer que hoje – na CRP como em qualquer texto constitucional – nenhuma teoria pode ter a pretensão de explicar, como deve ser, a totalidade de um sistema de direitos fundamentais.

A multiplicidade dos aspectos subjacentes aos vários tipos desses direitos é de tal ordem que não permite qualquer esforço de unificação, isso bem se compreendendo pela evolução que os direitos fundamentais tiveram desde o século XIX¹⁰.

Mais importante do que esclarecer se certas teorias tiveram ou não acolhimento constitucional, é encontrar a concepção própria de cada texto e não impor-lhe construções importadas de carácter manifestamente espúrio¹¹.

A nossa posição propende para considerar um *critério misto*, a *quatro tempos*, aparecendo como os dois elementos dominantes as *teorias liberal e social*, com um maior número de direitos fundamentais que se podem testar sob as respectivas ópticas e, em plano lateral, as *teorias democrática e marxista*¹², estas presentes em alguns, poucos, direitos fundamentais mais sectorizados¹³.

⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 82 e 83.

⁹ Dizendo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Fundamentos...*, p. 106): “É essa trilogia que constitui o *pressuposto* e o *critério substancial* dos direitos fundamentais, sendo insuficiente e inadequada qualquer concepção reducionista que faça apelo apenas a um daqueles valores”. Cfr. também J. J. Joaquim Gomes Canotilho, *A teoria constitucional dos direitos fundamentais*, in *Fronteira*, ano II, nº 5, Janeiro-Março de 1979, pp. 46 e ss.

¹⁰ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 407.

¹¹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 408.

¹² Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 408 e ss.

¹³ Com uma avaliação geral acerca do sistema dos direitos fundamentais na CRP, versando sobre-

1.2. A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL, TIPOLÓGICA E ABERTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa *lógica formal*, a protecção dos direitos fundamentais coloca o problema da sua *força jurídica* na constelação geral dos direitos subjectivos públicos.

Se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substantia, isso quer dizer que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: *uma relação de inserção na Constituição que estrutura cada Estado*.

Os direitos fundamentais ostentam, deste modo, *uma força jurídica constitucional*, que lhes é dada pelo carácter constitucional das fontes normativas que os consagram: na verdade, estamos perante posições jurídicas *ex lege*, porquanto derivam do Ordenamento Jurídico Objectivo.

O sentido profundo desta constitucionalização afere-se por um estatuto formalmente constitucional constante do articulado da CRP¹⁴.

Essa observação, no que respeita à posição normativa dos direitos fundamentais, não teria a mínima relevância se a Ordem Jurídica fosse constituída por um único estalão.

A verdade é que não o é. E até se têm multiplicado, por diversas razões, os níveis de diferenciação entre grupos de fontes e de normas dentro de uma Ordem Jurídica.

Ora, é aí que o nível constitucional se posiciona de um modo extremamente relevante por representar a cúpula do sistema jurídico, acima da qual não se reconhece a validade de qualquer outra fonte normativa de Direito Positivo.

Cabe à Constituição – e às fontes constitucionais em geral – este papel fundacional do sistema jurídico, aí se determinando as grandes directrizes da respectiva estruturação, devendo as fontes que as contrariam ser fulminadas de inconstitucionalidade e, em decorrência disso, invalidadas.

tudo esta óptica material, v. António de Oliveira Braga, *Os direitos do homem e a Constituição*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 37, Maio-Agosto de 1977, pp. 437 e ss.; José Manuel Cardoso da Costa, *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais*, Lisboa, 1990, pp. 6 e ss.; José Casalta Nabais, *Os direitos na Constituição Portuguesa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 400, Novembro de 1990, pp. 17 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 93 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 371 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 128 e ss.; Rui Medeiros, *O Estado de Direitos Fundamentais Portugêses: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II, 2002, pp. 24 e ss.

¹⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in AAVV, *Direitos Humanos* (coord. de Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, 2003, pp. 62 e ss.

O carácter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se apresentem cimeiramente localizados dentro do Ordenamento Jurídico, comungando das características próprias das normas e dos princípios de natureza constitucional.

E qual é a importância deste facto? Ela é concernente a dois aspectos: *a supremacia hierárquica* e *a rigidez constitucional*.

A *supremacia hierárquica* implica que nenhuma outra norma ou princípio, que não tenha a mesma qualidade, possa contradizer o sentido normativo que deles se extrai.

A *rigidez constitucional* representa a circunstância de a respectiva alteração obedecer a mecanismos que tornam essa operação mais difícil, por força da existência de diversos limites à revisão constitucional.

O resultado mais visível desta colocação suprema no sistema jurídico liga-se ao carácter “courageado” que passa a acompanhar os direitos fundamentais, conceptualmente sempre direitos constitucionais: a da inconstitucionalidade das normas e dos princípios que os ofendem.

Isso tem a consequência prática de poderem ser postos em acção diversos mecanismos com o fito de destruir essas normas e esses princípios, violadores dos direitos fundamentais, assim melhor se preservando essa parte da Ordem Constitucional.

1.2.1. A ABERTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A OUTROS PATAMARES DA ORDEM JURÍDICA

O facto de os direitos fundamentais, relativamente à sua fonte normativa, forçosamente se alcandorarem a uma posição normativo-constitucional cimeira não acarreta a impossibilidade de se estabelecer a sua comunicação com outros estratos do sistema jurídico, sendo certo que este se apresenta multi-nivelado nos seus escalões hierárquicos.

É assim que muitas vezes os textos constitucionais aceitam a contribuição de outros planos do Ordenamento Jurídico – as leis ordinárias e as fontes internacionais – para completarem o elenco constitucional dos direitos fundamentais.

Estamos perante *um mecanismo de abertura dos direitos fundamentais que são positivados na Constituição aos outros níveis*, os quais podem ser relevantes no aparecimento de novas posições jurídicas com a mesma importância, ou até para completarem determinada configuração constitucional já alcançada por certo direito fundamental¹⁵.

¹⁵ Sobre este mecanismo de abertura, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pp. 137 e 138; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 39 e ss.; Paulo

Esta *cláusula de abertura* do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir duas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais: de *integração* – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento e de *aperfeiçoamento* – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas¹⁶.

Aqui deparamos com um fenómeno de *recepção constitucional*, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infra-constitucional, com todos os benefícios associados a essa constitucionalização¹⁷.

1.2.2. O ACERTO DA OPÇÃO PELA TIPIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O carácter constitucional dos direitos fundamentais, não obstante ser extremamente importante na consolidação da sua eficácia protectora, não é totalmente suficiente, dado que importa atender a outra nota que foi dando o tom à positivação dos direitos fundamentais desde que viram a luz do dia no Constitucionalismo Liberal¹⁸: o facto de os direitos fundamentais, logo bem desde o seu início, se terem apresentado segundo uma *técnica de tipificação na respectiva declaração formal dentro dos textos constitucionais*¹⁹.

Ao lado da sua força normativo-constitucional, acrescenta-se outro traço, que é o do seu *matiz tipológico*, o que se diferencia bem na Metodologia do Direito como via específica de pensar e de formular os comandos normativos²⁰.

Otero, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in AAVV, *75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1061 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 162 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 75 e ss.; Rui Medeiros, *O Estado de Direitos...*, pp. 26 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição...*, I, pp. 137 e ss.

¹⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 72 e ss.

¹⁷ Defendendo esse estatuto constitucionalizado, Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 313 e ss.

Contra essa consequência da constitucionalização, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 168 e 169.

¹⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A afirmação dos direitos fundamentais...*, pp. 65 e ss.

¹⁹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss.

²⁰ Para uma aproximação às características do pensamento tipológico, por contraste com o pensamento generalizante, v. Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, pp. 237 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, 1968, pp. 34 e ss., e *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, pp. 452 e ss., e p. 479; João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coim-

A primeira dimensão do sentido tipológico dos direitos fundamentais – os quais se mostram, por esta razão, verdadeiros tipos jurídicos – reside na consequência de a respectiva formulação ser mais concisa do que seria se o texto constitucional recorresse apenas a conceitos gerais e classificatórios.

Os direitos fundamentais não são, pois, consagrados por recurso a conceitos, que pudessem abranger amplamente uma dada realidade a submeter aos efeitos do Direito – são, antes, agrupados em realidades menos amplas, em torno, deste modo, de tipos jurídicos, por cujo intermédio melhor se capta o pormenor do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental considerado.

A grande vantagem do recurso ao método da tipificação – por contraste com o método da conceptualização – consiste numa menor abstracção, que traz consigo uma maior capacidade de retratação da realidade concreta a que respeita cada direito fundamental.

Outra dimensão presente na tipificação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é concernente ao valor que os direitos fundamentais devem possuir se vistos no conjunto das tipologias que entre si formam. É que a sua eficácia fica acrescida se se mostrarem plurais, apresentando-se em círculos que, como pudemos observar, se têm vindo a alargar.

O mais relevante desse valor colectivo dos direitos fundamentais, se observados como tipos jurídicos contextualizados em tipologias jurídicas, é porém a possibilidade de estas não serem tipologias fechadas e serem, ao invés, *abertas ou exemplificativas*.

Nunca em cada momento os direitos fundamentais positivados num dado texto constitucional são únicos, havendo a possibilidade de recorrer ao conceito geral subjacente, para formular outros direitos fundamentais, assim denominados *direitos fundamentais atípicos*²¹.

Qualquer uma destas duas dimensões inerentes ao sentido tipológico dos direitos fundamentais se encontra em muitos dos textos constitucionais, do século XIX e do século XX.

Se analisarmos os textos constitucionais, no que toca à primeira dimensão, facilmente reparamos que há a preocupação de apresentar os direitos funda-

bra, 1983, pp. 116 e ss.; Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1990, pp. 159 e ss.; Carlo Beduschi, *Tipicità e Diritto – contributo allo studio delle razionalità giuridica*, Padova, 1992, pp. 31 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 21 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss., e *O estado de excepção no Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1998, pp. 1542 e ss.; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, 1999, pp. 655 e ss.; Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000, pp. 27 e ss.

²¹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 39 e ss.

mentais através de um número razoável de tipos – e até com uma lógica mais ou menos diversificada em razão dos respectivos objectos e conteúdos específicos, cada um deles substanciando a construção de um ou de alguns dos tipos de direitos fundamentais consagrados.

O mesmo se pode dizer, embora talvez sem a mesma importância, de alguns textos constitucionais em matéria de abertura a outros direitos fundamentais – os direitos fundamentais atípicos – que não obtiveram uma consagração tipificada nos catálogos constitucionais, mas que por este mecanismo são detectados e invocados.

1.2.3. A RELEVÂNCIA AUTÓNOMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS E OS SEUS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Pela dificuldade que os envolve, *os direitos fundamentais atípicos* merecem alguma detença, dado que acabam por cumprir a função de abrir o catálogo constitucional, sem que para os mesmos – o que para lá de certo limite seria uma quase impossibilidade técnica – o texto constitucional tenha ajudado com os convenientes índices aplicáveis.

Os direitos fundamentais atípicos colocam três questões, para as quais não se encontra uma resposta directa na CRP: *a extensão material de tais direitos; as fontes de onde emanam esses direitos; o regime que lhes é aplicável.*

No entanto, preliminarmente importa considerar que o alargamento do catálogo de direitos fundamentais que a cláusula aberta propicia deve ser cuidadosamente separado de outros fenómenos que, coincidindo no resultado, experimentam outros caminhos, que não se confundem com a referência da atipicidade das fontes²².

Um desses fenómenos retrata o aparecimento dos tipos de direitos fundamentais através de um processo hermenêutico, e não normativo-constitucional. São os *direitos fundamentais implícitos* que se apresentam como o resultado de uma interpretação extensiva das fontes constitucionais, bem na esteira da conhecida orientação jurisprudencial norte-americana²³.

Outro fenómeno marcante vem a ser o do *reconhecimento da constitucionalização de outras fontes – internas ou externas – que concretizam os direitos fundamentais*, sobretudo no campo dos direitos fundamentais sociais, concretização

²² Chamando a atenção para estes dois fenómenos como vias alternativas à abertura que é directamente propiciada pela cláusula aberta de direitos fundamentais, v. Rui Medeiros, *O Estado de Direitos...*, pp. 28 e ss.

²³ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 164 e ss.

que assim acaba por se convolar, dentro de certos limites, em densificação constitucional dos mesmos, numa lógica de prolongamento das fontes constitucionais.

Fenómeno que ainda deve merecer atenção, pela destriça que sugere quanto aos direitos fundamentais atípicos, é o dos *direitos fundamentais extra-documentais*, caso em que os direitos fundamentais acolhidos com valor constitucional são extravagantes relativamente ao texto constitucional, aparecendo como direitos situados fora da codificação imposta pelo articulado constitucional²⁴.

1.2.4. A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS

Na perspectiva da *identificação dos direitos fundamentais atípicos*, difícil é saber qual o critério material que os permite encontrar.

Esta é uma tarefa, contudo, que já se mostra muito facilitada por ter sido possível deparar com uma chave identificadora dos direitos fundamentais do sistema constitucional português, directamente radicando no respectivo conceito.

Não se crê que essa chave não possa ser utilizada para seleccionar os direitos fundamentais atípicos, que no plano substancial ostentam uma mesma dignidade constitucional.

Em termos práticos, a aplicação desse critério material conceptual permite que os direitos fundamentais atípicos, na respectiva localização, se processe de acordo com uma analogia – uma *analogia iuris, e não legis* – para com os direitos fundamentais típicos²⁵, nela se apontando os núcleos materiais de protecção constitucional da pessoa humana que se desenvolve através da técnica dos direitos fundamentais²⁶.

Do ponto de vista das fontes, a abertura constitucional dos direitos fundamentais, como sucede noutros ordenamentos constitucionais, não tinha forçosamente de sujeitar-se a qualquer indexação de um elenco das mesmas de onde brotassem os tipos de direitos a acolher.

Não foi esse o caso seguido pela CRP, que expressamente condicionou o acolhimento dos direitos fundamentais atípicos ao facto de os mesmos serem

²⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 141 e ss.

²⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 371 e ss.

²⁶ José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais...*, p. 198) é, a este propósito, bem explícito: “Essa analogia de natureza deve (...) respeitar, cumulativamente, a dois elementos: trata-se de uma posição subjectiva individual ou de uma garantia que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade humana, isto é, que integre a matéria constitucional dos direitos fundamentais; e poder essa posição subjectiva ou garantia ser *determinada* a um nível que deva ser considerado *materialmente constitucional*”.

previamente positivados nalgumas fontes normativas que mencionou e que são de duas ordens: *fontes normativas externas*: "...as regras aplicáveis de Direito Internacional..."; *fontes normativas internas legais*: "...as leis...".

Carecendo de um sentido interpretativo especial, no contexto de outras aceções para as fontes mencionadas, considera-se que o entendimento a acolher deve ser amplo: *no caso das fontes externas, os direitos fundamentais atípicos podem provir de qualquer fonte internacional ou comunitária que integre a Ordem Jurídica Portuguesa*, nos termos gerais em que a CRP admite a sua incorporação interna e *no caso das fontes internas legais, os direitos fundamentais atípicos podem amplamente nascer de fontes normativas voluntárias*, mas incluindo os diversos planos do exercício do poder público, desde a função legislativa à função administrativa, passando, sendo caso disso, pela função política²⁷.

No plano do regime, a dúvida central – conquanto não seja a única – tem sido a de saber se estes direitos atípicos, sendo considerados fundamentais, gozariam de um estatuto constitucional.

Não se justificam quaisquer negações a propósito do regime constitucional destes direitos²⁸: não é só o facto de tal categoria poder ser aplicada a quaisquer direitos fundamentais, independentemente do modo da sua positivação ou do lugar da sua tipificação constitucional; como também é de referir a circunstância de o regime se dissociar da categoria conceptual, nem sequer fazendo sentido falar de direitos fundamentais não sendo constitucionais, pois que aí lhes faltaria um elemento conceptual, que é exactamente a fundamentalidade hierárquico-normativa²⁹.

O regime aplicável aos direitos fundamentais atípicos igualmente se discute para aqueles que sejam direitos, liberdades e garantias, caso em que, na linha do regime constitucional de que ficam a beneficiar, se julga de lhes estender na sua totalidade, ingressando no conceito de direitos, liberdades e garantias atípicos de natureza análoga³⁰.

²⁷ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 331 e ss.

²⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 415 e ss.

²⁹ É essa também a posição da doutrina portuguesa em geral, que apenas obstaculiza a extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias típicos aos atípicos por razões atinentes à sua posição hierárquico-normativa, não por causa da sua natureza conceptual.

Assim, João Caupers (*Os direitos fundamentais...*, pp. 128 e ss.), colocando, em alternativa, um critério referente à qualidade do direito e um critério alusivo ao grau de concretização do direito, opta por este último, preferindo a ideia que se "...identifica a «natureza análoga» aos direitos, liberdades e garantias com a concretização suficiente do objecto do direito" (*Os direitos fundamentais...* p. 132).

Cfr. também J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 142, ao admitirem discutir a questão em sede de regime, sendo a aceitação conceptual prévia e logicamente necessária.

³⁰ Muitos são os exemplos possíveis de direitos fundamentais atípicos, sendo de recordar estes: o

1.3. A *SUMMA DIVISIO* ENTRE OS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS E OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Tema geral que ainda importa analisar no sistema constitucional de direitos fundamentais alude à *intensidade* com que os direitos fundamentais são consagrados no texto constitucional.

A despeito do seu idêntico carácter constitucional, os direitos fundamentais não têm sempre a mesma intensidade normativa e é possível vislumbrar diferentes alcances no modo como os respectivos conteúdo e objecto condicionam os destinatários, públicos e privados, ou irradiam para o restante Ordenamento Jurídico e, por consequência, chegam à realidade constitucional.

Esta é uma dicotomia fundamental que, no plano constitucional, costuma ser referida pela existência conjunta dos *direitos, liberdades e garantias* e dos *direitos económicos, sociais e culturais*, embora não se afigure fácil descortinar a distinção rigorosa entre esses dois grupos de direitos fundamentais³¹.

Tudo estaria resolvido, sem qualquer necessidade de intervenção doutrinária e jurisprudencial, se a arrumação sistemática que consta da CRP fosse totalmente aceitável.

Essa seria a mais imediata impressão, sendo certo que o próprio articulado constitucional precisamente assenta, na descrição dos tipos de direitos fundamentais que positiva, nessa crucial dicotomia, nos títulos II e III da Parte I da CRP.

Todavia, nem todas as questões assim se resolvem porque o texto articulado concebe a existência de um regime específico atribuído aos direitos, liberdades e garantias, que não é aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais, para tanto sendo exigível a separação conceptual entre estes dois grupos de direitos fundamentais, que assim ganha uma directa relevância no regime aplicável.

1.3.1. A INSUFICIÊNCIA DOGMÁTICA DE UM CRITÉRIO CONSTITUCIONAL PURAMENTE FORMAL-SISTEMÁTICO

A definição dos direitos, liberdades e garantias³², tal como simetricamente a definição dos direitos económicos, sociais e culturais, julgar-se-ia tarefa re-

direito a alimentos do Direito Civil; os direitos dos consumidores do Direito do Consumo no que estão para além dos direitos dos consumidores constitucionalmente tipificados; os direitos dos trabalhadores do Direito do Trabalho para além dos constitucionalmente tipificados, previstos no Código do Trabalho.

³¹ Quanto aos critérios que podem sustentar esta separação, sob o enfoque do texto constitucional português, v., de entre outros, Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de excepção...*, II, pp. 867 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 139 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 182 e ss.

³² Cfr. o art. 19º, repetidamente, nos nºs 1, 3, 5, da CRP.

solvida por a própria CRP indicar os direitos fundamentais que qualifica como direitos, liberdades e garantias³³: é, com efeito, o que acontece com os tipos de direitos fundamentais que se encontram no título II da Parte I do articulado constitucional, exactamente epigrafado “Direitos, liberdades e garantias”.

Não haveria, deste modo, qualquer questão a pôr porque, no fim de contas, a CRP teria tudo logo solucionado pela simples arrumação sistemática dos mesmos, sob a designação de “direitos, liberdades e garantias”, nomeando todos e cada um desses preceitos.

A leitura do texto constitucional não nos pode iludir, porém, quanto a uma resposta assim tão simplista, que está longe de corresponder à verdade, que é bem mais complexa³⁴.

O que a CRP faz, quanto à tipologia de direitos fundamentais que apresenta nos preceitos compreendidos no mencionado título II, é somente fornecer ao intérprete um *critério qualificativo*, segundo o qual considera que tudo o que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais pertencentes à espécie “direitos, liberdades e garantias”.

Mas nunca se poderia cair no formalismo de pensar que a CRP, ao referir-se a direitos, liberdades e garantias, estaria certamente a agrupar todos os tipos de direitos fundamentais regulados nos preceitos constitucionais que nessa parcela do articulado constitucional se compreendem.

³³ Quanto aos direitos, liberdades e garantias em geral na CRP, bem como o respectivo regime, v. João de Castro Mendes, *Direitos...*, pp. 94 e ss., e pp. 103 e ss.; Rabindranath Capelo de Sousa, *A Constituição e os direitos de personalidade*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 195 e 196; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 179 e ss.; José Manuel Cardoso da Costa, *A hierarquia...*, pp. 9 e ss.; José Casalta Nabais, *Os direitos na Constituição...*, pp. 22 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 109 e ss., e *Constituição...*, pp. 110 e ss., e pp. 121 e ss.; Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei – a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1992, pp. 298 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 522 e ss., e pp. 577 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 430 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 139 e ss., e pp. 311 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 196 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição...*, I, pp. 143 e ss.

³⁴ A versão inicial deste preceito proposta pela Comissão de Direitos e Deveres Fundamentais, no âmbito do procedimento de elaboração da CRP, apenas se referia a “direitos”, não contemplando, pelo menos de um modo literal, a especificação dos direitos, liberdades e garantias.

^A respectiva inserção deveu-se a uma proposta que foi feita no debate da Assembleia Constituinte pelo Deputado Luís Catarino, por identidade com o preceito anterior em que se previa a excepcionalidade do estado de excepção na suspensão dos direitos, liberdades e garantias. Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 36, de 23 de Agosto de 1975, p. 980.

^A verdade, porém, é que não se tinha a presciência do radicalismo dessa *summa divisio*, em confronto com os direitos sociais, utilizando-se, com o mesmo amplo significado, “direitos, liberdades e garantias” e “direitos fundamentais”.

^A infixidez terminológica que se verificaria no futuro art. 16º da CRP, ao mesmo tempo que se lembra o posicionamento geral – e não apenas para os direitos, liberdades e garantias – destes preceitos introdutórios, mostram-no à saciedade.

1.3.2. A PLURALIDADE DE CONCEPÇÕES A RESPEITO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Essa tarefa qualificativa requer, já dentro do conceito de direito fundamental relevante, que se afine o critério constitucionalmente adequado dos “direitos, liberdades e garantias”, qualificação que não se pode atingir automaticamente pela simples observação da sistemática constitucional³⁵.

Este é um tópico que a doutrina debate intensamente, estando assim longe da unanimidade quanto a uma conclusão final.

A concepção que mais adesão tem tido é de índole formal e realça a circunstância de os direitos, liberdades e garantias, por contraposição aos direitos económicos, sociais e culturais, na CRP, se erguerem segundo um conjunto de opções regulativas que pertencem ao domínio do texto constitucional.

É para aí que aponta o critério, maioritariamente seguido pela doutrina, da *determinação, determinabilidade* ou *determinidade constitucional* dos objeto e conteúdo dos direitos, liberdades e garantias³⁶.

³⁵ Não é esse, pelo menos aparentemente, o entendimento de boa parte da doutrina portuguesa neste ponto, para quem a qualificação do art. 17º da CRP – quando se diz que o “...regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II...” – funciona automaticamente, não se carecendo de qualquer tarefa interpretativa a respeito do que consta desse título II da Parte I, assim se acreditando na existência de uma presunção quanto à sua fundamentalidade subjectiva. Cfr. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 145.

Essa é também a posição de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição...*, p. 141), ilustres constitucionalistas que consideram ser aplicável este regime a tais direitos e isto “...qualquer que seja a sua espécie, desde direitos pessoais, passando pelos de participação política, até aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e qualquer que seja a sua estrutura jurídica, desde as garantias penais, passando pelas liberdades tradicionais, até aos direitos de natureza positiva”. Diferentemente, José Carlos Vieira de Andrade é o único que legitimamente se interroga, acabando por admitir a aplicação desse regime às normas que não positivem direitos, liberdades e garantias, embora depois aceite que essa distinção seja, na prática, difícil de se realizar (*Os direitos fundamentais...*, pp. 81, 197 e 198).

Em idêntico sentido depõe Manuel Afonso Vaz, que entende que a identificação dos direitos, liberdades e garantias enumerados não se faz tanto pela sua localização quanto pelo preenchimento, por parte dos mesmos, do critério da “determinidade constitucional”, embora admita a função de tal critério para fora do conceito de direito, liberdade e garantia, dizendo que “... não é o facto de um preceito constar de tal catálogo que o converte, por isso, em direito constitucional”, rematando assim o seu pensamento: “O critério da constitucionalidade do direito não se deverá, porém, indagar se num caso ou noutro estaremos perante um conceito material de «direito, liberdade e garantia», mas sim à presença ou não de uma estrutura expressiva da norma constitucional que lhe confere determinidade constitucional e, por isso, aplicabilidade directa, ou seja, que os torna «direitos de agir ou de exigir com eficácia imediata» decorrente da norma constitucional” (*Lei...*, p. 369).

³⁶ José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais...*, p. 187) é o primeiro autor que propõe como critério aferidor do regime dos “direitos, liberdades e garantias”, em ordem à aplicação do regime que lhes está particularmente construído, o da determinabilidade dos respectivos preceitos constitucionais atributivos, o que implica ser o respectivo conteúdo determinado ou determiná-

Mais isolados são outros entendimentos que a doutrina constitucional portuguesa tem vindo a experimentar, numa tónica mais substancialista: o critério dos direitos inerentes ao género humano³⁷; o critério da função de libertação dos direitos frente ao poder público³⁸; o critério da teoria demo-li-

vel no plano das opções constitucionais, para além do facto de necessariamente se tratar de uma posição subjectiva individual ligada à dignidade da pessoa humana, ali escrevendo o seguinte: "...a Constituição pressupõe dois tipos de direitos: aqueles cujo *conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais* e aqueles outros cujo *conteúdo principal* terá de ser, em maior ou menor medida, *determinado por opções do legislador ordinário*, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização".

³⁷ acrescenta: "Isto é, que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos direitos susceptíveis de concretização ao nível constitucional, mas já não àqueles que, para além de um mínimo, só se tornam «líquidos e certos» no plano da legislação ordinária".

Exactamente no mesmo sentido, citando-o, se alinha José Casalta Nabais (*Os direitos na Constituição...*, p. 22), neste trecho afirmando que "De acordo com este critério, o regime dos direitos, liberdades e garantias deve ser aplicado àqueles direitos cujo conteúdo está determinado no texto constitucional ou é determinável segundo as regras gerais de interpretação jurídica pelas autoridades encarregadas da sua aplicação...".

João Caupers (*Os direitos fundamentais...*, pp. 46 e 132) refere a determinabilidade suficiente do direito ao nível constitucional "para poderem fundar pretensões judiciais", afirmando-se nesta página: "Consideramos, não obstante as dificuldades atrás apontadas, a segunda hipótese que equacionámos, aquela que *identifica a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias com a concretização suficiente do objecto do direito*, como a mais razoável. Enquanto a qualificação de um direito fundamental depende da importância que se lhe deva atribuir no quadro de um certo ordenamento constitucional, já a qualificação de um direito como direito, liberdade e garantia deve ter que ver *não com o seu relevo, mas com a forma da sua protecção, essencialmente dependente do grau de determinabilidade já atingido pelo respectivo objecto*".

Manuel Afonso Vaz (*Lei...*, pp. 305, nt. nº 57, e p. 372), dando por adquirido ser idêntico ao que insufla toda a categoria dos direitos, liberdades e garantias, frisa o critério de determinidade constitucional dos respectivos preceitos. Este autor ainda acrescenta que o conceito de "determinidade constitucional" dos direitos, liberdades e garantias, em contraste com a indeterminidade constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais, se expressa normativamente pela ideia de aplicabilidade directa: "Tais preceitos constituem, por isso, «direitos subjectivos constitucionais», ou seja, dimensões de autonomia subjectiva constitucionalmente definida, garantida e tutelada", acrescentado ainda que "Tais preceitos gozam, na terminologia significativa que adoptamos, de *determinidade constitucional de conteúdo*". Este autor (*Lei...*, p. 302 e ss.) separa ainda a questão da determinidade constitucional, representada pela aplicabilidade directa, da questão da exequibilidade de cada direito, colocada noutro patamar e que nunca pode pôr em causa essa primeira conclusão, numa relação próxima da conexão entre a norma preceptiva autoexequível e heteroexequível.

Rui Medeiros (*Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, p. 121) igualmente se socorre de critério semelhante, pensando especificamente no direito à indemnização civil, ao referir que esse direito "...tem o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo".

³⁷ João de Castro Mendes (*Direitos...*, pp. 103 e 104), realçando o facto de a categoria dos direitos, liberdades e garantias se descobrir por exclusão de partes, avança com o critério material da sua pertença ao ser humano enquanto tal, como pessoa, ou em "aspectos incindíveis da sua personalidade, ou pelo menos enquanto cidadão".

³⁸ Jorge Miranda oferece diversas formulações, todas elas coincidentes no essencial: "Cremos que estamos diante de um critério misto, na confluência de elementos subjectivos, elementos objec-

beral de direitos fundamentais³⁹; o critério da estrutura defensiva dos direitos fundamentais⁴⁰.

Ainda se tem avançado com *critérios mistos*, combinando diversas perspectivas possíveis, sendo de evidenciar estes dois mais relevantes: o que combina, por um lado, a natureza defensiva dos direitos e, por outro lado, a similitude com os direitos positivos que se incluem nos direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da CRP⁴¹; e o que integra, simultaneamente, as dimensões da aplicabilidade directa, da determinabilidade constitucional do conteúdo e da exequibilidade autónoma⁴².

tivos e elementos estruturais, explicável por razões históricas bem conhecidas e decorrente de certos postulados ou concepções filosófico-jurídicas de base” (*A Constituição de 1976 – formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 335 e 336).

Noutra ocasião, aponta para a revelação da “autonomia de pessoas e de grupos formados na sociedade civil frente ao Estado” (*Iniciativa económica*, in AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 75 e 76).

Especificando ainda noutro passo o seguinte (*Relatório...*, p. 501): “Os direitos, liberdades e garantias como direitos de *autonomia*, de manifestação, de individualização: revelam a *essência* da pessoa; têm por contrapartida uma posição de *respeito* pela esfera própria da pessoa pelo Estado e pelas demais entidades públicas (e, em certos casos, privadas); traduzem-se em *limitações* que o poder público se impõe e impõe a outros poderes. Os direitos sociais como direitos de *necessidade* e, ao mesmo tempo, de *comunicação*: têm que ver com as condições de *existência* da pessoa; têm por contrapartida a prestação de bens e serviços”.

Aparentemente no mesmo sentido se posiciona Jónatas Machado (*O regime concordatário entre a “libertas ecclesiae” e a liberdade religiosa*, Coimbra, 1993, p. 30), afirmando que se trata de um direito “...com uma forte componente negativa, de defesa do seu titular perante intromissões abusivas do Estado...”. Noutro trecho (*A liberdade religiosa numa comunidade inclusiva*, Coimbra, 1996, p. 199), mais peremptoriamente qualificando a liberdade religiosa como um direito que “...pretende, fundamentalmente, recortar em torno de indivíduos e de grupos um perímetro de liberdade de opção e actuação religiosa que o Estado não pode vulnerar. Dele procedem, a um tempo, *direitos subjectivos de defesa e normas definitórias de competências negativas estaduais*”.

³⁹ Cfr. Almeno de Sá, *A revisão do Código Civil e a Constituição*, in *Revista de Direito e Economia*, 1977, nº 3, p. 442.

⁴⁰ Cfr. José Manuel Sérvulo Correia, *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento administrativo*, in *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, nº 9 e nº 10, Janeiro-Junho de 1994, p. 157, concretizando-o a propósito do direito de audiência administrativa.

⁴¹ Cfr. J. J. Gomes canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, p. 125, e *Constituição...*, pp. 117 e 142. O elenco comum a todas estas posições abrange os seguintes tipos de direitos: o direito de acesso ao Direito e aos tribunais, o direito de resistência, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça, o direito à retribuição do trabalho, ao limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas, ao subsídio de desemprego, ao salário mínimo nacional, o direito de iniciativa privada, cooperativa e autogestionária, o direito de propriedade privada, o direito das mulheres à dispensa do trabalho para efeitos de parto, o direito ao ensino básico, o direito de indemnização e de reserva dos proprietários fundiários expropriados, o direito ao recenseamento eleitoral, o direito de apresentar candidaturas, os direitos de participação directa em órgãos do poder local, o direito de participar na administração da justiça, o direito de recurso contencioso e demais direitos perante a administração e os direitos dos funcionários públicos.

⁴² Cfr. J. J. Gomes canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 525 e ss., que acaba por resumir esse critério misto à respectiva função defensiva, advertindo ainda que essas características não inviabilizam a eventual natureza prestativa dos direitos (como é o caso de uma vertente do direito à vida), nem

1.3.3. POSIÇÃO ADOPTADA NA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO, LIBERDADE E GARANTIA E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

O nosso pensamento tende a considerar que os direitos, liberdades e garantias se definem em razão da *norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjectivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas*⁴³.

Inversamente, as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática, oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente às normas preceptivas.

Numa palavra: *o critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo-formal*, não parecendo que os outros critérios forneçam condições operativas para levar por diante a sua missão porque o regime construído para os direitos, liberdades e garantias assenta no pressuposto da respectiva eficácia imediata.

Daí que não pareça que esses outros critérios possam ser bem sucedidos na tarefa de destrinçar entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais:

- não pode ser o critério da determinabilidade ou determinação constitucional porque o texto da CRP nem sempre é coerente quanto ao grau de densidade conferido à positivação de direitos fundamentais, dele não fazendo depender o regime aplicável, podendo haver direitos determinados ao nível constitucional que sejam direitos sociais;

necessariamente implicam a respectiva justiciabilidade.

⁴³ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 437 e 438, *Objecção de consciência*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 186, e *A irretroactividade da norma fiscal na Constituição Portuguesa*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 387, Lisboa, Julho-Setembro de 1997, p. 84, tendo tido oportunidade, no primeiro daqueles escritos, de dizer o seguinte: “Da nossa parte, preferimos um critério de teor normativo, pelo qual a qualificação de um direito fundamental como análogo aos direitos, liberdades e garantias se faça através da espécie de norma que o positiva, a revestir sempre uma natureza preceptiva e nunca programática. É uma conclusão que parte da observação das normas que positivam os direitos fundamentais considerados pela CRP direitos, liberdades e garantias e da razão de ser da separação existente entre o regime específico destes e o regime específico dos direitos sociais”.

Para uma distinção entre normas preceptivas e normas programáticas, v. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976...*, pp. 135, 136, 346 e 347, e *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2003, pp. 270 e ss.; Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pp. 29 e 88 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 96 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pp. 166 e ss., pp. 293 e ss., pp. 313 e ss., pp. 317 e ss., e *Direito Constitucional*, pp. 183 e ss.; Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, I, Torino, 1987, pp. 104 e ss.; Roberto Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, pp. 179 e ss.; Raul Machado Horta, *Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*, in *O Direito*, ano 124º, I-II, Janeiro-Junho de 1992, pp. 89 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 50 e 51.

- *não pode ser o critério da natureza prestativa dos direitos* porque há direitos, liberdades e garantias que podem assumir uma feição positiva, exigindo a adopção positiva de certos comportamentos⁴⁴;
- *não pode ser o critério dos destinatários públicos dos direitos* porque inevitavelmente as exigências que nele se estabelecem integram a globalidade da Ordem Jurídica e não constituem uma “ilha” que isoladamente vincule apenas o poder público, embora se admita que o dever de cumprimento de um direito social mais fortemente impenda sobre o poder público do que sobre os restantes membros da comunidade política.

Esta é uma distinção que depois floresce em múltiplos efeitos de natureza prática, devendo realçar-se a importância de duas matérias mais delicadas na intervenção dos poderes infraconstitucionais, dentro do contexto geral dos regimes que são específicos de cada uma daquelas classes de direitos fundamentais⁴⁵: *a intervenção reguladora*; e *a intervenção restritiva*.

Em qualquer uma delas, *a força directiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam*.

Tanto a regulação quanto a restrição dos direitos, liberdades e garantias, comparativamente ao que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, se afiguram mais limitadas, quer ao nível material, quer ao nível organizatório:

Ao nível material, porquanto o carácter preceptivo das respectivas normas atributivas apenas consente uma muito limitada restrição, sendo de levar em consideração um dado conjunto de princípios que a regulam – os princípios da prospectividade, da abstracção, da generalidade, da protecção do conteúdo essencial e da autorização constitucional expressa e *ao nível organizatório*, dado que a intervenção deve ser feita sempre ao mais alto nível dos órgãos que dispõem do primado da competência legislativa, a partir de decisores de tipo parlamentar.

1.3.4. A CATEGORIZAÇÃO ESPECÍFICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS “ANÁLOGOS” COMO DIREITOS NÃO ENUMERADOS

As considerações acerca da exacta delimitação do conceito relevante de direitos, liberdades e garantias não se limitam à sua mera definição no quadro de *direitos fundamentais tipificados enumerados*.

⁴⁴ Como sucede com o direito à vida, que não é apenas o direito a não morrer, mas igualmente acolhe o direito a sobreviver e a salvar-se pela intervenção do Estado, ali através de um mínimo de subsistência (para, v. g., não morrer de fome), aqui através do mecanismo de protecção civil perante acidentes ou catástrofes.

⁴⁵ Sobre estas duas diferentes formas de legislativamente intervir nos direitos fundamentais, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º sup., Lisboa, 2001, pp. 450 e ss.

É que se impõe também a relação desses direitos – que o sistema português de direitos fundamentais abundantemente pratica – com os que estão para além dos que constam do título II da Parte I da CRP, podendo ser localizados noutros lugares do texto constitucional: os *direitos, liberdades e garantias típicos não enumerados ou, noutra terminologia, os direitos fundamentais análogos*.

A CRP estabelece a orientação geral de não serem só os direitos, liberdades e garantias assim considerados no título II da Parte I da CRP que beneficiam do respectivo regime específico: o mesmo também se aplica “...aos direitos fundamentais de natureza análoga”⁴⁶.

Significa isto que outros direitos fundamentais há – com esta “natureza análoga” – que gozam do regime específico aplicável aos direitos, liberdades e garantias⁴⁷.

O ponto é seleccionar os direitos que integram tal categoria constitucional⁴⁸. A dificuldade que se levanta tem que ver com o sentido dessa sua “natureza análoga”.

Novamente se podem fazer sentir divergências dogmáticas nos índices que servem para a sua identificação, a qual se pode discutir quer como “conceito unitário” a toda a categoria de direitos, liberdades e garantias – todos seriam análogos uns dos outros – quer como “conceito funcionalmente restrito” à aferição de

⁴⁶ Art. 17º, *in fine*, da CRP. Sobre os direitos fundamentais de “natureza análoga”, bem como o respectivo regime, no plano doutrinário, v. Jorge Miranda, *O quadro dos direitos políticos na Constituição*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 181, Art. 167º, alínea c), e 17º – *competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, pp. 392 e ss., *A Constituição de 1976...*, pp. 339 e ss., e *Manual...*, IV, pp. 149 e ss.; João Caupers, *Os direitos fundamentais...*, pp. 124 e ss., e *Os direitos dos trabalhadores em geral e direito de contratação colectiva em especial*, in AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986, p. 46; José Barros Moura, *A Constituição Portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE*, in AAVV, *Portugal – Sistema Político e Constitucional*, Lisboa, 1989, p. 822; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 124 e ss., e *Constituição...*, pp. 116 e 140 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 529 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Objecção de consciência...*, p. 185; José de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1993, pp. 105 e ss., e *Direito de autor e direitos fundamentais*, in AAVV, *Perspectivas Constitucionais*, II, Coimbra, 1997, pp. 190 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 197 e ss.

⁴⁷ Em termos jurisprudenciais, o Acórdão nº 373/91 do Tribunal Constitucional, de 17 de Outubro de 1991 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, XX, Lisboa, 1991, pp. 111 e ss.), defende a orientação de no regime dos direitos, liberdades e garantias se incluírem também normas sobre a produção legislativa, quanto ao seu núcleo essencial, numa posição de algum ecletismo: “Ora, entende o Tribunal que, de qualquer modo, cabem necessariamente na reserva da competência legislativa da Assembleia da República, por força das disposições combinadas dos artigos 17º e 168º, nº 1, alínea b), da CRP, as intervenções legislativas que contendam com o *núcleo essencial* dos «direitos análogos», por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias” (p. 121).

⁴⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 435, aí se distinguindo esses dois planos.

uma relação externa entre um grupo de direitos – os do título II da Parte I da CRP – e os restantes que se candidatassem, em razão da sua natureza, a uma extensão de regime, não possuindo esse critério uma similitude com o que unisse aqueles entre si.

A doutrina constitucional é dominada por uma *visão unitária do critério dessa analogia*, englobando, do mesmo passo, os direitos, liberdades e garantias enumerados e os direitos fundamentais análogos, através do critério que enuncia para os primeiros⁴⁹.

Da nossa parte, não se vê razão para construir um critério da analogia de feição autónoma, só para a relação entre os direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da CRP e os direitos fundamentais “análogos”: se esse diapasão não fosse o mesmo, sérias reservas se poriam a tal extensão de regime, que depende sempre, em última instância, da essência das categorias em presença⁵⁰.

O critério parece-nos ser, portanto, o que para nós também anima a distinção, mais geral, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, ou seja, o carácter preceptivo das normas que atribuem aqueles, por oposição ao carácter programático das normas que atribuem estes.

Os exemplos possíveis desses tipos de direitos fundamentais análogos são bastante numerosos, o que até certo ponto questiona a técnica do legislador constituinte, ainda que, por outra parte, comprove a importância da sua consagração constitucional.

No plano dos direitos análogos tipificados em preceitos constitucionais não pertencentes ao título II da Parte I da CRP, cumpre mencionar várias categorias de localização sistemática: no título I da Parte I da CRP, a respeito dos princípios

⁴⁹ Foi precisamente isso que frisámos noutra lugar (*Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991-III, p. 717), a propósito de certa categoria de direitos, liberdades e garantias, acenando – na aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias – para a sua localização no título II da Parte I ou na equiparação à natureza desses direitos.

Com a aparente excepção de J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, p. 530), na medida em que enuncia um duplo critério que é diverso daquele que propugna na identificação dos direitos, liberdades e garantias, devendo a analogia ser procurada do seguinte modo: por um lado, a cada uma das categorias de direitos, liberdades e garantias e não em relação ao respectivo conjunto; por outro lado, a cada uma das espécies sistematizadas na Constituição – direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação política e dos trabalhadores.

⁵⁰ A favor da dissociação entre os verdadeiros direitos, liberdades e garantias e os direitos fundamentais de natureza análoga, João de Castro Mendes (*Direitos...*, pp. 106 e 107), não considerando como direitos, liberdades e garantias, embora admitindo a extensão do regime, os direitos que não constem do título II da parte I da CRP.

Contra, utilizando indistintamente as expressões “direitos, liberdades e garantias análogos” ou os “direitos fundamentais análogos”, Jorge Miranda, *A Constituição de 1976...*, pp. 339 e 340, e *Manual...*, IV, pp. 149 e ss.

gerais: o direito de resistência e o direito de legítima defesa⁵¹, o direito de acesso ao Direito e à Justiça⁵² e o direito de queixa ao Provedor de Justiça⁵³; no título III da Parte I da CRP, sobre “Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais”: os direitos dos consumidores⁵⁴, o direito de iniciativa económica privada⁵⁵ e o direito de propriedade privada⁵⁶; na Parte II da CRP: o direito de participação dos trabalhadores na gestão das empresas do sector público⁵⁷ e o direito de resistência fiscal⁵⁸; na Parte III da CRP: os direitos dos administrados em geral⁵⁹ e o direito à objecção de consciência perante a defesa militar da Pátria⁶⁰.

1.4. O QUADRO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Expostas as principais coordenadas que singularizam o sistema constitucional português em matéria de direitos fundamentais, e não sendo possível efectuar o seu estudo na especialidade, cumpre ainda deles apresentar um quadro global, partindo da própria sistemática seguida pelo articulado constitucional.

Na sequência da *summa divisio* que referimos entre os direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, também o texto da CRP se louva nessa mesma distinção, transpondo-a para a sua organização interna.

Só que essa divisão não é por si só suficiente, sendo ainda necessário distribuir os direitos fundamentais em razão de outros critérios, como o do carácter enumerado ou não dos mesmos por referência ao lugar natural que ocupam na Parte I da CRP, mas que não vem a ser o lugar exclusivo, assim como a pertença directa ou remissiva dos direitos fundamentais no texto da Constituição Documental Portuguesa⁶¹.

⁵¹ Cfr. o art. 21º da CRP.

⁵² Cfr. o art. 20º da CRP.

⁵³ Cfr. o art. 23º da CRP.

⁵⁴ Cfr. o art. 60º da CRP.

⁵⁵ Cfr. o art. 61º, nº 1, da CRP.

⁵⁶ Cfr. o art. 62º da CRP.

⁵⁷ Cfr. o art. 89º da CRP.

⁵⁸ Cfr. o art. 103º, nº 3, da CRP.

⁵⁹ Cfr. o art. 268º da CRP.

⁶⁰ Cfr. o art. 276º da CRP.

⁶¹ Para uma minuciosa apresentação dos direitos fundamentais que são relevantes para a CRP, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 313 e ss.

1.4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS E ENUMERADOS DO TÍTULO II

Os direitos fundamentais típicos e enumerados incluídos no título II da Parte I da CRP são os mais numerosos e desdobram-se nos seguintes tipos: o direito à vida⁶²; o direito à integridade pessoal⁶³; o direito à identidade pessoal⁶⁴; o direito ao desenvolvimento da personalidade⁶⁵; o direito à capacidade civil⁶⁶; o direito à cidadania⁶⁷; o direito ao bom nome e reputação⁶⁸; o direito à imagem⁶⁹; o direito à palavra⁷⁰; o direito à reserva da vida privada e familiar⁷¹; o direito à liberdade e à segurança⁷²; a garantia da proibição da retroactividade da lei penal incriminadora⁷³; a garantia da proibição da retroactividade das penas criminais⁷⁴; a garantia da aplicação retroactiva das leis penais mais favoráveis⁷⁵; a garantia do *ne bis in idem*⁷⁶; o direito dos injustamente condenados à revisão de sentença e à indemnização pelos danos sofridos⁷⁷; a garantia da não perpetuidade ou indeterminabilidade temporal das penas e medidas de segurança⁷⁸; a garantia da não transmissibilidade das penas⁷⁹; a garantia da não perda de direitos civis, profissionais e políticos como consequência da aplicação de penas criminais⁸⁰; a garantia da providência do *habeas corpus*⁸¹; a garantia da presunção de inocência do arguido⁸²; o direito do arguido à escolha e assistência de defensor⁸³; a garantia da instrução a cargo de um juiz⁸⁴;

⁶² Cfr. o art. 24º da CRP.

⁶³ Cfr. o art. 25º da CRP.

⁶⁴ Cfr. o art. 26º, nº 1, 1ª parte, da CRP.

⁶⁵ Cfr. o art. 26º, nº 1, 2ª parte, da CRP.

⁶⁶ Cfr. o art. 26º, nº 1, 3ª parte, da CRP.

⁶⁷ Cfr. o art. 26º, nº 1, 4ª parte, da CRP.

⁶⁸ Cfr. o art. 26º, nº 1, 5ª parte, da CRP.

⁶⁹ Cfr. o art. 26º, nº 1, 6ª parte, da CRP.

⁷⁰ Cfr. o art. 26º, nº 1, 7ª parte, da CRP.

⁷¹ Cfr. o art. 26º, nº 1, 8ª parte, da CRP.

⁷² Cfr. o art. 27º, nº 1, da CRP.

⁷³ Cfr. o art. 29º, nº 1, da CRP.

⁷⁴ Cfr. o art. 29º, nº 3, da CRP.

⁷⁵ Cfr. o art. 29º, nº 4, da CRP.

⁷⁶ Cfr. o art. 29º, nº 5, da CRP.

⁷⁷ Cfr. o art. 29º, nº 6, da CRP.

⁷⁸ Cfr. o art. 30º, nº 1, da CRP.

⁷⁹ Cfr. o art. 30º, nº 3, da CRP.

⁸⁰ Cfr. o art. 30º, nº 4, da CRP.

⁸¹ Cfr. o art. 31º, nº 1, da CRP.

⁸² Cfr. o art. 32º, nº 2, da CRP.

⁸³ Cfr. o art. 32º, nº 3, da CRP.

⁸⁴ Cfr. o art. 32º, nº 4, da CRP.

a garantia da estrutura acusatória do processo criminal e da aplicação do princípio do contraditório⁸⁵; a garantia da nulidade das provas obtidas com violação de direitos fundamentais⁸⁶; a garantia do juiz legal⁸⁷; os direitos de audiência e de defesa nos processos de contra-ordenação⁸⁸; a garantia da proibição da expulsão de cidadãos portugueses do território nacional⁸⁹; a garantia da proibição de extradição por motivos políticos⁹⁰; a garantia da proibição de extradição por crimes a que corresponde pena capital⁹¹; a garantia de a extradição ser decidida por autoridade judicial⁹²; a garantia de a expulsão ser decidida por autoridade judicial para quem permaneça ou entre regularmente no território português⁹³; o direito de asilo⁹⁴; a garantia da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das telecomunicações⁹⁵; o direito ao controlo dos dados pessoais informatizados⁹⁶; a garantia da proibição de tratamento informatizado de dados pessoais⁹⁷; a garantia da proibição de atribuição de um número nacional único⁹⁸; o direito à constituição de família e ao casamento⁹⁹; a garantia da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos¹⁰⁰; o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos¹⁰¹; a liberdade de expressão¹⁰²; a liberdade de informação¹⁰³; a liberdade de imprensa¹⁰⁴; o direito de antena¹⁰⁵; o direito de resposta e réplica política¹⁰⁶; a liberdade de consciência e o direito à ob-

⁸⁵ Cfr. o art. 32º, nº 5, da CRP.

⁸⁶ Cfr. o art. 32º, nº 6, da CRP.

⁸⁷ Cfr. o art. 32º, nº 7, da CRP.

⁸⁸ Cfr. o art. 32º, nº 8, da CRP.

⁸⁹ Cfr. o art. 33º, nº 1, da CRP.

⁹⁰ Cfr. o art. 33º, nº 2, da CRP.

⁹¹ Cfr. o art. 33º, nº 3, da CRP.

⁹² Cfr. o art. 33º, nº 4, da CRP.

⁹³ Cfr. o art. 33º, nº 5, da CRP.

⁹⁴ Cfr. o art. 33º, nº 6, da CRP.

⁹⁵ Cfr. o art. 34º, nº 1, da CRP.

⁹⁶ Cfr. o art. 35º, nº 1, da CRP.

⁹⁷ Cfr. o art. 35º, nº 3, da CRP.

⁹⁸ Cfr. o art. 35º, nº 5, da CRP.

⁹⁹ Cfr. o art. 36º, nº 1, da CRP.

¹⁰⁰ Cfr. o art. 36º, nº 3, da CRP.

¹⁰¹ Cfr. o art. 36º, nº 5, da CRP.

¹⁰² Cfr. o art. 37º, nº 1, 1ª parte, da CRP.

¹⁰³ Cfr. o art. 37º, nº 1, 2ª parte, da CRP.

¹⁰⁴ Cfr. o art. 38º da CRP.

¹⁰⁵ Cfr. o art. 40º, nº 1, da CRP.

¹⁰⁶ Cfr. o art. 40º, nº 2, da CRP.

jeção de consciência¹⁰⁷; a liberdade de religião e de culto¹⁰⁸; a liberdade de criação cultural¹⁰⁹; a liberdade de aprender e ensinar¹¹⁰; a liberdade de deslocação¹¹¹; a liberdade de circulação¹¹²; a liberdade de reunião e de manifestação¹¹³; a liberdade de associação¹¹⁴; a liberdade profissional¹¹⁵; o direito de acesso à função pública¹¹⁶; o direito à participação na vida política¹¹⁷; o direito à informação sobre os assuntos da governação¹¹⁸; o direito de sufrágio¹¹⁹; o direito de acesso a cargos públicos¹²⁰; a liberdade de criação de associações e partidos políticos¹²¹; o direito de petição¹²²; o direito de acção popular¹²³; a garantia da segurança no emprego¹²⁴; o direito à criação de comissões de trabalhadores e os respectivos direitos¹²⁵; a liberdade sindical¹²⁶; os direitos das associações sindicais¹²⁷; o direito à greve¹²⁸; a garantia da proibição do *lock out*¹²⁹.

1.4.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS E ENUMERADOS DO TÍTULO III

Os direitos fundamentais típicos e enumerados inseridos no título III da Parte I da CRP não são tão numerosos e apresentam uma estrutura essencialmente

¹⁰⁷ Cfr. o art. 41º, n.ºs. 1 e 6, da CRP.

¹⁰⁸ Cfr. o art. 41º, n.ºs. 2 e ss., da CRP.

¹⁰⁹ Cfr. o art. 42º da CRP.

¹¹⁰ Cfr. o art. 43º da CRP.

¹¹¹ Cfr. o art. 44º, n.º 1, da CRP.

¹¹² Cfr. o art. 44º, n.º 2, da CRP.

¹¹³ Cfr. o art. 45º da CRP.

¹¹⁴ Cfr. o art. 46º da CRP.

¹¹⁵ Cfr. o art. 47º, n.º 1, da CRP.

¹¹⁶ Cfr. o art. 47º, n.º 2, da CRP.

¹¹⁷ Cfr. o art. 48º, n.º 1, da CRP.

¹¹⁸ Cfr. o art. 48º, n.º 2 da CRP.

¹¹⁹ Cfr. o art. 49º, n.º 1, da CRP.

¹²⁰ Cfr. o art. 50º, n.º 1, da CRP.

¹²¹ Cfr. o art. 51º, n.º 1, da CRP.

¹²² Cfr. o art. 52º, n.º 1, da CRP.

¹²³ Cfr. o art. 52º, n.º 3, da CRP.

¹²⁴ Cfr. o art. 53º da CRP.

¹²⁵ Cfr. o art. 54º da CRP.

¹²⁶ Cfr. o art. 55º da CRP.

¹²⁷ Cfr. o art. 56º da CRP.

¹²⁸ Cfr. o art. 57º, n.º 1, da CRP.

¹²⁹ Cfr. o art. 57º, n.º 4, da CRP.

programática, sendo de referir os seguintes tipos: - o direito ao trabalho¹³⁰; os direitos dos trabalhadores¹³¹; os direitos dos consumidores¹³²; o direito de iniciativa económica¹³³; o direito à constituição de cooperativas¹³⁴; o direito de autogestão¹³⁵; o direito de propriedade privada e à indemnização por requisição e expropriação por utilidade pública¹³⁶; o direito à segurança social¹³⁷; o direito à protecção da saúde¹³⁸; o direito à habitação¹³⁹; o direito ao ambiente¹⁴⁰; o direito à protecção familiar¹⁴¹; o direito à protecção na paternidade e maternidade¹⁴²; o direito à protecção na infância¹⁴³; o direito à protecção na juventude¹⁴⁴; o direito à protecção na deficiência¹⁴⁵; o direito à protecção na terceira idade¹⁴⁶; o direito à educação e à cultura¹⁴⁷; o direito ao ensino¹⁴⁸; o direito à participação democrática no ensino¹⁴⁹; o direito à fruição e criação cultural¹⁵⁰; o direito à cultura física e ao desporto¹⁵¹.

1.4.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS NÃO ENUMERADOS

Os direitos fundamentais típicos não enumerados são os tipos de direitos ainda assim positivados no texto constitucional documental, mas que por razões várias se localizam fora da arrumação sistemática dos títulos II e III da Parte I da CRP, seja

¹³⁰ Cfr. o art. 58º da CRP.

¹³¹ Cfr. o art. 59º da CRP.

¹³² Cfr. o art. 60º, nº 1, da CRP.

¹³³ Cfr. o art. 61º, nº 1, da CRP.

¹³⁴ Cfr. o art. 61º, nº 2, da CRP.

¹³⁵ Cfr. o art. 61º, nº 3, da CRP.

¹³⁶ Cfr. o art. 62º, nº 1, da CRP.

¹³⁷ Cfr. o art. 63º, nº 1, da CRP.

¹³⁸ Cfr. o art. 64º, nº 1, da CRP.

¹³⁹ Cfr. o art. 65º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁰ Cfr. o art. 66º, nº 1, da CRP.

¹⁴¹ Cfr. o art. 67º, nº 1, da CRP.

¹⁴² Cfr. o art. 68º, nº 1, da CRP.

¹⁴³ Cfr. o art. 69º da CRP.

¹⁴⁴ Cfr. o art. 70º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁵ Cfr. o art. 71º da CRP.

¹⁴⁶ Cfr. o art. 72º da CRP.

¹⁴⁷ Cfr. o art. 73º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁸ Cfr. o art. 74º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁹ Cfr. o art. 77º da CRP.

¹⁵⁰ Cfr. o art. 78º, nº 1, da CRP.

¹⁵¹ Cfr. o art. 79º, nº 1, da CRP.

à mesma nessa Parte III, como no seu título I¹⁵², seja noutras partes, em número e importância que não se pode desconsiderar: o direito à igualdade¹⁵³; o direito à tutela jurisdicional¹⁵⁴; o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário¹⁵⁵; o direito de resistência¹⁵⁶; o direito de queixa ao Provedor de Justiça¹⁵⁷; o direito à participação na gestão das unidades de produção do sector público¹⁵⁸; o direito dos trabalhadores rurais e dos agricultores de participar na definição da política agrícola¹⁵⁹; o direito de não pagar impostos inconstitucionais¹⁶⁰; a liberdade de propaganda eleitoral e de apresentação de candidaturas¹⁶¹; o direito de oposição democrática¹⁶²; o direito de participação na gestão da Administração Pública¹⁶³; o direito à informação administrativa¹⁶⁴; o direito de acesso aos arquivos administrativos¹⁶⁵; a garantia à impugnação de actos administrativos¹⁶⁶; o direito de acesso à justiça para tutela de direitos e interesses legalmente protegidos¹⁶⁷; os direitos de audiência e defesa em processo disciplinar¹⁶⁸; o direito de desobediência a ordens ou instruções que impliquem a prática de um crime¹⁶⁹; o direito à defesa da Pátria¹⁷⁰; o direito a não ser prejudicado por ter cumprido o serviço militar obrigatório¹⁷¹.

1.4.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXTRA-DOCUMENTAIS

Os direitos fundamentais extra-documentais, tipificados e remissivamente acolhidos pelo articulado constitucional a partir da Declaração Universal dos Di-

¹⁵² Apesar de se integrarem na parte dedicada aos direitos fundamentais, o seu título I, ao contrário dos títulos II e III, não se ocupa explicitamente da sua enumeração.

¹⁵³ Cfr. o art. 13º da CRP.

¹⁵⁴ Cfr. o art. 20º, nº 1, da CRP.

¹⁵⁵ Cfr. o art. 20º, nº 2, da CRP.

¹⁵⁶ Cfr. o art. 21º, da CRP.

¹⁵⁷ Cfr. o art. 23º, nº 1, da CRP.

¹⁵⁸ Cfr. o art. 89º da CRP.

¹⁵⁹ Cfr. o art. 98º da CRP.

¹⁶⁰ Cfr. o art. 103º, nº 3, da CRP.

¹⁶¹ Cfr. o art. 113º, nº 3, da CRP.

¹⁶² Cfr. o art. 114º, nº 2, da CRP.

¹⁶³ Cfr. o art. 267º, nº 1, da CRP.

¹⁶⁴ Cfr. o art. 268º, nº 1, da CRP.

¹⁶⁵ Cfr. o art. 268º, nº 2, da CRP.

¹⁶⁶ Cfr. o art. 268º, nº 4, da CRP.

¹⁶⁷ Cfr. o art. 268º, nº 5, da CRP.

¹⁶⁸ Cfr. o art. 269º, nº 3, da CRP.

¹⁶⁹ Cfr. o art. 271º, nº 3, da CRP.

¹⁷⁰ Cfr. o art. 276º, nº 1, da CRP.

¹⁷¹ Cfr. o art. 276º, nº 7, da CRP.

reitos do Homem, de 1948 (DUDH), são em pequeno número, mas devem salientar-se os seguintes, de acordo com os apertados termos que os tornam relevantes na Ordem Constitucional Portuguesa¹⁷²: o direito a um julgamento justo e público por um tribunal independente em qualquer processo não criminal¹⁷³; o direito de não ser privado arbitrariamente da sua nacionalidade¹⁷⁴; o direito de mudar de nacionalidade¹⁷⁵; o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade cooperativa e comunitária¹⁷⁶; a liberdade de pensamento¹⁷⁷; o direito de todas as pessoas, à excepção dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres¹⁷⁸; o direito a um nível suficiente de vida¹⁷⁹; - o direito a um julgamento justo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 – ASPETOS ADJETIVOS¹⁸⁰

A primeira dimensão do regime geral dos direitos fundamentais respeita às orientações existentes no tocante à respectiva *atribuição*, numa matéria extremamente relevante sob o ponto de vista das vantagens que estão inerentes ao desfrute dos direitos fundamentais¹⁸¹.

Os eixos de análise que estão em causa são dois, simbolizados por dois princípios constitucionais: o *princípio da universalidade* e o *princípio da igualdade*.

Contudo, o pressuposto fundamental da operacionalização destes dois princípios – que, em grande medida, são princípios gerais de Direito – radica na concomitante atribuição da personalidade jurídica, além da pertinente capacidade jurídica, uma vez que os direitos fundamentais comungam, de um modo geral, da lógica dos direitos subjectivos, aproveitando-se o lastro mais desenvolvido da Dogmática do Direito Civil.

¹⁷² Não se esqueça que a recepção apenas abrange, no tocante aos tipos de direitos fundamentais, os que venham completar ou integrar o elenco dos direitos documentais e não também os que já estejam consagrados, sobreposição que não faria sentido nos termos do preceito constitucional.

¹⁷³ Cfr. o art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).

¹⁷⁴ Cfr. o art. 15º, nº 2, 1ª parte, da DUDH.

¹⁷⁵ Cfr. o art. 15º, nº 2, *in fine*, da DUDH.

¹⁷⁶ Cfr. o art. 17º, nº 2, da DUDH.

¹⁷⁷ Cfr. o art. 18º, nº 1, da DUDH.

¹⁷⁸ Cfr. o art. 24º da DUDH.

¹⁷⁹ Cfr. o art. 25º da DUDH.

¹⁸⁰ Sobre toda esta matéria em geral, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1070 e ss.

¹⁸¹ Em matéria de titularidade de direitos fundamentais, v. Nuno e Sousa, *A liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, pp. 84 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, III/1, pp. 999 e ss.; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, pp. 97 e ss.; Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, pp. 32 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais à protecção...*, pp. 709 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 215 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 415 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 124 e ss.

A maioria dos casos não suscita, sob este ponto de vista, qualquer dificuldade, dado que a atribuição de direitos fundamentais – ou, noutra terminologia, a titularidade de direitos fundamentais – segue exactamente os termos por que o Direito Civil, que funciona como Direito Comum, concebe a atribuição dos direitos subjectivos privados¹⁸².

Mas pode haver casos de descolagem entre a concepção comum – decalcada do Direito Civil – e a concepção do Direito Constitucional que redesenha tais conceitos em função da sua específica realidade, na positivação de certos tipos de direitos fundamentais.

O resultado jamais pode ser, como por vezes se sugere no Direito Civil, o da atribuição de direitos sem sujeito, pois isso seria um absurdo lógico-jurídico: o que é preciso reconhecer é a autonomia do Direito Constitucional no recorte específico da atribuição subjectiva de direitos fundamentais, mesmo que isso implique a não coincidência com os correspondentes conceitos do Direito Civil.

Os exemplos são vários, nalgumas hipóteses tendo o Direito Comum necessidade de acompanhar o passo em frente dado pela positivação dos direitos fundamentais: foi esse o caso dos direitos fundamentais das comissões de trabalhadores, entidades até então desconhecidas do mundo do Direito do Trabalho, mas que, por força do seu reconhecimento constitucional, lograram alcançar também personalidade jurídica colectiva¹⁸³.

Em qualquer caso, quem comanda o Direito Civil é o Direito Constitucional e não o contrário, sendo justo falar, mais do que de autonomia, de supremacia deste em relação àquele: foi pena que, a este propósito, o Tribunal Constitucional, na questão da despenalização do aborto, não tivesse enveredado pelo reconhecimento de subjectividade fundamental ao feto e do embrião antes de o Direito Civil traçar o início da personalidade jurídica com o “nascimento completo e com vida”, o que é manifestamente tardio em vista da protecção da vida humana que, evidentemente, não começa nesse momento, mesmo na sua projecção social¹⁸⁴.

¹⁸² Quanto aos conceitos de pessoa, personalidade e capacidade jurídicas, adquirido comum do Direito, e não apenas do Direito Civil, v. v. José Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, 1958, pp. 31 e ss.; João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1978, pp. 79 e ss.; Carlos Alberto Da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1985, pp. 191 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Lisboa, 1997, pp. 116 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1999, pp. 31 e ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, t. I, 2.^a ed., Coimbra, 2000, pp. 201 e ss.; Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3.^a ed., São Paulo, 2000, pp. 135 e ss.; Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.^a ed., Lisboa, 2001, pp. 117 e ss.

¹⁸³ Cfr. o art. 54.^o da CRP.

¹⁸⁴ A respeito da questão da protecção jurídico-fundamental da vida humana antes do nascimento, enfrentando o problema da não atribuição formal de personalidade jurídica, de entre outros pro-

2.1. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

O *princípio da universalidade* está consagrado no primeiro preceito inserido na Parte I da CRP, dedicada aos direitos fundamentais, em que se diz o seguinte: “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”¹⁸⁵, depois se acrescentando que “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”¹⁸⁶.

O princípio da universalidade¹⁸⁷ igualmente acolhe outra perspectiva, qual seja a da titularidade dos direitos fundamentais por parte das pessoas considerando a categoria dos cidadãos, dos estrangeiros e dos apátridas, vigorando o princípio da equiparação, com desvios e contra-desvios¹⁸⁸.

A primeira faceta do princípio da universalidade diz respeito à questão de saber se as pessoas coletivas também são titulares de direitos fundamentais, podendo aqui subdistinguir-se entre pessoas coletivas públicas e privadas, e abrindo-se dentro de qualquer delas diversas classificações.

A orientação geral que se obtém é a de que as pessoas coletivas são titulares de direitos fundamentais, em nome deste princípio da universalidade, desde que os direitos fundamentais concretamente a analisar se harmonizem, na protecção concedida, ao sentido existencial da pessoa coletiva em causa, até podendo haver, no extremo, direitos fundamentais só para pessoas coletivas: a liberdade religiosa individual não se aplica numa sociedade comercial, mas a inviolabilidade do domicílio já pode ter razão de ser, em nome da protecção de segredos da atividade económica.

No tocante à distinção entre pessoas colectivas públicas e privadas, a lógica primária fundamental dos direitos fundamentais, a despeito de a formulação do princípio da universalidade não o dizer, não parece consentir que as pessoas coletivas públicas possam beneficiar de tais direitos: é que os direitos fundamentais, no Direito Constitucional, visam defender a liberdade e a autonomia da sociedade, não defender segmentos do poder contra outros segmentos de poder, ainda que pontualmente se possam admitir excepções.

blemas, v., por todos, Carlo Emilio Traverso, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano, 1977, pp. 15 e ss.

¹⁸⁵ Art. 12º, nº 1, da CRP.

¹⁸⁶ Art. 12º, nº 2, da CRP.

¹⁸⁷ Sobre o princípio da universalidade, pensando-se na abertura às pessoas colectivas, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais à protecção...*, pp. 709 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 219 e ss.

¹⁸⁸ Cfr. o art. 15º da CRP.

A outra faceta do princípio da universalidade diz respeito à titularidade de direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas que não sejam de cidadania portuguesa, residualmente interessando às pessoas colectivas estrangeiras¹⁸⁹.

A CRP adopta o *princípio da equiparação* segundo o qual os direitos fundamentais que se aplicam aos cidadãos portugueses beneficiam os cidadãos estrangeiros e os apátridas (que não têm cidadania alguma): “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”¹⁹⁰.

Simplemente, esta é uma orientação que comporta diversas limitações, as quais nem sequer se limitam aos direitos fundamentais, antes dizem respeito aos direitos subjectivos em geral.

A equiparação já não vigora, porém, não havendo qualquer extensão de direitos, no caso de “...direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”¹⁹¹.

Mas a equiparação volta a funcionar para um grupo restrito de cidadãos estrangeiros – os cidadãos dos Estados de língua portuguesa¹⁹² e com residência permanente em Portugal, desde que havendo reciprocidade – em todos aqueles direitos, com exclusão, contudo, do “...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”¹⁹³.

Há ainda equiparações específicas, com base na regra da reciprocidade, em matéria de capacidade eleitoral activa e passiva, tanto no âmbito das eleições autárquicas, para cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, como no âmbito da eleição do Parlamento Europeu, para os cidadãos dos Estados membros da União Europeia, ditos cidadãos europeus¹⁹⁴.

2.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está previsto no preceito seguinte, embora outros preceitos constitucionais dispersos apontem nesse mesmo sentido, estipulando-

¹⁸⁹ Cfr. Mário Torres, *O estatuto constitucional dos estrangeiros*, in *Scientia Iuridica*, n.º 290, Braga, 2001, pp. 7 e ss.

¹⁹⁰ Art. 15.º, n.º 1, da CRP.

¹⁹¹ Art. 15.º, n.º 2, da CRP.

¹⁹² Quanto ao estatuto dos cidadãos lusófonos, numa perspectiva dogmático-comparada, v. Wladimir Brito, *Cidadania transnacional ou nacionalidade lusófona?*, in *Direito e Cidadania*, ano VI, n.º 19, Janeiro a Abril de 2004, pp. 215 e ss.

¹⁹³ Art. 15.º, n.º 3, da CRP.

¹⁹⁴ Cfr. o art. 15.º, n.ºs. 4 e 5, da CRP.

se que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”¹⁹⁵, depois ainda se elencando critérios proibidos de discriminação.

O princípio da igualdade tem subjacente um juízo eminentemente comparatístico – o triângulo da igualdade – em que se colocam em confronto três realidades, os lados do triângulo: a providência que se pretende adoptar, genericamente o efeito jurídico a estipular; a situação que vai incorporar esse efeito jurídico; e a realidade que, não sendo atingida pela providência a decretar, é colocada em estrita comparação.

O princípio da igualdade desenvolve-se sob duas linhas fundamentais¹⁹⁶: *o tratamento igualizador*: tratar igualmente o que é materialmente igual, proibindo-se o tratamento discriminatório, positivo e negativo, que se funda em razões que não são objectivamente admissíveis; e *o tratamento diferenciador*: tratar diferentemente o que é materialmente desigual, o qual se justifica no facto de haver razões substanciais que o explique.

A listagem das razões que não podem justificar a discriminação negativa é meramente exemplificativa, podendo haver outras que não justifiquem tal tipo de tratamento, desde que não se afigurem materialmente justificadas sob a perspectiva do efeito jurídico que se pretende estabelecer.

O princípio da igualdade acolhe ainda outra perspectiva, que lhe foi acrescentada por força do princípio da socialidade, que é o princípio da igualdade social, o qual implica, em certos casos, a adopção de um tratamento diferenciador, positivamente discriminatório, em benefício de certos grupos ou situações.

2.3. O EXERCÍCIO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra dimensão do regime geral dos direitos fundamentais é a do seu *exercício*, com o que se desenha os termos por que as faculdades neles incluídas como direitos subjectivos, ou equivalentes, podem ser postas em acção, nomeadamente perguntando-se acerca da existência de limites às mesmas.

Eis um tema em que de novo o Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais vai beneficiar – e muito absorver – das concepções e dos regimes que o Direito Civil já estabeleceu há muito e que devem considerar-se aplicáveis.

Esquematizando os problemas que estão em presença da óptica da limitação do exercício dos direitos, importa referir dois aspectos: *a regulação do exercício*; e *os limites do exercício*.

¹⁹⁵ Art. 13º, nº 1, da CRP.

¹⁹⁶ Cfr. *supra* nº 151.

2.3.1. A REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS MODALIDADES E FUNÇÕES

No Direito Constitucional Português, a categoria dos direitos fundamentais, do ponto de vista da sua localização sistemática no Ordenamento Jurídico, em grande medida se esteia na respectiva consagração no texto constitucional, que representa assim a sua fonte primacial.

Como a Dogmática dos Direitos Fundamentais tem recentemente mostrado, não se apresenta muitas vezes suficiente uma única intervenção desse texto normativo na sua qualidade de fonte constitucional, que tem o desiderato tornar tais direitos plenamente operativos.

É que importa que o modo da consagração dos direitos fundamentais seja alvo de intervenção normativa posterior, dita de *regulação* dos mesmos, podendo assumir uma destas duas possíveis configurações¹⁹⁷: a *regulamentação de direitos fundamentais* – quando a intervenção normativa, sendo útil no esclarecimento da sua estrutura e na disciplina do respectivo exercício, não se assume necessária; a *concretização de direitos fundamentais* – quando a intervenção normativa, sendo já indispensável para dar exequibilidade aos direitos, permite o respectivo exercício, bem como a delimitação dos seus contornos, prevenindo um eventual conflito com outros direitos¹⁹⁸.

A *regulação* dos direitos fundamentais pode ser vista sob diversas perspectivas funcionais, que lhe dão assim um largo campo de utilidade prática¹⁹⁹: i. para esclarecer e aclarar o conteúdo e o objeto dos direitos fundamentais; ii. para acomodar o respectivo exercício, tornando-o efectivo ou mais fácil; iii. para prevenir situações de abuso de exercício, estabelecendo os seus limites internos; iv. para evitar situações de colisão com outros direitos contíguos, traçando, segundo o princípio da concordância prática, as fronteiras entre eles.

2.3.2. A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL E EXTRA-CONSTITUCIONAL

Em alguns, poucos, casos, a regulação dos direitos fundamentais fica a cargo

¹⁹⁷ Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 142 e 143; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 445 e 446, e *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º sup., Lisboa, 2001, pp. 451 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 1261 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 330; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 283 e ss.

¹⁹⁸ Mostrando a importância desta legislação, regulamentadora e limitadora dos direitos fundamentais, está o conjunto apreciável de legislação ordinária atinente aos direitos fundamentais. Cfr. um seu razoável elenco em Jorge Bacelar Gouveia, *Legislação de Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2004, pp. 11 e ss.

¹⁹⁹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, p. 451.

do próprio texto constitucional, que simultaneamente os positiva logo que se encarrega de estabelecer a respectiva regulação. Não é muito frequente, mas é uma possibilidade que, pontualmente, se encontra estabelecida²⁰⁰.

O caso mais paradigmático é o da liberdade de reunião: o texto constitucional, não se limitando a positivar o direito, vai mais além na consagração dos respectivos contornos – dizendo que a reunião se entende como sendo “pacífica e sem armas” – e também na explicitação de o respectivo exercício ser livre – não dependendo o mesmo de “autorização” das autoridades públicas²⁰¹.

Outros casos podemos também referir: no direito à integridade pessoal, na sua vertente física, a especificação de que o mesmo não admite certas práticas, como a “tortura, os tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”²⁰²; na liberdade religiosa, a especificação de que a mesma implica que “...Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa”²⁰³.

A intervenção normativo-constitucional nesta veste da regulação dos direitos fundamentais está longe, no entanto, de ser a regra, já que essa é a missão de que normalmente se desincumbe a lei infraconstitucional²⁰⁴.

Simplesmente, dado que o sistema de actos legislativos não é monista, cumpre diferenciar entre as intervenções legislativas que se operam no plano das (i) leis reforçadas e as intervenções normativas que se realizam no âmbito dos (ii) actos legislativos comuns, em qualquer destes não sendo ela directamente protagonizada pela própria CRP.

Porque o sistema português de actos legislativos é um sistema também parcialmente regionalizado, dada a existência de Regiões Autónomas dotadas de poder legislativo, pondera-se ainda a partilha por estas deste poder de intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais.

Para os direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias, a resposta parece evidente no sentido de só ser admissível a lei formal proveniente de órgãos nacionais.

O mesmo se deve concluir para os direitos económicos, sociais e culturais, porquanto esta matéria se deve implicitamente considerar como sendo uma

²⁰⁰ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 451 e 452.

²⁰¹ Art. 45º, nº 1, da CRP.

²⁰² Art. 25º, nº 2, da CRP.

²⁰³ Art. 41º, nº 2, da CRP.

²⁰⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 452 e ss.

matéria da República, assim excluída da órbita de acção do poder legislativo regional.

Dentro da constelação de actos legislativos, numa evidenciação que a revisão constitucional de 1997 veio acentuar, há alguns deles que, não deixando de se considerar hierarquicamente pertencentes à lei ordinária, assumem uma especial força subordinante de outros actos legislativos.

É aquilo a que a CRP chama “leis de valor reforçado”, cuja categoria abrangge, numa definição dogmáticamente discutível, três realidades distintas: as leis orgânicas, as leis aprovadas por dois terços e as leis cujo conteúdo se imponha a outras leis²⁰⁵.

A matéria da regulação dos direitos fundamentais sem qualquer dúvida que ocupa um lugar de relevo neste grupo de actos legislativos, em testemunho claro, aliás, da respectiva importância no contexto dos tipos de intervenção legislativa que se antolham possíveis.

Quanto às leis orgânicas, é de mencionar o facto de estas poderem respeitar aos direitos fundamentais se incidirem nas seguintes questões: o direito de sufrágio, as eleições e os referendos, o direito à cidadania portuguesa e a liberdade de associação e de partidos políticos.

Quanto às leis que carecem de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, sublinhe-se a atribuição do direito de sufrágio aos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro para a eleição do Presidente da República²⁰⁶.

Nos restantes casos, não abrangidos pelas específicas intervenções que constitucionalmente se prevêem na categoria de leis de valor reforçado, verifica-se a adopção de um esquema dualista quanto ao tipo de intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais, precisamente em razão da diferenciação entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais²⁰⁷.

Para os direitos, liberdades e garantias, estabelece-se uma genérica reserva relativa de competência legislativa em favor da Assembleia da República: tudo quanto diga respeito à legislação nesta matéria²⁰⁸, submete-se a este tipo de in-

²⁰⁵ Cfr. o art. 112º, nº 3, da CRP.

²⁰⁶ Cfr. o art. 121º, nº 2, da CRP.

²⁰⁷ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 444; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 376 e ss.

²⁰⁸ Por força da al. b) do nº 1 do art. 165º da CRP.

tervenção. Ela tem como característica a possibilidade de uma intervenção parlamentar, que pode, em todo o caso, ser delegável no Governo, mediante autorização legislativa.

Já quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, a regra é outra e consiste na partilha da intervenção legislativa entre a Assembleia da República e o Governo: tanto aquela, através de lei, como este, por intermédio de decreto-lei, podem legisferar para essa categoria de direitos fundamentais²⁰⁹.

Este é um esquema que funciona, como refere José Carlos Vieira de Andrade, em termos de cláusula de autorização geral para uma intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais²¹⁰.

No tocante a certos direitos fundamentais, porém, o texto constitucional, do mesmo passo que os positiva, refere particularmente essa tarefa como estando a cargo de legisladores específicos: a lei que deve estabelecer as “...garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade da pessoa humana, de informações relativas às pessoas e famílias”²¹¹; a lei que deve definir o “...conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização”²¹²; a lei que deve regular “a adopção”, bem como os termos da respectiva tramitação célere²¹³; a lei que deve garantir o “...direito de objecção de consciência”²¹⁴.

Todavia, é de equacionar regras só para alguns direitos fundamentais, que implicam da parte do texto constitucional um desvio relativamente àquelas duas traves-mestras da organização do poder legislativo na regulação dos direitos fundamentais, de acordo com o seguinte esquema, em que se podem incluir direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais:

- *casos de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República para direitos, liberdades e garantias*: é o que sucede com a liberdade de ensino (no que tenha de pertinente com as bases do sistema de ensino), com o direito à liberdade física (no que possa relacionar-se com o regime das forças de segurança) ou ainda com o estatuto dos cargos públicos (a liberdade de exercício de cargos públicos);

²⁰⁹ Não obstante esta divisão, é a própria CRP que entende reiterar a mesma consequência da reserva relativa de competência legislativa parlamentar para alguns direitos, liberdades e garantias: o estado e a capacidade das pessoas, a expropriação por utilidade pública e as garantias dos administrados.

²¹⁰ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 228, nt. nº 28.

²¹¹ Art. 26º, nº 2, da CRP.

²¹² Art. 35º, nº 2, da CRP, diploma que é a Lei nº 67/98.

²¹³ Cfr. o art. 36º, nº 7, da CRP.

²¹⁴ Art. 41º, nº 6, da CRP, que é depois densificado pela Lei da Objecção de Consciência.

- *casos de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República para direitos económicos, sociais e culturais*: bases do sistema da segurança social (no que concerne ao direito à segurança social), bases do serviço nacional de saúde (no que respeite ao direito à protecção da saúde), bases do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural (naquilo que seja pertinente ao direito ao ambiente e ao direito à cultura).

Não sendo a situação mais comum, a positivação constitucional da tipologia de direitos fundamentais é acompanhada, por vezes, da enunciação simultânea de limites de conteúdo e de objecto dos mesmos.

São situações em que o legislador constitucional, em vez de deferir essa tarefa à lei, prefere logo estabelecer tais limites, quer por razões de técnica normativa, quer por razões de ordem política²¹⁵.

Por não se tratar de uma situação habitual, não é possível deparar com numerosos exemplos dessa *limitação constitucional expressa* de direitos fundamentais.

Ainda assim, é viável apresentar dois casos mais flagrantes: a impossibilidade de a privação da cidadania e da capacidade civil, ambas reconhecidas através dos respectivos direitos fundamentais, se fundar em motivos políticos, podendo assim abranger outros motivos²¹⁶; a possibilidade da extradição de cidadãos portugueses, em princípio vedada, segundo condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, sempre que o Estado requisitante ofereça garantias de um processo justo e equitativo²¹⁷.

2.4. AS LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consagração dos direitos fundamentais na CRP, como tivemos ocasião de observar, não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe – e, para alguns, mesmo com valor hierárquico constitucional – outras possíveis fontes.

Um lugar à parte nessas fontes extra-constitucionais que se afiguram atinentes aos direitos fundamentais é indubitavelmente conferido à DUDH, aprovada por resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de Dezembro de 1948²¹⁸.

²¹⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 454 e ss.

²¹⁶ Cfr. o art. 26º, nº 4, da CRP.

²¹⁷ Cfr. o art. 33º, nº 3, da CRP.

²¹⁸ A respeito da relevância constitucional da DUDH em geral, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, p. 143, e *Constituição...*, pp. 138 e 139; Paulo Otero, *Declaração Universal dos Direi-*

Em matéria de *limitações implícitas aos direitos fundamentais*, é de equacionar a função que aquela relevante carta internacional de direitos do homem possa desempenhar no seio do sistema constitucional português de direitos fundamentais²¹⁹.

Eis uma questão que se tem posto à doutrina no preciso ponto de saber se essa DUDH pode ser invocada para se proceder, no plano interno, a uma limitação aos direitos fundamentais.

Vai exactamente nesse sentido um dos seus preceitos com uma cláusula geral do seguinte teor: “No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”²²⁰.

O modo por que esta questão tem sido posta permite enquadrar as posições expendidas em dois grupos, o dos que aceitam essa aplicação limitadora e o dos que a rejeitam:

- a) a primeira posição apresenta como argumento o facto de, na ausência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais inserta no texto da CRP, ser sempre possível, havendo uma lacuna de regulamentação e apelando-se à respectiva função integradora, que tal preenchimento se possa realizar segundo os termos da DUDH, neste particular com uma disposição aplicável²²¹;
- b) a outra posição não admite que a invocação da DUDH possa ser feita com um espírito limitador ou constringente do sistema de direitos fundamentais, unicamente se enquadrando a mesma função integradora num sentido mais favorável ao cidadão e contra o poder²²².

Do nosso ponto de vista, a resposta a dar a este problema jamais pode desenraizar-se dos termos por que a CRP realiza o chamamento da DUDH.

tos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?, in *O Direito*, nº 122, III-IV, Julho-Dezembro de 1990, pp. 603 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 145 e ss., e *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in AAVV, *75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra 1998, pp. 925 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 156 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 40 e ss.

²¹⁹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 455 e 456.

²²⁰ Art. 29º, nº 2, da DUDH. Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Legislação de Direito Constitucional*, Coimbra, 2005, p. 98.

²²¹ Com este ponto de vista, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 300; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 161.

²²² Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 139.

Compulsando a letra e o espírito do referido preceito, não parece que possa haver dúvidas, na vertente integrativa, de que tal cláusula deva ser acolhida: não tendo a esse respeito a CRP uma resposta, e a mesma sendo claramente dada na DUDH, é inteiramente legítimo que a ela se recorra para a integração dessa lacuna do catálogo constitucional de direitos fundamentais²²³.

2.5. OS LIMITES INTERNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os *limites internos* dos direitos fundamentais assumem razão de ser em nome do reconhecimento de que a formulação das respetivas faculdades não podem em abstrato legitimar o seu uso em qualquer circunstância ou preenchendo toda e qualquer finalidade.

O exercício dos direitos fundamentais, ainda que formalmente tais limites não tenham sido formulados, indexa-se à limitação que deriva do respeito por valores gerais do sistema constitucional, que circunstancialmente podem impedir certos exercícios dos direitos fundamentais, tal como no Direito Civil do mesmo modo se apresenta uma cláusula geral de exercício abusivo dos direitos fundamentais.

Se em teoria esta posição não pode ser criticável, pensando no sistema português de direitos fundamentais, ela pode ser difícil de implantar porquanto não existe qualquer cláusula semelhante à que vigora no Código Civil Português (CC), podendo o resultado ser o da inadmissibilidade de qualquer limitação geral ao exercício dos direitos.

Essa é uma conclusão, no entanto, que não podemos aceitar, sendo certo que o recurso à DUDH se afigura muito útil, aplicando um dos seus preceitos, que fornece indicações sobre a admissibilidade de alguns limites, insertos num texto insuspeito na protecção efetiva dos direitos do homem²²⁴.

Daí que possamos encontrar aqui um apoio seguro, por força da recepção da própria DUDH no Direito Constitucional Português, para aceitar a existência de uma cláusula geral de limitação ao exercício dos direitos fundamentais.

Obviamente que essa disposição, assim aplicável, não impede que outras cláusulas possam igualmente funcionar, mas já microscopicamente ao nível de direitos fundamentais em particular, não tanto numa escala macroscópica, que só aquela cláusula pode dar.

²²³ Assim, Paulo Otero, *Declaração Universal...*, pp. 610 e 611; Jorge Bacelar Gouveia, *A Declaração Universal...*, pp. 945 e ss., e *Regulação...*, pp. 455 e 456.

²²⁴ Art. 29º, nº 2, da DUDH.

2.6. OS LIMITES EXTERNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os *limites externos* dos direitos fundamentais já se relacionam com o problema da *colisão de direitos*²²⁵, dando-se o caso de, em simultâneo, dois ou mais direitos serem insusceptíveis de aplicação, total ou parcial, numa questão já extrínseca porque derivada do facto de haver a presença de dois ou mais direitos de titulares distintos.

Também aqui o CC dispõe de preceito que se destina a iluminar um caminho possível, fazendo uma distinção entre direitos da mesma espécie e direitos de gabarito distinto, propondo uma solução em razão de um critério de hierarquia valorativa.

Para a CRP, enfrentamos o problema idêntico de não ser possível encontrar disposição semelhante, sendo embora o problema mais fundo, pois que se duvida da solução que pudesse ser dada apenas por aquela cláusula geral.

Num certo sentido, a diferenciação hierárquico-formal com que parte o CC é inaplicável porque os direitos fundamentais são todos equivalentes, não havendo a heterogeneidade formal e material ali prevista, Direito Civil que, diversamente do Direito Constitucional, contém uma gama muito mais diversificada de direitos subjectivos.

Mas também não se pode cair no extremo oposto de pensar que os direitos fundamentais, apenas por o serem, se apresentam, todos, com a mesma dignidade de material num caso de colisão de direitos.

É por isso que a cláusula geral do CC pode ajudar a resolver o problema no Direito Constitucional, ainda que apenas esboce uma solução incompleta, que passa pelo seguinte esquema em caso de colisão de direitos fundamentais²²⁶: a aplica-

²²⁵ A respeito da delimitação das situações de colisão de direitos fundamentais, bem como dos diversos esquemas de resolução desses conflitos, incluindo a teoria da ponderação de bens e da concordância prática, v. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, pp. 199 e 200, *Direito Constitucional*, pp. 643 e ss., e *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 1269 e ss.; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 413 e ss.; Nuno e Sousa, *A liberdade...*, pp. 290 e ss.; José Lamego, «Sociedade aberta» e liberdade de consciência, Lisboa, 1985, pp. 75 e 76; Ricardo Gouveia Pinto, *A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, 1988, pp. 18 e ss.; José Manuel Cardoso da Costa, *A hierarquia...*, pp. 15 e ss.; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, pp. 391 e ss.; Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, pp. 80 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 135 e ss.; Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, I, Lisboa, 1992, pp. 210 e ss.; Agostinho Eiras, *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*, Coimbra, 1992, pp. 94 e ss.; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 87 e ss., e pp. 157 e ss.; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, San Miguel, 1997, pp. 86 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, III/2, pp. 603 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 320 e ss.

²²⁶ Relativamente ao enquadramento deste critério de valoração ética, J. Dias Marques, *Teoria Geral...*, I, pp. 298 e 299; Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil*

ção preferente do direito fundamental considerado valorativamente superior em relação a outro direito fundamental e a aplicação concordante dos direitos fundamentais considerados valorativamente equivalentes.

O critério valorativo só é aplicável no caso de ser possível, na colisão de direitos em causa, considerar um dos direitos valorativamente superior em relação a outros direitos na situação conflitual²²⁷.

O *critério da concordância* prática significa que, perante direitos fundamentais valorativamente equivalentes, devem todos eles ser limitados, cedendo todos por igual e impondo-se uma mesma bitola limitativa²²⁸.

Esta matéria da colisão de direitos fundamentais tem subjacente uma avaliação valorativa que só pode ser dada pela *ponderação de bens* que os direitos fundamentais são portadores, sem cuja chave a resposta tornar-se-á virtualmente impossível.

Pelo que é um esforço praticamente inútil se o caminho for o do formalismo das categorias constitucionais, como se este problema se pudesse resolver com base numa hierarquia abstracta de direitos fundamentais apenas feita com base na sua diversa localização no articulado constitucional.

Não: a apreciação deve ser tipológica, e não abstracta, e deve suscitar uma ponderação dos bens envolvidos nos direitos fundamentais, naturalmente a questão da localização sistemática podendo ser um dos elementos auxiliares, mas não certamente o único, nem certamente podendo sobrepor-se à consistência material do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental em questão²²⁹.

Como muito bem alerta José Carlos Vieira de Andrade, “Na metodologia para resolução de conflitos entre direitos, tem de atender-se fundamentalmente a três

anotado, I, Coimbra, 1967, pp. 217 e 218; João de Castro Mendes, *Teoria Geral...*, I, pp. 354 e 355; Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa, 1983, p. 76; Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, pp. 281 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral...*, I, pp. 272 e ss.

²²⁷ Exemplo: em caso de colisão entre a honra e a privacidade, este deve prevalecer contra o direito à informação.

²²⁸ Exemplo: em caso de colisão de direitos de manifestação por uma mesma via pública, deve qualquer deles ser decepado no que for suficiente para que todos se possam exercer.

²²⁹ Mas também pode suceder que não se faça uma conveniente apreciação dos bens em presença, numa tarefa de ponderação de bens que pode ser obscurecida por diversos preconceitos. Essa foi a tentativa levada a cabo pelo Tribunal Constitucional aquando da aprovação da primeira lei que despenalizou algumas das categorias de aborto, matéria que depois se recolocaria em 1998 aquando da realização de um referendo, que terminou com a vitória do não ao aborto livre. Quanto a esta discutível ponderação de bens que o Tribunal Constitucional levou a cabo, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Pela dignidade do ser humano não nascido*, in AAVV, *Vida e Direito – Reflexões sobre um referendo* (org. Jorge Bacelar Gouveia e Henrique Mota), Lisboa, 1998, pp. 73 e ss.

factores, ponderando, num juízo global, mas em função de cada um deles, todas as circunstâncias relevantes no caso concreto”, depois referindo o “...âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito (...), a natureza do caso (...) e a condição e o comportamento das pessoas envolvidas...”²³⁰.

2.7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS

É bastante frequente, no plano doutrinário, retirar a conclusão de que os *direitos fundamentais absolutos* – os que nem em estado de excepção podem ser tolhidos – se posicionam num estalão supremo da Ordem Jurídica e sendo, por conseguinte, logo prevalecentes sobre quaisquer outros direitos que com eles entrem em conflito.

Esta é também uma conclusão que muitas vezes é veiculada por concepções hierarquizantes dos direitos fundamentais, segundo as quais a superação das colisões entre os direitos fundamentais se efectua de acordo com uma tabela rígida²³¹.

No entanto, esta não é uma teoria inteiramente convincente, tendo-se assinalado – como é o caso, uma vez mais, de José Carlos Vieira de Andrade – a impossibilidade da fixação geral de um quadro hierarquizado e prévio de direitos

²³⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 327 e 328.

²³¹ Dessa concepção se faz eco, no Direito Constitucional Português, v. g., Jorge Miranda, que propõe que estes direitos ocupem uma posição cimeira, tanto do ponto de vista do regime dos direitos fundamentais como da respectiva conexão com a dignidade da pessoa humana, seguindo-se, depois, as outras possíveis categorias que contam com regras progressivamente menos protectoras:

a) de acordo com o primeiro critério, são de referir (i) os direitos fundamentais absolutos, (ii) os direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da CRP, (iii) os direitos fundamentais de natureza análoga dispersos noutras partes da CRP, (iv) os direitos constitucionais dos trabalhadores que não sejam direitos, liberdades e garantias, (v) outros direitos económicos, sociais e culturais constantes simultaneamente da CRP e da DUDH, (vi) os restantes direitos económicos, sociais e culturais consignados na CRP, (vii) os direitos fundamentais de natureza análoga constantes de lei e de regras internacionais e (viii) outros direitos fundamentais constantes de leis e de regras internacionais (cfr., com ligeiras diferenças, *A Constituição de 1976...*, pp. 357 e 358, e *Manual...*, IV, pp. 194 e 195);

b) relativamente ao outro critério, são de mencionar os direitos fundamentais absolutos, em primeiro lugar, seguidos pelas seguintes categorias – (i) os direitos, liberdades e garantias pessoais comuns, (ii) os direitos económicos, sociais e culturais comuns, (iii) os direitos, liberdades e garantias de participação política, (iv) os direitos, liberdades e garantias pessoais particulares e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, (v) os direitos, liberdades e garantias dispersos no texto constitucional, (vi) os direitos económicos, sociais e culturais particulares, (vii) os direitos, liberdades e garantias constantes de leis e regras internacionais e (viii) os outros direitos fundamentais constantes de leis e regras internacionais (cfr. *Manual...*, IV, pp. 176 e 289).

Na mesma esteira hierarquizante se situando Miguel Faria (*Direitos fundamentais e direitos do homem*, I, Lisboa, 1992, pp. 95 e 96), propugnando cinco categorias de direitos fundamentais, progressivamente menos relevantes: 1) os direitos não susceptíveis de suspensão; 2) demais direitos, liberdades e garantias com regime próprio; 3) os direitos fundamentais de natureza análoga; 4) demais direitos abrangidos pelos limites materiais à revisão constitucional; 5) os direitos económicos, sociais e culturais.

fundamentais para fazer face a situações de colisão, pois que a “...solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com recurso à ideia de uma ordem hierarquizada dos valores constitucionais”²³².

Tal é também a opinião de J. J. Gomes Canotilho, para quem não é possível, *in abstractu*, o estabelecimento de uma hierarquização, sendo antes necessário proceder a uma apreciação concreta, segundo a teoria da ponderação dos bens²³³. Feita essa análise, estaria então o intérprete habilitado a decidir, importando primeiro efectuar uma harmonização e só depois aplicar uma orientação de prevalência²³⁴.

Nós igualmente perfilhamos a opinião de que, em matéria de colisão de direitos fundamentais, não seria admissível uma solução de tipo rígido, desde logo porque essa hierarquização acabaria por ser pouco praticável, não resolvendo todos os conflitos existentes, a começar pelos que se verificam entre os direitos de uma mesma categoria hierarquizada.

É assim irrealista pensar que se podem resolver os problemas de colisão de direitos com base numa simples tábua fixa de direitos, formulada abstracta e antecipadamente, porque não apenas descolada da realidade como nem sequer pertinente para os eventuais conflitos que derivassem da colisão entre as categorias dos direitos mencionados. Os esquemas lógico-subsuntivos não permitem a busca de uma solução constitucionalmente adequada.

O certo é que também a solução da concordância prática não permite resolver todos os problemas. Se é verdade que muitos conflitos se solucionam diminuindo, no plano concreto, igualmente o alcance dos direitos conflituantes, não é menos verdade que, noutras situações, tal tarefa não é possível e a concordância prática tem de ser complementada ou substituída por uma ideia de prevalência, tal a gravidade da colisão na lesão dos direitos em questão.

É neste cruzamento metodológico que os direitos fundamentais absolutos se podem constituir como um auxiliar importante na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, enquanto exprimam um critério geral de ordem ética, como é, no caso, o da dignidade da pessoa humana²³⁵, que se conxiona directamente com a tipificação daqueles direitos fundamentais absolutos.

²³² José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 321, acrescentando que “A ordem constitucional dos direitos fundamentais é, desde logo, uma *ordem pluralista e aberta* e, por isso, não-hierárquica”.

²³³ Cfr. também Jörg Paul Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, 1983, pp. 168 e ss.

²³⁴ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 646 e 647, e *Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra, 1995, pp. 90 e 91.

²³⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 397.

Através da ponderação concreta de bens, os direitos fundamentais absolutos erigem-se a pauta autónoma nessa análise, determinando a sua prevalência comparativamente a outros bens ou direitos que com eles conflituem²³⁶.

2.8. A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um último aspecto do regime geral dos direitos fundamentais mostra-se concernente aos mecanismos que são constitucionalmente concebidos para os defender contra as violações de que sejam alvo.

A posição jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, bem como a tipificação e a abertura da respectiva positivação, são elementos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais.

Simplesmente, sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos.

É por isso que a protecção dos direitos fundamentais jamais se pode bastar com a sua mera existência, por mais numeroso e rico que seja o seu elenco constitucional²³⁷.

Contudo, tornou-se indispensável contar, no plano do Direito Constitucional, com o contributo de duas instâncias do poder público que podem, neste âmbito, desempenhar um papel indiscutível, numa dicotomia entre duas espécies de *tutela dos direitos fundamentais: a tutela não contenciosa; e a tutela contenciosa*.

2.8.1 A TUTELA NÃO CONTENCIOSA E O PAPEL DO PROVIDOR DE JUSTIÇA

A *tutela não contenciosa* abrange os mecanismos que determinam a possibilidade de defender os direitos fundamentais sem ser necessário recorrer aos tribunais.

²³⁶ E por isso não podemos ir tão longe quanto José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais...*, p. 323), quando duvida mesmo da aplicabilidade de um critério valorativo de prevalência no tocante aos direitos fundamentais absolutos, dizendo que “Os próprios bens da vida e integridade pessoal, que o n.º 4 do art. 19.º parece positivamente considerar como bens supremos da comunidade, podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas situações: basta lembrar, em geral, para além do estado de guerra, os casos de rapto em que os Governos se recusam a negociar com os terroristas e proibem até as famílias de satisfazerem os pedidos de resgate...”.

²³⁷ Sobre a tutela dos direitos fundamentais em geral, v. José Manuel Cardoso da Costa, *A tutela constitucional dos direitos fundamentais*, Lisboa, 1980; Jorge Bacelar Gouveia, *O regime profissional do pessoal paramédico constante do Decreto-Lei n.º 320/99 e a Constituição Portuguesa*, in *O Direito*, ano 132.º (2000), III-IV, pp. 524 e ss., e *A afirmação dos direitos fundamentais...*, pp. 69 e 70; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 254 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 491 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 337 e ss.

A sua defesa muitas vezes passa pela consciencialização do poder público para o respectivo cumprimento, com a activação de instrumentos que interferem junto dos próprios titulares do poder que ofende esses direitos.

Está em causa, em primeiro lugar, a própria Administração Pública, cabendo-lhe boa parte da responsabilidade nas violações que são cometidas. Ora, há meios destinados a fazer ver à actuação administrativa a necessidade de rever os actos praticados, com isso se restabelecendo a juridicidade no que respeita aos órgãos administrativos.

É igualmente de referir órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem da mesma forma exercer uma actividade de controlo quanto ao respeito da defesa dos direitos fundamentais, a partir de uma actuação independente – é o caso do Provedor de Justiça, com uma larguíssima tradição na Europa do Norte.

O Provedor de Justiça desenvolve uma protecção informal dos direitos fundamentais na medida em que lhe incumbe “...a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”²³⁸.

O seu âmbito de actuação é amplo no espaço dos diversos poderes públicos, com exclusão dos casos em que já esteja a intervir a função judicial, podendo ainda incidir nas “...relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias”²³⁹.

O acesso à actuação do Provedor de Justiça realiza-se pelo direito de queixa, constitucionalmente consagrado, podendo aquele órgão, se assim entender, dirigir “...aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças”²⁴⁰, embora também disponha de poderes instrumentais, de natureza obrigatória, em ordem à prossecução da actividade que lhe está definida, como visitas de inspecção, investigações e inquéritos que se justifiquem²⁴¹.

O procedimento de queixa ao Provedor de Justiça tem diversas fases, que assim se organizam: *a iniciativa*: do cidadão queixoso, individual ou colectivamente considerado, ou do próprio Provedor de Justiça; *a apreciação liminar*: que traduz a avaliação sobre as queixas que devem prosseguir ou as que devem ser logo indeferidas, “...no caso de serem manifestamente apresentadas de má fé ou desprovidas de fundamento”²⁴²; *a instrução*: momento em que os serviços do Prove-

²³⁸ Art. 1.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça (EPJ).

²³⁹ Art. 2.º, n.º 2, *in fine*, do EPJ.

²⁴⁰ Art. 3.º, *in fine*, do EPJ.

²⁴¹ Cfr. o art. 21.º, n.º 1, als. a) e b), do EPJ.

²⁴² Art. 27.º, n.º 2, *in fine*, do EPJ.

dor de Justiça pedem os elementos que considerem necessários para a decisão, além de outros procedimentos, como visitas, inspecções ou inquirições, havendo sempre o dever de cooperação por parte de todas as entidades públicas, civis e militares²⁴³; *a decisão*: se houver motivo, o Provedor de Justiça formula uma recomendação no sentido de ser evitada ou reparada a injustiça, mas o procedimento de queixa pode igualmente terminar pelo arquivamento, pelo encaminhamento para outro mecanismo de tutela mais apropriado²⁴⁴ ou, nos casos de pouca gravidade, por uma simples “...chamada de atenção ao órgão ou serviço competente ou dar por encerrado o assunto com as explicações fornecidas”²⁴⁵.

A formulação de recomendações, dentro de uma lógica meramente consultiva, ainda assim tem efeitos obrigatórios no plano procedimental, pois que não só o “...órgão destinatário da recomendação deve, no prazo de 60 dias a contar da sua recepção, comunicar ao Provedor de Justiça a posição que quanto a ela assume”²⁴⁶ como o “...não acatamento da recomendação tem sempre de ser fundamentado”²⁴⁷.

2.8.2. A TUTELA CONTENCIOSA

A *tutela contenciosa* implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo pelos órgãos de natureza jurisdicional, com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros da decisão²⁴⁸.

²⁴³ Cfr. os arts. 28º e 29º do EPJ.

²⁴⁴ Cfr. os arts. 31º, 32º e 33º do EPJ.

²⁴⁵ Art. 33º do EPJ.

²⁴⁶ Art. 38º, nº 2, da CRP.

²⁴⁷ Art. 38º, nº 3, da CRP.

²⁴⁸ Sobre o direito de acesso à justiça, da perspectiva mais ampla da protecção jurisdicional dos direitos fundamentais em geral, consagrado no art. 20º, nº 1, da CRP, com múltiplas implicações noutras disposições constitucionais, *maxime* o art. 202º da CRP, nele se reconhecendo uma dimensão *material* (a intervenção através de órgãos de cariz jurisdicional), uma dimensão *subjectiva* (o acesso de todos, na base da legitimidade, à actividade jurisdicional) e uma dimensão *temporal* (a emissão célere de uma decisão), v. João de Castro Mendes, *Art. 206º - função jurisdicional*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 312; Maria da Assunção Andrade Esteves, *A constitucionalização do direito de resistência*, Lisboa, 1989, pp. 161 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976*, in *Democracia e Liberdade*, nº 13-2, Janeiro de 1980, pp. 14 e ss., e *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992, pp. 7 e ss.; Carlos Lopes do Rego, *Acesso ao Direito e aos tribunais*, in AAVV, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 45 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pp. 161 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 651 e ss.; Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao processo civil*, Lisboa, 1993, pp. 11, e *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., Lisboa, 1997, pp. 33 e ss.; Mário de Brito, *Acesso ao direito e aos tribunais*, in *O Direito*, ano 127º, III-IV, Julho-Dezembro de 1995, pp. 351 e ss.; Maria Fernanda dos Santos Maçãs, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, 1996, pp. 272 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 256 e ss.

O efeito prático dessa protecção desemboca depois na (i) desvalorização dos actos jurídico-públicos que violem os direitos fundamentais ou na (ii) imposição de deveres de indemnização de acordo com os mecanismos da responsabilidade civil, ou mesmo pondo-se a hipótese de responsabilidade penal.

REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993.
- Almeno de Sá. *A revisão do Código Civil e a Constituição*, in *Revista de Direito e Economia*, 1977, nº 3.
- Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra, 2004.
- Antunes, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra, 1998.
- Ascensão, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa, 1968.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005.
- Ascensão, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. I. Lisboa, 1993.
- Beduschi, Carlo. *Tipicità e Diritto – contributo allo studio delle razionalità giuridica*. Padova, 1992.
- Bin, Roberto. *Atti normativi e norme programmatiche*. Milano, 1988.
- Bleckmann, Albert. *Staatsrecht II – Dir Grundrechte*, 3ª ed.. Köln, 1989.
- Braga, António de Oliveira. *Os direitos do homem e a Constituição*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 37, Maio-Agosto de 1977.
- Brito, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra, 1990.
- Brito, WLADIMIR. *Cidadania transnacional ou nacionalidade lusófona?*, in *Direito e Cidadania*, ano VI, nº 19, Janeiro a Abril de 2004.
- Canas, Vitalino. *Relação jurídico-pública*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII. Lisboa. 1996.
- Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed.. Coimbra, 2003.
- Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra, 1993.
- Canotilho, J. J. Joaquim Gomes. *A teoria constitucional dos direitos fundamentais*, in *Frenteira*, ano II, nº 5, Janeiro-Março de 1979.
- Capelo de Sousa, Rabindranath. *Constituição e os direitos de personalidade*, in *AAVV, Estudos sobre a Constituição*, II. Lisboa, 1978.
- Caupers, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra, 1985.

Correia, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento administrativo*, in *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, nº 9 e nº 10, Janeiro-Junho de 1994.

Costa, José Manuel Cardoso da. *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais*. Lisboa, 1990.

Costa, José Manuel Cardoso da. *A tutela constitucional dos direitos fundamentais*. Lisboa, 1980.

EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra, 1992.

Engisch, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg, 1953.

Esteves, Maria da Assunção Andrade. *A constitucionalização do direito de resistência*. Lisboa, 1989.

García, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid, 1984.

Gouveia, Jorge Bacelar. *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in AAVV, *Direitos Humanos* (coord. de Paulo Ferreira da Cunha). Coimbra, 2003.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*, II. Coimbra, 2005.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa, 1995.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Pela dignidade do ser humano não nascido*, in AAVV, *Vida e Direito – Reflexões sobre um referendo* (org. Jorge Bacelar Gouveia e Henrique Mota). Lisboa, 1998.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º sup. Lisboa, 2001.

Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel, 1997.

Horta, Raul Machado. *Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*, in *O Direito*, ano 124º, I-II, Janeiro-Junho de 1992.

Jorge Bacelar Gouveia, *O regime profissional do pessoal paramédico constante do Decreto-Lei nº 320/99 e a Constituição Portuguesa*, in *O Direito*, ano 132º (2000), III-IV.

Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, 1999.

Maçãs, Maria Fernanda dos Santos. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*. Coimbra: 1996.

Machado, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, 1983.

Marques, José Dias. *Teoria Geral do Direito Civil*, I. Coimbra, 1958.

Medeiros, Rui. *O Estado de Direitos Fundamentais Portugêses: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II, 2002.

Mendes, João de Castro. *Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I. Lisboa, 1977.

Mendes, João de Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*, I. Lisboa, 1978.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Comentada*, I. Coimbra, 2005.

Miranda, Jorge. *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de direitos fundamentais*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXVI, 1985.

Müller, Jorg Paul. *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne, 1983.

Nabais, José Casalta. *Os direitos na Constituição Portuguesa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 400, Novembro de 1990.

Niño, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*. Barcelona, 1989.

Nuno e Sousa. *A liberdade de imprensa*. Coimbra, 1984.

Otero, Paulo. *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in *AAVV, 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra, 1998.

Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*, 6ª ed. Heidelberg, 1990.

Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1985.

Pinto, Ricardo Gouveia. *A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa, 1988.

REGO, Carlos Lopes do. *Acesso ao Direito e aos tribunais*, in *AAVV, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.

Sanchis, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, 1990.

Soares, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra, 1969.

Sousa, Marcelo Rebelo de. *O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976*, in *Democracia e Liberdade*, nº 13-2, Janeiro de 1980.

Sousa, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*. Braga, 1979.

Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1. München, 1988.

Tobeñas, Jose Castan. *Los derechos del hombre*, 4ª ed. Madrid, 1992.

Vaz, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei – a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. Porto, 1992.

Zagrebelsky, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*, I. Torino, 1987.

Zippelius, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed. Lisboa, 1997.

