

O ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PORTUGUÊS: ALCANCE, LIMITES E DESAFIOS

RUI MEDEIROS (*)

Palavras introdutórias

O tema que escolhi para a minha comunicação neste Colóquio ⁽¹⁾ pretende, num momento em que se festejam os 25 anos da Constituição, fazer uma retrospectiva geral da leitura dos direitos fundamentais levada a cabo pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas desde a entrada em vigor da Constituição de 1976 e, simultaneamente, olhando para o futuro, sublinhar alguns dos desafios que o Estado de Direitos Fundamentais, que paulatinamente se tem vindo a afirmar entre nós, terá de enfrentar no futuro.

O mote da minha intervenção arranca de uma verificação evidente: em Portugal, no plano normativo, assistiu-se, nos 25 primeiros anos de vigência da Constituição de 1976, a um verdadeiro *fascínio pelos direitos fundamentais* ⁽²⁾. Um tal fascínio é, em larga medida, justificado, uma vez que a Constituição de 1976 introduziu, neste domínio, uma profunda ruptura com a experiência autoritária do constitucionalismo do Estado Novo. É preciso, porém, ter consciência dos limites e dos desafios que se colocam em face da “actual *moda* dum discurso superlativo dos direitos fundamentais, que percorre parte significativa da dou-

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

⁽¹⁾ O artigo que agora se publica corresponde no essencial — tanto na forma, como na extensão — ao texto que, sem as respectivas notas bibliográficas, foi elaborado para efeitos da intervenção do Autor no Colóquio sobre os 25 Anos da Constituição organizado pelo Tribunal Constitucional e que teve lugar no dia 27 de Novembro de 2001.

⁽²⁾ V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001, pág. 151.

trina e dogmática constitucionais, ancorada visivelmente numa lógica do *mais* (mais direitos, mais gerações de direitos, mais direitos definitivos, mais mecanismos organizacionais, procedimentais e processuais de realização e garantia dos direitos, etc.)” (3).

Por isso, na primeira parte da minha exposição, procurarei enunciar alguns aspectos que evidenciam a caracterização do Estado Português como um Estado de Direitos Fundamentais e que levam inclusivamente certos autores a afirmar que o sistema de direitos fundamentais consagrado na Constituição Portuguesa “aparece (...) como um dos mais aperfeiçoados do Globo” (4), apontando simultaneamente algumas das perplexidades que a tendência para o alargamento desmesurado dos direitos fundamentais suscita (5) e alguns dos limites que se impõem neste domínio. Posteriormente, na segunda parte da minha exposição, mais sintética, enumerarei diversos desafios que o Estado de Direitos Fundamentais coloca hoje à doutrina e à jurisprudência.

I. O Estado de Direitos Fundamentais português e os seus limites

§ 1.º Um catálogo em expansão

1.1. O alargamento do catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional

É bem sabido que, em Portugal, num movimento de panjusfundamentalização, “o universo dos direitos fundamentais se tem alargado e complexizado de tal modo que parece rumar mesmo ao infinito” (6). Logo no texto inicial da Constituição, o legislador constituinte consagrou um conjunto muito vasto e heterogéneo de direitos fundamentais, que

(3) V. JOSÉ CASALTA NABAIS, «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais», in *AB VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora*, págs. 965 e 966.

(4) V. JORGE BACELAR GOUVEIA, «A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa», in *AB VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora*, pág. 958.

(5) V. PAULO OTERO, *A democracia totalitária*, Cascais, Principia, 2000, págs. 153 e segs.

(6) V. JOSÉ CASALTA NABAIS, «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais...», cit., pág. 980.

abrangia, não só os clássicos direitos de liberdade e de participação política, mas também numerosos direitos sociais e, inclusivamente, direitos de uma nova geração (como o direito ao ambiente). As sucessivas revisões, por seu turno, alargaram, intensiva e extensivamente, o catálogo dos direitos fundamentais.

Esta evolução — suficientemente descrita em diversas obras — merece em geral ser aplaudida. Não há um *fin da história* em matéria de direitos fundamentais. Pelo contrário, a dignidade da pessoa humana, concreta, situada na história, postula a adaptação do catálogo constitucional aos novos tipos de perigo para a dignidade humana ⁽⁷⁾.

É possível, ainda assim, que o legislador constitucional português padeça, por vezes, de um jusfundamentalismo *excessivo*. Não está, na verdade, excluído que alguns dos novos direitos que o legislador vai autonomizando não sejam afinal mais do que uma manifestação daquilo a que CASALTA NABAIS chama de “fenómenos de panconstitucionalização e de novorriquismo constitucional” ⁽⁸⁾.

Ora, neste domínio, o legislador constitucional deve ser cauteloso. Doutra forma, corre-se o risco de um divórcio entre o catálogo constitucional dos direitos fundamentais e a consciência constitucional do povo expressa, de algum modo, no consenso constitucional de sobreposição. Infelizmente, por vezes, a Constituição parece conter, não já um programa constitucional, mas sim um programa de Governo ⁽⁹⁾, e, nessa medida, um programa que dificilmente se integra no contrato social constitucional.

Além disso, o alargamento desmesurado do catálogo constitucional dos direitos fundamentais — à maneira da Constituição brasileira de 1988 — coloca um dilema extremamente complexo: ou se tomam os direitos fundamentais a sério e, conseqüentemente, na lógica de uma

⁽⁷⁾ V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 66.

⁽⁸⁾ V., a propósito da constitucionalização em 1997, com carácter rígido, do princípio da não retroactividade da lei fiscal no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição, e o conseqüente afastamento da jurisprudência acolhida, por exemplo, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 11/83, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Coimbra, 2000, pág. 151, em nota.

⁽⁹⁾ V. BERNARDO LOBO XAVIER, «A matriz constitucional do Direito do Trabalho», in *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 103.

Constituição autoritariamente dirigente ⁽¹⁰⁾, se põe em causa a função que a Constituição, nas sociedades abertas, pluralistas e fraccionadas, como a portuguesa, é chamada a desempenhar; ou, pelo contrário, para evitar uma tão nefasta consequência, se recupera, ao menos para os direitos fundamentais das novas gerações, a visão clássica — ainda viva na época de Weimar — do conteúdo meramente proclamatório dos preceitos constitucionais consagradores de novos direitos fundamentais. Uma solução de equilíbrio não é fácil de obter.

1.2. A cláusula aberta e os direitos constitucionais implícitos

A enorme expansão dos direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa deve-se, por outro lado, à consagração da cláusula aberta. Não é preciso lembrar aqui que o n.º 1 do artigo 16.º da Constituição optou — na esteira do estabelecido no IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos EUA e das Constituições portuguesas de 1911 e de 1933 — pela consagração da cláusula aberta dos direitos fundamentais. O que importa agora referir é que a importância da cláusula aberta tem sido muito glorificada pela doutrina portuguesa, havendo inclusivamente alguns autores que advogam uma aplicação generosa desta figura ⁽¹¹⁾.

Não cabe, naturalmente, no âmbito desta intervenção analisar as inúmeras questões hermenêuticas suscitadas pela cláusula aberta. Mas, no âmbito de uma exposição centrada no Estado de Direitos Fundamentais Português, merece ser realçado que a cláusula aberta não constitui a

⁽¹⁰⁾ V. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 2001, 2.ª ed., pág. XXII.

⁽¹¹⁾ PAULO OTERO, «Direitos históricos e não tipicidade pretéria dos direitos fundamentais», in *AB VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora*, para além de apresentar uma lista da bibliografia portuguesa sobre o tema (págs. 1061-1062, em nota), vai inclusivamente ao ponto de admitir a abertura da cláusula aberta, não só a direitos fundamentais de natureza regulamentar (págs. 1075-1077) ou consuetudinária (págs. 1074-1075 e 1077-1080), mas também a direitos fundamentais de matriz histórica ou direitos históricos inconstitucionais em face da Constituição de 1976 (v. g. privilégios e imunidades pessoais de jurisdição de agentes diplomáticos e seus familiares; privilégios da Igreja Católica; direito de reserva de propriedade a favor dos farmacêuticos) (passim), concluindo que “a Constituição pretende albergar e garantir todo um património cultural comum de direitos fundamentais passados, presentes e futuros” (pág. 1088).

única via para alargar o âmbito material dos direitos fundamentais em Portugal. A jurisprudência tem seguido, com frequência, um outro caminho, optando por lançar mão da teoria dos direitos fundamentais implícitos. Pense-se, por exemplo, antes da revisão de 1997, na afirmação do direito a uma decisão da causa num prazo razoável (em vez da invocação do artigo 6.º da CEDH) ou, se se quiser, na autonomização do direito ao sigilo bancário através da afirmação de que “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada condensado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, surgindo o *segredo bancário* como um instrumento de garantia deste direito”. E, depois da quarta revisão constitucional, não se pode também ignorar, ainda à margem da cláusula aberta, a enorme força expansiva do direito ao desenvolvimento da personalidade.

Esta opção jurisprudencial — a mais das vezes esquecida ou negligenciada pela doutrina — merece forte aplauso:

- desde logo, a teoria dos direitos fundamentais implícitos — que não pode, em qualquer caso, deixar de ser perspectivada no quadro de uma Constituição aberta — encontra apoios firmes nos postulados gerais da interpretação — quer no quadro da estrita interpretação, quer no contexto da integração de lacunas constitucionais em matéria de direitos fundamentais;
- além disso, a opção jurisprudencial é coerente com a complexidade estrutural dos direitos fundamentais ⁽¹²⁾, já que, no feixe de faculdades que integram o direito fundamental, pode haver, ao lado dos poderes expressamente previstos, faculdades implícitas determináveis no plano hermenêutico.

O caminho trilhado pela jurisprudência apresenta, por outro lado, vantagens inegáveis:

- por um lado, a via dos direitos fundamentais implícitos dispensa a dilucidação das angústias problemáticas em torno do critério de fundamentalidade subjacente à cláusula aberta;

(12) V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., págs. 168 e segs.

- em segundo lugar, é indiferente para este efeito a existência ou não de lei ou de norma de Direito Internacional concretizadora;
- enfim, os direitos fundamentais implícitos fazem indiscutivelmente parte do chamado bloco de constitucionalidade, pelo que não se coloca aqui a difícil e complexa questão do regime aplicável aos direitos fundamentais a que se refere a cláusula aberta.

Aparentemente, lendo a doutrina dominante e a jurisprudência, dir-se-ia existirem duas vias possíveis e *alternativas* para alargar o catálogo dos direitos fundamentais.

Todavia, em rigor, este parcial divórcio entre a via doutrinal prevalecte, que acentua a cláusula aberta, e o caminho jurisprudencial, dos direitos fundamentais implícitos, não pode ser mantido. É preciso, por outras palavras, ter consciência dos limites que a teoria dos direitos fundamentais implícitos impõe ao recurso à cláusula aberta. Não se esqueça, com efeito, que, se os direitos constitucionais implícitos resultam *vinculativamente* da interpretação e da integração constitucionais, o aparente concurso de pretensões jusfundamentais — pretensões fundadas, de um lado, na cláusula aberta e, do outro, na teoria dos direitos fundamentais implícitos — deve ser resolvido pela afirmação da *subsidiariedade* da cláusula aberta, já que o sentido do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição dificilmente pode deixar de ser o de que *os direitos fundamentais consagrados* — ainda que implicitamente — *na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis...*

Aliás, bem vistas as coisas, cumpre não esquecer o espaço limitado em que pode operar autonomamente a cláusula aberta. Na realidade, o critério da *analogia material* — muitas vezes invocado no processo de delimitação dos direitos abrangidos pela cláusula aberta — cruza-se facilmente com o critério que está subjacente à teoria dos direitos constitucionais implícitos, sobretudo quando se admite a existência de lacunas no âmbito da Constituição formal. E, nessa medida, forçoso é reconhecer que, no mínimo, o critério da analogia material com os direitos fundamentais consagrados na Constituição formal restringe o espaço em que pode operar autonomamente a cláusula aberta. Por outro lado, não se pode ignorar que, para a aplicação do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição, é preciso ainda que se verifique uma *analogia procedimental* (isto é, na formulação por exemplo do Acórdão do Tribunal Constitucional

n.º 150/85, é necessário que o direito infraconstitucional esteja tão radicado na consciência jurídica colectiva, como elemento *fundamental* do ordenamento, que dele se possa dizer que verdadeiramente passou a integrar o *bloco de constitucionalidade*).

1.3. A proibição do retrocesso social

Também a autónoma afirmação da chamada proibição do retrocesso social — afirmação dominante na doutrina e já acolhida, ao menos implicitamente, pelo Tribunal Constitucional português — tem contribuído para este movimento de crescente expansão do catálogo português dos direitos fundamentais.

É possível, no entanto, que haja também neste domínio uma excessiva atracção pelos direitos fundamentais. Não é este, naturalmente, o momento indicado para desenvolver o tema, que, aliás, não só tem importantes analogias com outras questões, bem conhecidas noutros países⁽¹³⁾, como também acaba de ser analisado entre nós com profundidade numa recentíssima dissertação de mestrado da autoria de JORGE PEREIRA DA SILVA. Em qualquer caso, e tomando unicamente como objecto de análise a proibição de retrocesso social tal como tem sido construída no Direito Português ou, se se quiser, o *subprincípio* da proibição de retrocesso social⁽¹⁴⁾, não é possível compreender a dimensão do Estado de Direitos Fundamentais português sem equacionar o problema dos fundamentos e limites desta proibição de *reformatio in pejus*.

À primeira vista, o fundamento da proibição do retrocesso social reside “nos deveres de actuação a que o legislador está constitucional-

(13) V., por exemplo, em relação ao Direito alemão, sublinhando que lesões e restrições relevantes de posições jurídico-procedimentais ou jurídico-organizacionais constituídas através do Direito ordinário são há muito consideradas como potencialmente relevantes na perspectiva dos direitos fundamentais e analisando a questão de saber em que medida posições jurídicas constituídas por via legal, uma vez constituídas, podem ser abrangidas pelo âmbito de protecção dos direitos fundamentais, GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, 1988, págs. 75 e segs. e 125 e segs.

(14) V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Contributo para um teoria da inconstitucionalidade por omissão — dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2001 (polic.), págs. 205 e segs.

mente vinculado ou, se se preferir, a proibição de recriar uma inconstitucionalidade por omissão é um corolário do reconhecimento de deveres constitucionais de actuação legislativa” (15).

Uma tal construção cria, porém, um fosso radical entre a chamada proibição de retrocesso social e a cláusula aberta. Ora, surgindo a proibição do retrocesso social associada à concretização de normas constitucionais que consagram direitos sociais e, nessa medida, apresentando-se como instrumental à tutela desses direitos e, assim, com uma inequívoca dimensão subjectiva, não se vislumbra por que motivo se recusa a aplicação do n.º 1 do artigo 16.º da Constituição aos direitos derivados a prestações. Pelo contrário, a sujeição ao crivo da cláusula aberta constitui, porventura, a solução que o texto constitucional fornece para limitar o processo de *osmose* Constituição-lei e preservar, em larga medida, a liberdade de conformação de que o legislador, legitimado democraticamente, deve dispor, numa ordem constitucional como a nossa, em matéria de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas.

É certo que, por esta via, não há, aparentemente, diferença substancial entre os direitos sociais legais que concretizam as normas constitucionais e os demais direitos sociais criados por lei. Mas esta conclusão nada tem de anómalo. Pelo contrário, atendendo à ampla liberdade de conformação de que o legislador dispõe mesmo quando concretiza um direito social, nenhum fundamento material bastante justifica uma separação radical entre as duas categorias de direitos. Além disso, no que toca à aplicação do critério da analogia *material*, subsistem diferenças não despreciables, uma vez que, ao contrário do que sucede com os demais direitos legais, se pode presumir à partida a fundamentalidade do direito legal derivado da concretização de uma norma constitucional.

A fundamentação específica da proibição do retrocesso social na cláusula aberta constitui provavelmente a única forma de resolver de forma coerente as diversas questões que se colocam em sede de aplicação da referida proibição. Por um lado, a invocação da cláusula aberta impede o alargamento desmesurado do âmbito de aplicação da proibi-

(15) V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Contributo para um teoria da inconstitucionalidade por omissão...*, cit., pág. 222.

ção do retrocesso social, impondo que os direitos legais apresentem uma analogia procedimental com os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Por outro lado, sendo os direitos legais derivados abrangidos pela cláusula aberta e, nessa medida, elevados a direitos fundamentais, eles ficam necessariamente, em maior ou menor medida, sujeitos ao regime dos direitos previstos na Constituição. Por isso, ainda que a equiparação de regimes seja quase total, sempre se terá de reconhecer que, à semelhança do que sucede com os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, os direitos derivados podem ser inclusivamente objecto de restrições (pense-se, por exemplo, no retrocesso na protecção do direito à habitação para reforço do direito de propriedade).

§ 2.º Um catálogo de conteúdo enriquecido

O catálogo português de direitos fundamentais não só está em expansão, ainda que com os limites assinalados, como também se apresenta com um conteúdo geralmente enriquecido por via jurisprudencial e doutrinária. O enriquecimento do conteúdo do catálogo manifesta-se em inúmeros aspectos. Não é, naturalmente, possível, nesta intervenção, referi-los a todos (*v. g.* duplo carácter dos direitos fundamentais; dimensão procedimental dos direitos fundamentais). Mas sempre se dirá que o enriquecimento que assim se opera não pode conduzir ao desvirtuamento do sistema de direitos fundamentais consagrado constitucionalmente.

Isto mesmo pode ser ilustrado com o chamado dever de protecção dos direitos fundamentais. Sem dúvida que uma das evoluções mais significativas da dogmática dos direitos fundamentais e, mais concretamente, dos direitos, liberdades e garantias tem consistido na verificação de que estes direitos “não se resumem a direitos de defesa que impõem proibições” ⁽¹⁶⁾. É preciso, porém, ter consciência de que o dever de protecção dos direitos fundamentais não deve ser absolutizado. Primeiro, porque, num Estado democrático, o Legislador deve ter uma ampla

⁽¹⁶⁾ V. PAULO MOTA PINTO, «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», in *Portugal-Brasil Ano 2000*, págs. 187 e 189 e segs.

liberdade de conformação na definição das medidas adequadas a assegurar uma protecção eficaz dos direitos fundamentais, estando ainda o dever de protecção estadual dependente de uma reserva do possível. Por outro lado, não é aceitável que, numa ordem constitucional assente nos valores da liberdade e da responsabilidade individuais, se transforme o Estado numa espécie de garante geral dos direitos das vítimas perante quaisquer factos de terceiros que lesem os seus direitos fundamentais. Daí que, não sendo o Estado que perturba os direitos fundamentais, mas outro particular, o dever de protecção não possa substituir a vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais ⁽¹⁷⁾.

O mesmo se diga em relação às propostas doutrinárias que arrancam de uma clara absolutização dos direitos fundamentais no plano hermenêutico.

Como lembra MENEZES CORDEIRO, “o fascínio dos textos constitucionais, compreensível pelos abusos cometidos na primeira metade do século e pela perfeição conseguida nos articulados das constituições mais desenvolvidas, tem levado a neo-positivismo que, pretendendo aproveitar, ao máximo, as potencialidades das leis fundamentais, (...) ameaça o renascer de discursos centrais, com progressões dedutivísticas” ⁽¹⁸⁾. É o que acontece, por exemplo, quando se pretende extrair da consagração do direito à vida diversos *corolários*, incluindo, por exemplo, a inconstitucionalidade da legislação de 1983 que despenalizou parcialmente o aborto ⁽¹⁹⁾. Todavia, e embora seja igualmente inaceitável

⁽¹⁷⁾ V. DIOGO FREITAS DO AMARAL/RUI MEDEIROS, «Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas — o caso Aquaparque», in *RDES*, ano XLI, n.ºs 3 e 4, Agosto-Dezembro 2000, pág. 358 (bem como autores e obras aí citados).

⁽¹⁸⁾ V. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, pág. 1275.

⁽¹⁹⁾ Assim, por exemplo, para PAULO OTERO (*Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano — um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 43 e segs.), da tutela constitucional da vida e da dignidade humana extraem-se diversos *corolários*, quer enquanto *critério* de resolução de quaisquer conflitos entre valores ou princípios jurídicos (v. g. proibição da interrupção voluntária da gravidez ou da criação de embriões excedentários), quer como *fonte* de imposições de intervenção legislativa (incluindo ainda a proibição de qualquer retrocesso no grau de garantia que as normas constitucionais em causa já alcançaram — v. g. descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, quer a proposta no referendo, quer a realizada na década de oitenta).

um estrito legalismo orientado para as disposições legais ⁽²⁰⁾, a absolutização do texto constitucional a que se procede, por essa via, é incompatível com a visão de uma Constituição aberta ao mundo e aos sinais dos tempos. Com efeito, neste *entendimento dinâmico da Constituição como projecto inacabado* ⁽²¹⁾, os direitos fundamentais não podem ser lidos como axiomas a partir dos quais se constrói dedutivamente toda a ordem jurídica.

Por outro lado, a absolutização do texto constitucional no plano hermenêutico traduz-se, frequentemente, numa absolutização dos direitos fundamentais, tomados *de per si*. A Constituição é então vista como uma espécie de mina ou tesouro de direitos ⁽²²⁾! A leitura unilateral e absolutizadora de certos direitos fundamentais surge, muitas vezes, sob a capa do *princípio da interpretação mais generosa à extensão das normas sobre direitos fundamentais*. Com o princípio *in dubio pro libertate* pretende-se, justamente, sublinhar que, em caso de dúvida, se deve optar pela “interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾. Só que também aqui se suscitam muitas dúvidas. Por um lado, a maior ou menor protecção só vale, naturalmente, na perspectiva da relação Estado-cidadão. Ora, independentemente da questão da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais, as relações jurídicas em matéria de direitos fundamentais não são necessariamente bilaterais e verticais, podendo ser poligonais. Além disso, e sobretudo, a afirmação de um princípio hermenêutico *in dubio pro libertate* pressupõe uma autonomização, já não meramente relativa, mas absoluta dos direitos fundamentais. Porém, e a menos que se admita uma

⁽²⁰⁾ V. ROBERT ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, 1995, págs. 213 e segs. (em especial, pág. 231).

⁽²¹⁾ V. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, pág. 464.

⁽²²⁾ V. BERNARDO LOBO XAVIER, «A matriz constitucional...», cit., págs. 102 e 103.

⁽²³⁾ V., por exemplo, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, pág. 1149.

⁽²⁴⁾ A sua concretização levada a cabo por PAULO OTERO (*Personalidade...*, cit., págs. 40 e 41) a propósito do direito à vida intra-uterina é significativa: “se existissem dúvidas sobre o alcance da inviolabilidade da vida humana, toda e qualquer dúvida deveria ser resolvida no sentido de conferir a maior e mais reforçada tutela garantística a essa mesma vida”.

mais que duvidosa prevalência hierárquica dos direitos fundamentais sobre as demais normas constitucionais, forçoso é reconhecer que os direitos fundamentais se devem conjugar, não apenas com outros direitos fundamentais, mas também com quaisquer outros interesses constitucionalmente protegidos ⁽²⁵⁾, pelo que, da mesma forma que é duvidoso que a relação entre a liberdade e as limitações da liberdade possa ser configurada como uma relação de regra-excepção ⁽²⁶⁾, não é aceitável que as ponderações se façam “numa única direcção” ⁽²⁷⁾.

§ 3.º Um catálogo com novos destinatários

Os elementos até aqui referidos confirmam, não apenas a importância dos direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa, mas também o enorme *fascínio* que eles provocam na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Mas revelam também que a actual *atracção pelos direitos fundamentais* não deve fazer esquecer a necessidade de procurar soluções de equilíbrio próprias das visões de conjunto.

Todavia, antes de dar por terminada a primeira parte desta minha intervenção, e de passar portanto à indicação de alguns dos desafios que o Estado português de direitos fundamentais nos coloca hoje, gostaria ainda de assinalar, embora telegraficamente, que a importância crescente dos direitos fundamentais em Portugal é também reforçada pela tendência para o alargamento dos destinatários do respectivo catálogo. E isto, sublinhe-se, tanto do lado activo, como do lado passivo da relação jusfundamental.

É sabido que as pessoas singulares não são hoje os únicos titulares dos direitos fundamentais. O n.º 2 do artigo 12.º da Constituição estabelece, pelo contrário, que também “as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Todavia, como bem assinala VIEIRA DE ANDRADE, importa não esquecer

⁽²⁵⁾ V. RUI MEDEIROS, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português», in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001, págs. 275 e segs.

⁽²⁶⁾ V. PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, págs. 44 e segs.

⁽²⁷⁾ V. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pág. 1209.

que o citado preceito constitucional não legitima uma leitura que esqueça a diferença abissal “entre o carácter *final* da personalidade jurídica do homem e o carácter *instrumental* da personalidade jurídica colectiva” (28).

Por outro lado, ainda na perspectiva do alargamento dos titulares de direitos fundamentais, multiplicam-se hoje as concepções que admitem, em algumas situações, a titularidade de direitos fundamentais pelas próprias pessoas colectivas públicas. Não foi esse, é certo, o entendimento adoptado pelo nosso Tribunal Constitucional no caso da abolição das portagens da auto-estrada do Oeste e da consequente afectação dos direitos patrimoniais da Brisa (Acórdão n.º 24/98). Mas, em bom rigor, as coisas não são tão simples. Com efeito, perante a heterogeneidade das chamadas entidades públicas e a diluição da fronteira entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas, assiste-se actualmente à tendência para admitir, em certas situações, a titularidade de direitos fundamentais por entidades públicas. É o que sucede, por exemplo, no âmbito dos direitos fundamentais processuais ou no que toca aos direitos de certas entidades públicas, sejam elas universidades ou meios de comunicação social públicos (29). É preciso, ainda assim, não perder de vista que um tal alargamento deve ser cauteloso, pois pode conduzir a uma modificação substancial do sentido dos direitos fundamentais, deixando estes de ser vistos apenas na perspectiva da relação entre o particular e o poder público e passando antes a relevar no interior da própria Administração.

O alargamento dos destinatários do catálogo dos direitos fundamentais não se esgota, no entanto, no lado activo da relação jusfundamental. A afirmação da vinculação das próprias entidades privadas aos direitos fundamentais insere-se, justamente, neste contexto. É visível, contudo, que, ao menos neste domínio, a própria doutrina dominante está bem consciente dos limites de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O alargamento dos sujeitos passivos dos direitos fundamentais manifesta-se de forma também clara na adstrição do legislador de revisão aos

(28) V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 122.

(29) V., por todos, KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III-1, München, 1988, págs. 1149 e segs.

direitos fundamentais. É sabido, com efeito, que a Constituição eleva a limite material de revisão constitucional os direitos, liberdades e garantias e os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais. E, como se isso não bastasse, não está liminarmente excluído que, em virtude da aplicação do artigo 17.º, o mesmo limite se possa ainda aplicar aos direitos fundamentais infraconstitucionais abrangidos pela cláusula aberta. Decisivo, por isso, para perceber o alcance do Estado de Direitos Fundamentais português é o significado que se atribua a este limite material de revisão constitucional. Naturalmente, numa lógica de absolutização dos direitos fundamentais, as leis de revisão teriam de respeitar o conteúdo essencial dos diferentes direitos fundamentais protegidos⁽³⁰⁾. No entanto, deixando de lado as hipóteses de violação dos limites do próprio poder constituinte originário, a cristalização do catálogo dos direitos fundamentais num certo momento da história — e a conseqüente exacerbação de uma *visão estritamente liberal* dos direitos fundamentais — dificilmente se mostra compatível, *maxime* numa ordem constitucional como a portuguesa, com o princípio da soberania popular e com os postulados de uma constituição deliberativa. Por isso, nesta perspectiva, é provavelmente suficiente, para efeitos do artigo 288.º, que o conteúdo essencial do sistema global de direitos, liberdades e garantias ou dos direitos dos trabalhadores consagrado constitucionalmente não seja postergado.

II. Os grandes desafios do Estado de Direitos Fundamentais Português

Concluída esta sucinta — e incompleta (v. g. a omissão de qualquer referência à internacionalização dos direitos fundamentais ou à desvalorização dos deveres fundamentais) — retrospectiva crítica do sistema português de direitos fundamentais paulatinamente afirmado ao longo dos 25 anos de vigência da Constituição de 1976, impõe-se olhar para o futuro e referir, ainda que de forma muito sintética, alguns dos princi-

⁽³⁰⁾ V. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1998, págs. 174 e segs.

pais desafios que o Estado de Direitos Fundamentais coloca hoje à doutrina e à jurisprudência.

§ 1.º A dificuldade dogmática de uma construção unitária

O alargamento do catálogo coloca, desde logo, o desafio de uma construção unitária do sistema de direitos fundamentais. Com efeito, a extensão e a profunda heterogeneidade dos preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais não podem deixar de interpelar o intérprete sobre a questão de saber se é ainda possível descortinar uma unidade de sentido nos direitos fundamentais. É sabido que a dignidade da pessoa humana constitui a premissa cultural antropológica do Estado Constitucional ⁽³¹⁾. Mas é também claro que, mesmo no próprio catálogo constitucional dos direitos fundamentais, se encontram enunciados direitos cuja conexão com a dignidade humana, ainda que perspectivada nos seus últimos pormenores, é muitíssimo remota. O desafio que se coloca é, pois, o de saber até onde pode ir a doutrina e a jurisprudência, no quadro de respeito pelo princípio da unidade da Constituição, na reconstrução do sistema.

A diversidade estrutural entre os direitos fundamentais, fruto da confluência no mesmo sistema de direitos provenientes das diversas gerações de direitos fundamentais, dificulta as soluções unitárias em muitos outros domínios. Pense-se, por exemplo, no significado actual, num contexto portanto de crise do Estado de Bem Estar, do princípio geral da universalidade. Sem dúvida que o Estado Moderno foi construído em ruptura com o Estado Estamental. Mas a universalidade de que se fala nos clássicos direitos de liberdade ou de participação política pouco ou nada tem que ver com o sentido da pretensa universalidade que, em matéria de direitos sociais, justifica “as ilhas de particularismo” consagradas para “mulheres, velhos e crianças, grávidas, trabalhadores” ⁽³²⁾. Da mesma forma, para referir apenas mais um domínio problemático, a absoluta necessidade de fazer ponderações e a

⁽³¹⁾ V. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *EuGRZ*, 1991, pág. 274.

⁽³²⁾ V. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, cit., pág. XXI.

dificuldade de encontrar respostas gerais e *a priori*, mesmo dentro das categorias clássicas em que se arrumam os direitos fundamentais, torna-se igualmente visível quando se equaciona o significado e a intensidade da reserva parlamentar em matéria de direitos liberdades e garantias ou, como demonstra o problema da constitucionalidade das derramas municipais, quando se discute o alcance do princípio da reserva de lei.

§ 2.º O desafio de uma resolução adequada dos conflitos crescentes entre direitos fundamentais

Outro desafio complexo e fundamental, que assume uma importância crescente no contexto actual de hipertrofia dos direitos fundamentais, é o da adequada resolução dos conflitos em sentido amplo entre direitos fundamentais (ou entre direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente protegidos). Efectivamente, com o alargamento do catálogo dos direitos fundamentais, não só se multiplicam os conflitos potenciais entre direitos, como também se torna claro que os direitos em conflito podem ter, por referência à dignidade da pessoa humana, valorações muito diversas.

As próprias teorias principológicas, que estão hoje muito em voga — não obstante ressuscitarem em alguma medida a velha e conhecida discussão civilística entre os partidários da *Innentheorie* e defensores da *Aussentheorie* ⁽³³⁾ —, ao configurarem as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais como normas que não se caracterizam pela lógica do tudo ou nada e contêm apenas um imperativo de optimização, têm justamente o mérito de tornar mais perceptível a importância actual do problema da conflitualidade entre direitos fundamentais.

Naturalmente, numa situação conflitual, a primeira tentação passa pela hierarquização dos direitos fundamentais: o alargamento desmesurado dos direitos fundamentais e das situações de colisões entre direitos

⁽³³⁾ V., por exemplo, MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien — Die Unterscheidung von prima facie — Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, 1998, págs. 21 e segs. e 61 e segs.

postula, neste sentido, a adopção de critérios hierárquicos de superação das antinomias ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

Uma tal via suscita, no entanto, as mais vivas objecções. Por um lado, os conflitos resultam da forma como, num concreto caso problemático, concorrem os diversos direitos. Ora, neste tipo de situações, os conflitos entre direitos fundamentais dificilmente podem “ser resolvidos *a priori* por critérios abstractos, já que, no modo concretamente individualizado como se oferecem, recusam uma generalização, tanto de previsão como de solução” ⁽³⁶⁾. Por outro lado, é duvidoso que a

⁽³⁴⁾ PAULO OTERO, por exemplo, admite uma “estrutura intra-sistemática hierarquizada” (*Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I-2.º, Lisboa, 1999, págs. 327 e segs.), afirmando, por exemplo, que a primeira preocupação da Constituição “respeita à garantia da dignidade da pessoa humana — elevada no artigo 1.º, desde logo, a primeira base ou alicerce da República portuguesa com precedência e prevalência sobre a vontade popular — e, muito em especial, ao reconhecimento no artigo 24.º, n.º 1, da inviolabilidade da vida humana. O direito à vida aparece, deste modo, como o principal direito do ser humano, verdadeiro valor «fundamentante da defesa de todos os demais» e sem o qual «todas as outras referências axiológicas perdem sentido e soçobram” (*Personalidade...*, cit., págs. 35 e 36; *Lições...*, cit., pág. 328). O mesmo Autor não exclui “uma tentativa metodológica de hierarquização de direitos fundamentais” (*A democracia...*, cit., págs. 153 e segs. — em especial, pág. 157) e considera que as “cláusulas de limites materiais confirmam a existência de uma hierarquia intraconstitucional reforçada” (*A democracia...*, cit., págs. 237-243).

⁽³⁵⁾ JORGE MIRANDA, por seu turno, afirma expressamente, se bem que num contexto particular, que, “por referência a um critério valorativo — esteado na ideia de Direito revelada na sistematização da Constituição e nos artigos 9.º, 17.º, 19.º e 288.º — os direitos fundamentais podem dispor-se segundo uma hierarquia”. Assim: 1.º) Direitos, liberdades e garantias mencionados no artigo 19.º, n.º 6, insusceptíveis de suspensão, mesmo em estado de sítio com suspensão total de garantias constitucionais; 2.º) Direitos, liberdades e garantias pessoais comuns; 3.º) Direitos económicos, sociais e culturais comuns; 4.º) Direitos, liberdades e garantias de participação política; 5.º) Direitos, liberdades e garantias pessoais particulares e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; 6.º) Direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de preceitos constitucionais fora dos títulos I e II da parte I; 7.º) Direitos económicos, sociais e culturais particulares; 8.º) Direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de leis ou de regras de Direito Internacional; 9.º) Outros direitos fundamentais constantes de leis ou de regras de Direito Internacional” (*Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 2000, págs. 194-195).

⁽³⁶⁾ V. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, 1983, págs. 262 e 263.

Constituição forneça apoio para uma hierarquização entre as normas constitucionais e para a resolução dos seus conflitos segundo regras de primazia hierárquica formais e gerais, não se podendo confundir a questão do âmbito de aplicação de uma norma e assim da frequência da sua aplicabilidade potencial com o problema da sua posição hierárquica ⁽³⁷⁾.

Aparentemente, a solução alternativa passa pela acentuação, não apenas do princípio da unidade da Constituição, na sua dimensão hermenêutica, mas também do princípio da concordância prática. Assim, perante um conflito entre direitos fundamentais, impõe-se “a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” ⁽³⁸⁾. No fundo, e em última análise, perante um conflito entre direitos fundamentais, tudo reside em procurar a optimização de ambos.

É muito duvidoso, porém, que o princípio da concordância prática seja uma espécie de ovo de Colombo, podendo antes entender-se que as expressões que apontam para o objectivo da optimização e da concordância constituem *fórmulas vazias* ou *nulidades líricas* ⁽³⁹⁾. Desde logo, o princípio da concordância prática é muitas vezes pura e simplesmente irrealizável. Além disso, é muitíssimo duvidoso que se possam superar os conflitos entre direitos fundamentais sem recorrer a considerações valorativas. Não significa isto que seja admissível traçar uma hierarquia abstracta e *a priori* entre os diferentes direitos fundamentais. Significa apenas que, na complexa e delicada tarefa que o decisor do conflito é chamado a resolver, dificilmente se pode ignorar, entre outros factores, o diferente peso que, na ordem constitucional, têm os diversos direitos fundamentais. Ou seja, em lugar do objectivo da optimização igualitária dos direitos em conflito, que está subjacente à ideia de concordância prática, deve efectuar-se uma ponderação do caso concreto e admitir-se, neste contexto concreto, o estabelecimento de uma *hierarquia axiológica móvel* ⁽⁴⁰⁾.

Em qualquer caso, mesmo que assim se entenda, é evidente que subsistem numerosas, importantes e difíceis questões por resolver. Ou seja,

⁽³⁷⁾ V. FRIEDRICH MÜLLER, *Die Einheit der Verfassung*, Berlin, 1979, págs. 129 e segs., bem como págs. 204 e seg.

⁽³⁸⁾ V. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pág. 1209.

⁽³⁹⁾ V., sobre a questão, FRIEDRICH MÜLLER, *Die Einheit...*, cit., pág. 196, em nota.

⁽⁴⁰⁾ V. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., pág. 1225.

nesta viragem de século e de milénio, cabe ao intérprete o enorme desafio de estabelecer um procedimento faseado de resolução dos conflitos entre direitos fundamentais.

§ 3.º A crise da distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais

Um outro desafio que cumpre hoje enfrentar prende-se com o futuro da distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais. Os termos da contraposição são conhecidos e, por isso, dispensam neste contexto quaisquer referências. Merece, em contrapartida, ser sublinhado que está muito arreigada entre nós uma visão binária radical entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais e, conseqüentemente, entre os respectivos regimes. Ora, no contexto actual, uma tal construção absolutamente dicotómica suscita muitas dúvidas.

Não significa isto — e convém acentuar este ponto para desfazer quaisquer equívocos — que o caminho, no futuro, passe pelo alargamento da força normativa directa das normas constitucionais que consagram direitos sociais a situações necessariamente carecedoras da interposição legislativa ⁽⁴¹⁾. Uma tal solução é seguramente inaceitável para quem considere, fundadamente, que o Estado de Direitos Fundamentais não legitima uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve caber ao legislador legitimado democraticamente.

O desafio que hoje se coloca advém de outro tipo de considerações.

Antes de mais da verificação de que os direitos sociais se apresentam hoje como condições necessárias para o efectivo exercício dos direitos liberais, podendo afirmar-se que, independentemente do juízo que se faça sobre a bondade da inclusão na Lei Fundamental de um complexo de imposições tendencialmente conformadores de *políticas públicas* de direitos sociais, o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da

(41) V., afirmando, justamente, que, mesmo na lógica de uma Constituição dirigente, é insustentável o alargamento “da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, cit., pág. XVI.

dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivização constitucional dos chamados *direitos sociais* (42). Daí a ideia da indivisibilidade dos direitos fundamentais tão bem sublinhada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia aprovada em Nice em Dezembro de 2000.

Em segundo lugar, e este aspecto afigura-se fundamental, não se pode esquecer que, actualmente, não só se reconhece que as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas que consagram direitos sociais constituem muito mais do que um simples “aleluia jurídico” (43), estando também elas carregadas de normatividade, como também se verifica uma interconexão crescente entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais.

Com efeito, do lado dos direitos sociais, não está em absoluto excluída a possibilidade de se descortinar, se bem que apenas em algumas das dimensões do direito social, uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias. Ou, noutra perspectiva, começa hoje a tornar-se claro que os direitos sociais consagrados na Constituição contêm também — ou podem conter — um conteúdo mínimo, nuclear ou, porventura, essencial directamente aplicável. E, como se isto não bastasse, é possível que os direitos sociais, uma vez consolidados na lei, sejam abrangidos pela cláusula aberta e possam beneficiar do regime do artigo 17.º

Mas também do lado dos direitos, liberdades e garantias se verifica uma abertura da fronteira. Por outras palavras, e em termos provocatórios, os modernos desenvolvimentos da dogmática dos direitos, liberdades e garantias, ao acentuarem mais concretamente o dever que recai sobre o Estado de proteger activamente os direitos de liberdade, obrigam a que se coloque a hipótese da existência de direitos, liberdades e garantias que, em algumas das suas dimensões, apresentam, afinal, uma estrutura análoga à dos direitos sociais! Pense-se, por exemplo, no dever de protecção dos reféns numa situação de terrorismo ou no dever de pro-

(42) J. J. GOMES CANOTILHO, «Revisar o romper con la Constitution dirigente?», in *REDC*, 1995, n.º 43, pág. 21.

(43) V. J. J. GOMES CANOTILHO, «Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, III, Coimbra, 1991, pág. 481.

mover uma política adequada à diminuição dos riscos de propagação da SIDA.

§ 4.º Hipertrofia dos direitos fundamentais e liberdade de conformação do legislador num Estado Democrático

Esta intervenção já vai longa e a paciência da audiência começa a esgotar-se. Antes de terminar, porém, é importante chamar a atenção para um outro grande desafio que o Estado de Direitos Fundamentais coloca. Está-se a pensar, como se imagina, no problema das relações entre os direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador ou, sob outra perspectiva, no papel que a justiça constitucional deve ser chamada a desempenhar na fiscalização da conformidade de uma norma legal com os preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais. Este é, sem dúvida, um problema central do nosso tempo. O debate entre Habermas e Rawls é disso testemunha⁽⁴⁴⁾. Infelizmente, porém, não é possível, nesta exposição, desenvolver esta importante e difícil temática.

⁽⁴⁴⁾ V. JÜRGEN HABERMAS/JOHN RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998, *passim*.



Associação Portuguesa de Direito Constitucional

SEPARATA

DE

**ANUÁRIO PORTUGUÊS
DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

VOL. II / 2002

RUI MEDEIROS



Coimbra Editora