

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Rodrigues, Luís Barbosa, 1962-

Unidade curricular : direitos fundamentais e direitos humanos

<http://hdl.handle.net/11067/5901>

Metadados

Data de Publicação	2020
Palavras Chave	Direitos fundamentais - Ensino e estudo - Portugal, Direitos humanos - Estudo e ensino - Portugal, Graus académicos
Tipo	report
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Provas de agregação

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-07T21:15:04Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Licenciatura em Direito

**Unidade curricular:
Direitos Fundamentais e Direitos Humanos**

Luís Manuel Barbosa Rodrigues

Lisboa

2020



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Licenciatura em Direito

**Unidade curricular:
Direitos Fundamentais e Direitos Humanos**

Luís Manuel Barbosa Rodrigues

Lisboa

2020

Luís Manuel Barbosa Rodrigues

Unidade curricular:
Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Relatório apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada, para obtenção do título
académico de Agregado em Direito.

Lisboa

2020

Ficha Técnica

Autor Luís Manuel Barbosa Rodrigues
Título Unidade curricular: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos
Local Lisboa
Ano 2020

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

Rodrigues, Luís Manuel Barbosa, 1962-

Unidade curricular : Direitos Fundamentais e Direitos Humanos / Luís Manuel Barbosa Rodrigues. - Lisboa : [s.n.], 2019. - Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, para obtenção do título académico de Agregado em Direito.

LCSH

1. Direitos fundamentais - Estudo e ensino - Portugal
2. Direitos humanos - Estudo e ensino - Portugal
3. Graus académicos

1. Civil rights - Study and teaching - Portugal
2. Human rights - Study and teaching - Portugal
3. Degrees, Academic

LCC

1. KKQ640.R63 2019

Índice

INTRODUÇÃO.....	29
A - NOÇÕES ADOTADAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DE DIREITOS HUMANOS, E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.....	32
1. <i>Direitos Fundamentais.....</i>	<i>32</i>
2. <i>Direitos Humanos.....</i>	<i>32</i>
3. <i>Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....</i>	<i>33</i>
B - MEMÓRIA DO ENSINO, EM PORTUGAL, DO DIREITO, DO DIREITO CONSTITUCIONAL, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS.....	35
1. <i>Nas Faculdades de Direito das Universidades públicas.....</i>	<i>35</i>
1.1. <i>Direito.....</i>	<i>35</i>
1.2. <i>Direito Constitucional.....</i>	<i>39</i>
1.2.1. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.....</i>	<i>39</i>
1.2.1.1. <i>Pré-liberalismo.....</i>	<i>39</i>
1.2.1.2. <i>Liberalismo.....</i>	<i>40</i>
1.2.1.3. <i>Anti-liberalismo.....</i>	<i>41</i>
1.2.1.4. <i>Pós-liberalismo.....</i>	<i>42</i>
1.2.2. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.....</i>	<i>42</i>
1.2.2.1. <i>Liberalismo.....</i>	<i>42</i>
1.2.2.2. <i>Anti-liberalismo.....</i>	<i>43</i>
1.2.2.3. <i>Pós-liberalismo.....</i>	<i>43</i>
1.2.3. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade Nova.....</i>	<i>44</i>

1.2.4. <i>Em outras Faculdades de Direito públicas</i>	44
1.3. <i>Direitos Fundamentais</i>	45
1.3.1. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>	45
1.3.1.1. <i>Pré-liberalismo</i>	45
1.3.1.2. <i>Liberalismo</i>	46
1.3.1.3. <i>Anti-liberalismo</i>	47
1.3.1.4. <i>Pós-liberalismo</i>	47
1.3.2. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	48
1.3.2.1. <i>Liberalismo</i>	48
1.3.2.2. <i>Anti-liberalismo</i>	48
1.3.2.3. <i>Pós-liberalismo</i>	49
1.3.3. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade Nova</i>	49
1.3.4. <i>Em outras Faculdades de Direito públicas</i>	49
1.4. <i>Direito Internacional</i>	50
1.4.1. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>	50
1.4.1.1. <i>Pré-liberalismo</i>	50
1.4.1.2. <i>Liberalismo</i>	51
1.4.1.3. <i>Anti-liberalismo</i>	53
1.4.1.4. <i>Pós-liberalismo</i>	53
1.4.2. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	54
1.4.2.1. <i>Liberalismo</i>	54
1.4.2.2. <i>Anti-liberalismo</i>	54
1.4.2.3. <i>Pós-liberalismo</i>	55
1.4.3. <i>Na Faculdade de Direito da Universidade Nova</i>	56
1.4.4. <i>Em outras Faculdades de Direito públicas</i>	56

1.5. Direitos Humanos.....	57
1.5.1. Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.....	57
1.5.2. Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.....	58
1.5.3. Na Faculdade de Direito da Universidade Nova.....	58
1.5.4. Em outras Faculdades de Direito públicas.....	58
2. Na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.....	59
2.1. Aspectos gerais.....	59
2.2. Direito Constitucional.....	60
2.3. Direitos Fundamentais.....	62
2.4. Direito Internacional.....	64
2.5. Direitos Humanos.....	66
C - PROGRAMA DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.....	68
D - CONTEÚDOS DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.....	74
I – Parte geral.....	76
1. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....	77
1.1. Unicidade estrutural.....	77
1.2. Comunhão.....	78
1.3. Diferenciação.....	83
1.4. Nomenclaturas próximas.....	85
2. Autonomia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.....	88
2.1. Direitos Fundamentais e Direito Constitucional.....	88
2.2. Direitos Humanos e Direito Internacional.....	90
3. Noção de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos.....	92

3.1. Demarcação positiva.....	92
3.1.1. Direitos subjetivos.....	92
3.1.2. Direitos públicos.....	93
3.1.3. Direitos individuais.....	95
3.1.4. Direitos paradigmaticamente frente ao poder.....	96
3.1.5. Direitos acessoriamente face à comunidade.....	98
3.1.6. Direitos de origem natural.....	98
3.1.7. Direitos positivados.....	98
3.1.8. Direitos tipificados.....	99
3.1.9. Direitos negativos.....	99
3.1.10. Direitos determinados.....	100
3.1.11. Direitos precativos.....	100
3.1.12. Direitos vinculativos.....	100
3.1.13. Direitos incondicionados.....	101
3.1.14. Direitos justiciáveis.....	101
3.1.15. Direitos fundados na dignidade da pessoa humana.....	102
3.1.15.1. Pertinência.....	102
3.1.15.2. Caracterização.....	104
3.1.15.3. Cessaçã.....	107
3.2. Demarcação negativa.....	109
4. Figuras próximas dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.....	112
4.1. Direitos dos indivíduos perante si próprios.....	112
4.2. Direitos inonimados.....	113
4.3. Direitos dos Povos.....	114
4.4. Direitos das pessoas coletivas.....	116
4.5. Direitos Fundamentais em sentido meramente formal.....	119

4.6. <i>Direitos Fundamentais em sentido estritamente material</i>	120
4.7. <i>Direitos a prestações resultantes de ato legislativo</i>	121
4.8. <i>Interesses difusos</i>	122
4.9. <i>Garantias institucionais</i>	122
4.10. <i>Direitos funcionais</i>	124
4.11. <i>Deveres Fundamentais e Deveres Humanos: remissão</i>	124
5. <i>Tipologia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos</i>	125
5.1. <i>Direitos de liberdade e direitos sociais</i>	125
5.2. <i>Direitos e liberdades e garantias</i>	128
5.3. <i>Outras tipologias jusfundamentais e jushumanitárias</i>	128
6. <i>Hierarquia dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais</i>	130
6.1. <i>Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais</i>	133
6.2. <i>Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais de liberdade, e Direitos Humanos e Direitos Fundamentais sociais</i>	137
6.3. <i>Hierarquia entre direitos civis e políticos, e direitos económicos, sociais e culturais</i>	137
6.4. <i>Hierarquia entre direitos civis e direitos políticos</i>	138
6.5. <i>Hierarquia entre direitos, liberdades e garantias, direitos de natureza análoga, e direitos económicos, sociais e culturais</i>	139
6.6. <i>Hierarquia entre direitos, liberdades e garantias, e entre direitos de natureza análoga</i>	141
7. <i>História dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos</i>	144
7.1. <i>História dos Direitos Fundamentais</i>	145
7.1.1. <i>História estrangeira</i>	146
7.1.1.1. <i>Idade Antiga</i>	146
7.1.1.1.1. <i>Grécia</i>	147
7.1.1.1.2. <i>Roma</i>	148

7.1.1.1.3. Cristianismo.....	150
7.1.1.1.4. Édito de Milão.....	151
7.1.1.2. Idade Média.....	151
7.1.1.2.1. Ideias políticas.....	151
7.1.1.2.2. Constitucionalização: Magna Charta Libertatum...154	
7.1.1.3. Idade Moderna.....	159
7.1.1.3.1. Pré-liberalismo.....	159
7.1.1.3.1.1. Renascimento.....	159
7.1.1.3.1.2. Jusracionalismo.....	160
7.1.1.3.1.3. Contratualismo.....	161
7.1.1.3.1.4. Édito de Nantes.....	162
7.1.1.3.2. Liberalismo.....	163
7.1.1.3.2.1. Ideias políticas.....	163
7.1.1.3.2.1.1. Locke.....	163
7.1.1.3.2.1.2. Kant.....	166
7.1.1.3.2.2. Constitucionalização: Revoluções Liberais.....	167
7.1.1.3.2.2.1. Revoluções Inglesas.....	170
7.1.1.3.2.2.2. Revolução Americana.....	174
7.1.1.3.2.2.2.1. Declaração de Direitos da Virgínia.....	175
7.1.1.3.2.2.2.2. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.....	176
7.1.1.3.2.2.2.3. Constituição dos Estados Unidos da América.....	176
7.1.1.3.2.2.3. Revolução Francesa.....	178

7.1.1.3.2.2.3.1. <i>Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão</i>	178
7.1.1.3.2.2.3.2. <i>Constituição de 1793</i>	180
7.1.1.3.3. <i>Socialismo</i>	180
7.1.1.3.3.1. <i>Pós I Guerra Mundial</i>	182
7.1.1.3.3.1.1. <i>Universalização dos direitos políticos</i>	182
7.1.1.3.3.1.2. <i>Alargamento dos designados direitos sociais</i>	183
7.1.1.3.3.2. <i>Pós II Guerra Mundial</i>	184
7.1.1.3.3.2.1. <i>Europa</i>	184
7.1.1.3.3.2.2. <i>Estados Unidos da América</i>	185
7.1.1.3.4. <i>Neo-liberalismo</i>	186
7.1.1.3.4.1. <i>Ideias políticas</i>	187
7.1.1.3.4.1.1. <i>Sociedade de Mont-Pèlerin</i>	187
7.1.1.3.4.1.2. <i>Hayek</i>	187
7.1.1.3.4.1.3. <i>Friedman</i>	189
7.1.1.3.4.1.4. <i>Nozick</i>	190
7.1.1.3.4.2. <i>Constitucionalização: Reino Unido</i>	196
7.1.1.3.5. <i>Neo-marxismo</i>	197
7.1.2. <i>História portuguesa</i>	198
7.1.2.1. <i>Constituição tradicional</i>	199
7.1.2.1.1. <i>Pluralismo jurídico</i>	199
7.1.2.1.2. <i>Monismo jurídico</i>	200
7.1.2.2. <i>Constituição moderna</i>	201
7.1.2.2.1. <i>Constitucionalismo liberal</i>	203

7.1.2.2.1.1. Constituição de 1822.....	204
7.1.2.2.1.2. Carta constitucional de 1826.....	205
7.1.2.2.1.3. Constituição de 1838.....	206
7.1.2.2.1.4. Constituição de 1911.....	207
7.1.2.2.1.5. Constituição de 1918.....	208
7.1.2.2.1.6. Código civil - Código de Seabra.....	209
7.1.2.2.2. Constitucionalismo anti-liberal.....	210
7.1.2.2.2.1. Corporativismo.....	210
7.1.2.2.2.1.1. Ditadura 1926-1933.....	210
7.1.2.2.2.1.2. Constituição de 1933.....	210
7.1.2.2.2.2. Socialismo.....	214
7.1.2.2.2.2.1. Ditadura 1974-1976.....	214
7.1.2.2.2.2.2. Constituição de 1976.....	214
7.1.2.2.3. Constitucionalismo pós-liberal.....	219
7.1.2.2.3.1. Constituição de 1982.....	219
7.1.2.2.3.2. Revisões constitucionais.....	220
7.2. História dos Direitos Humanos.....	221
7.2.1. História Internacional Geral.....	222
7.2.1.1. Antes da II Guerra Mundial.....	222
7.2.1.1.1. Proteção em contexto bélico.....	222
7.2.1.1.2. Proteção de minorias.....	223
7.2.1.1.3. Proteção laboral.....	223
7.2.1.2. Depois da II Guerra Mundial.....	224
7.2.1.2.1. Carta das Nações Unidas.....	225
7.2.1.2.2. Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	227

7.2.1.2.3. <i>Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais</i>	229
7.2.1.2.4. <i>Outros textos internacionais gerais jushumanitários</i>	233
7.2.2. <i>História Internacional Regional Europeia</i>	233
7.2.2.1. <i>Conselho da Europa</i>	233
7.2.2.1.1. <i>Convenção Europeia dos Direitos Humanos</i>	234
7.2.2.1.2. <i>Carta Social Europeia (Revista)</i>	236
7.2.2.1.3. <i>Outros tratados recentes do Conselho da Europa</i> ...	236
7.2.2.2. <i>União Europeia</i>	236
7.2.2.2.1. <i>Tratados da União Europeia</i>	237
7.2.2.2.2. <i>Jurisprudência da União Europeia</i>	240
7.2.2.2.3. <i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i>	241
7.2.3. <i>História Internacional Regional não-Europeia</i>	244
7.2.3.1. <i>Americana</i>	244
7.2.3.1.1. <i>Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem</i>	244
7.2.3.1.2. <i>Convenção Americana dos Direitos Humanos</i>	244
7.2.3.2. <i>Africana</i>	245
7.2.3.2.1. <i>Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos</i>	245
7.2.3.2.2. <i>Ato Constitutivo da União Africana</i>	246
7.2.3.3. <i>Islâmica</i>	246
7.2.3.3.1. <i>Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos</i>	247
7.2.3.3.2. <i>Declaração dos Direitos Humanos no Islão</i>	247

7.2.3.3.3. <i>Carta Árabe dos Direitos Humanos</i>	248
7.3. <i>Refutações históricas dos conceitos de Direito Fundamental e de Direito Humano</i>	248
7.3.1. <i>Refutações ideológicas</i>	248
7.3.1.1. <i>Liberalismo inglês</i>	248
7.3.1.2. <i>Ultramontanismo francês</i>	249
7.3.1.3. <i>Historicismo alemão</i>	249
7.3.1.4. <i>Catolicismo</i>	250
7.3.1.5. <i>Marxismo</i>	251
7.3.2. <i>Refutações constitucionais</i>	252
7.3.2.1. <i>Absolutismos</i>	252
7.3.2.2. <i>Totalitarismos</i>	252
7.3.2.2.1. <i>Comunismo</i>	253
7.3.2.2.2. <i>Nacional-socialismo</i>	256
7.3.3. <i>Refutações internacionais</i>	258
7.4. <i>Críticas à evolução histórica recente dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos</i>	258
7.4.1. <i>Banalização</i>	258
7.4.2. <i>Relativização</i>	260
7.4.3. <i>Especificação</i>	261
7.4.4. <i>Securitização</i>	261
7.4.5. <i>Socialização</i>	262
II – Parte especial	264
8. <i>Constituição portuguesa dos Direitos Fundamentais</i>	265
8.1. <i>Âmbito dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</i>	267
8.1.1. <i>Receção do Direito Internacional</i>	268
8.1.1.1. <i>Direito Internacional em geral</i>	270

8.1.1.2. <i>Direito Internacional dos Direitos Humanos</i>	270
8.1.1.3. <i>Declaração Universal dos Direitos Humanos</i>	273
8.1.2. <i>Direito interno ordinário</i>	275
8.2. <i>Fundamento dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</i>	276
8.3. <i>Natureza jurídica dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</i>	280
8.3.1. <i>Direitos de liberdade e direitos sociais</i>	281
8.3.1.1. <i>Articulação entre direitos, liberdades e garantias, e direitos económicos sociais e culturais</i>	282
8.3.1.1.1. <i>Tese do regime unicitário dos direitos de liberdade e dos direitos sociais</i>	283
8.3.1.1.2. <i>Tese dos dois tipos de direitos, os direitos de liberdade e os direitos sociais</i>	288
8.3.1.1.2.1. <i>Crítérios estruturais</i>	289
8.3.1.1.2.1.1. <i>Naturalidade/artificialidade</i>	289
8.3.1.1.2.1.2. <i>Universalidade/restritividade</i> ..	290
8.3.1.1.2.1.3. <i>Negatividade/positividade</i>	291
8.3.1.1.2.1.4. <i>Determinabilidade/indeterminabilidade</i>	294
8.3.1.1.2.1.5. <i>Precetividade/programaticidade</i>	297
8.3.1.1.2.1.6. <i>Vinculatividade/invinculatividade</i>	299
8.3.1.1.2.1.7. <i>Incondicionalidade/condicionalidade</i>	300
8.3.1.1.2.1.8. <i>Justiciabilidade/injusticiabilidade</i>	302
8.3.1.1.2.2. <i>Crítérios valorativos</i>	304
8.3.1.1.2.3. <i>Crítérios mistos e critérios múltiplos</i>	304

8.3.1.1.3. <i>Tese da exclusiva existência de direitos subjetivos de liberdade e da redução dos designados direitos sociais a expectativas fácticas</i>	305
8.3.1.1.3.1. <i>Expectativa</i>	308
8.3.1.1.3.1.1. <i>Noção e tipologia</i>	308
8.3.1.1.3.1.2. <i>Expectativa jurídica</i>	308
8.3.1.1.3.1.3. <i>Expectativa fáctica</i>	311
8.3.1.1.3.2. <i>Os designados direitos sociais enquanto expectativas fácticas</i>	312
8.3.1.1.3.3. <i>Construções parcialmente análogas</i>	317
8.3.1.1.3.4. <i>Corolários do entendimento dos designados direitos sociais enquanto expectativas fácticas</i>	319
8.3.1.1.3.4.1. <i>Reserva absoluta de decisão política</i>	319
8.3.1.1.3.4.1.1. <i>Inexistência de direitos sociais a um mínimo</i>	323
8.3.1.1.3.4.1.2. <i>Inexistência de direitos sociais além de um mínimo</i>	327
8.3.1.1.3.4.1.3. <i>Inexistência de um irretrocesso dos direitos sociais</i>	328
8.3.1.1.3.4.2. <i>Reserva financeira de viabilidade, racionalidade e oportunidade</i>	331
8.3.1.1.3.4.3. <i>Estado social enquanto Estado virtual</i>	334
8.3.1.1.3.5. <i>Observações teórico-valorativas</i>	335
8.3.1.1.3.5.1. <i>Liberdade e solidariedade</i>	335
8.3.1.1.3.5.2. <i>Igualdade formal e igualdade material</i>	336
8.3.1.1.3.5.3. <i>Autonomia e dependência</i>	337

8.3.1.1.3.5.4. <i>Justiça e injustiça</i>	338
8.3.1.1.3.5.5. <i>Neutralidade e ideologia</i>	339
8.3.1.1.3.5.6. <i>Incompatibilidade entre os direitos de liberdade e os designados direitos sociais</i>	341
8.3.1.1.3.5.6.1. <i>Em especial, a incompatibilidade dos designados direitos sociais com o direito de propriedade privada</i>	344
8.3.1.1.3.6. <i>Considerações de natureza prática</i>	348
8.3.1.1.3.6.1. <i>Direitos de liberdade</i>	348
8.3.1.1.3.6.2. <i>Designados direitos sociais</i>	349
8.3.1.1.3.6.2.1. <i>Défice democrático</i> ..	349
8.3.1.1.3.6.2.2. <i>Corporativismo</i>	350
8.3.1.1.3.6.2.3. <i>Burocracia</i>	351
8.3.2. <i>Direitos de natureza análoga</i>	352
8.3.2.1. <i>Noção</i>	354
8.3.2.2. <i>Figuras próximas</i>	355
8.3.2.3. <i>Tipologia</i>	356
8.3.2.4. <i>Identificação específica</i>	357
8.4. <i>Princípios dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</i>	358
8.4.1. <i>Princípio da universalidade</i>	358
8.4.1.1. <i>Na generalidade</i>	358
8.4.1.2. <i>Na especialidade</i>	359
8.4.1.2.1. <i>Cidadãos portugueses</i>	359
8.4.1.2.2. <i>Cidadãos portugueses, cidadãos estrangeiros e apátridas</i>	361

8.4.1.2.3. Cidadãos estrangeiros.....	362
8.4.1.2.4. Cidadãos estrangeiros e apátridas.....	363
8.4.1.2.5. Preclusão das pessoas coletivas.....	364
8.4.2. Princípio da igualdade.....	365
8.4.2.1. Dimensão positiva.....	365
8.4.2.2. Dimensão negativa.....	369
8.4.2.3. Direitos de igualdade.....	372
8.4.2.4. Exclusões ao princípio da igualdade e aos direitos de igualdade.....	372
8.4.3. Princípio da proporcionalidade.....	373
8.4.3.1. Âmbito.....	373
8.4.3.2. Pressupostos.....	374
8.4.4. Princípio da confiança.....	376
8.4.5. Princípio da responsabilidade.....	378
8.4.5.1. Responsabilidade civil.....	378
8.4.5.1.1. Natureza.....	378
8.4.5.1.2. Âmbito.....	378
8.4.5.1.3. Objeto.....	378
8.4.5.2. Responsabilidade criminal.....	381
8.4.6. Alegado princípio do desenvolvimento da personalidade.....	383
8.5. Regime dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa.....	384
8.5.1. Regime dos direitos, liberdades e garantias.....	385
8.5.1.1. Precetividade.....	385
8.5.1.2. Vinculatividade.....	388
8.5.1.2.1. Vinculatividade das entidades públicas.....	388
8.5.1.2.1.1. Âmbito.....	388

8.5.1.2.1.2. Objeto.....	390
8.5.1.2.2. Vinculatividade das entidades privadas.....	394
8.5.1.2.2.1. Fundamento.....	394
8.5.1.2.2.2. Alcance.....	395
8.5.1.2.2.3. Natureza.....	396
8.5.1.3. Condicionamentos.....	401
8.5.1.3.1. Condicionamentos normativos.....	402
8.5.1.3.1.1. Limite.....	402
8.5.1.3.1.1.1. Noção.....	402
8.5.1.3.1.1.2. Tipologia.....	403
8.5.1.3.1.2. Restrição.....	404
8.5.1.3.1.2.1. Noção.....	404
8.5.1.3.1.2.2. Natureza.....	406
8.5.1.3.1.2.2.1. Teoria externa dos limites.....	406
8.5.1.3.1.2.2.2. Teoria interna dos limites.....	407
8.5.1.3.1.2.2.3. Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto princípios.....	409
8.5.1.3.1.2.3. Tipologia.....	410
8.5.1.3.1.2.3.1. Restrição ordinária..	411
8.5.1.3.1.2.3.1.1. Reserva de ato legislativo.....	412
8.5.1.3.1.2.3.1.2. Salva guarda de outros direitos ou interesses.....	413

8.5.1.3.1.2.3.1.3.	
<i>Normatividade</i>	413
8.5.1.3.1.2.3.1.4.	
<i>Proporcionalidade</i>	414
8.5.1.3.1.2.3.1.5.	
<i>Irretroatividade</i>	414
8.5.1.3.1.2.3.1.6. <i>Preservação da essencialidade</i>	415
8.5.1.3.1.2.3.1.7. <i>Pretensa autorização constitucional expressa</i>	417
8.5.1.3.1.2.3.1.7.1. <i>Tese da relevância absoluta da autorização expressa</i>	417
8.5.1.3.1.2.3.1.7.2. <i>Tese da conversão da autorização constitucional expressa em autorização implícita</i>	419
8.5.1.3.1.2.3.1.7.3. <i>Tese da interpretação abrogante da norma constitucional</i>	420
8.5.1.3.1.2.3.2. <i>Restrição agravada</i>	421
8.5.1.3.1.3. <i>Condicionamentos afins da restrição</i>	423
8.5.1.3.1.3.1. <i>Tipologia</i>	423
8.5.1.3.1.3.1.1. <i>Negativos</i>	424
8.5.1.3.1.3.1.2. <i>Positivos</i>	424
8.5.1.3.1.3.1.3. <i>Neutros</i>	425

8.5.1.3.1.3.2. Regime.....	426
8.5.1.3.1.4. Suspensão.....	427
8.5.1.3.1.4.1. Estado de exceção.....	428
8.5.1.3.1.4.1.1. Pressupostos.....	428
8.5.1.3.1.4.1.2. Tipologia.....	428
8.5.1.3.1.4.1.3. Declaração.....	429
8.5.1.3.2. Condicionamentos não normativos.....	431
8.5.1.3.2.1. Intervenção restritiva.....	431
8.5.1.3.2.2. Colisão.....	432
8.5.1.3.2.3. Renúncia.....	434
8.5.1.3.2.3.1. Renunciabilidade.....	434
8.5.1.3.2.3.2. Tipologia.....	437
8.5.1.3.2.3.3. Regime.....	437
8.5.1.3.2.3.4. Figuras próximas.....	439
8.5.1.4. Reserva de ato legislativo parlamentar ou governamental.....	439
8.5.1.5. Reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais.....	441
8.5.1.6. Limites materiais de revisão constitucional.....	441
8.5.1.6.1. Ilegitimidade dos limites.....	441
8.5.1.6.2. Limites expressos.....	443
8.5.2. Regime dos direitos de natureza análoga.....	446
8.5.3. Regime dos designados direitos económicos, sociais e culturais.....	448
8.5.3.1. Imprecetividade.....	449
8.5.3.2. Invinculatividade.....	449
8.5.3.2.1. Invinculatividade das entidades públicas.....	449
8.5.3.2.2. Invinculatividade das entidades privadas.....	450

8.5.3.3. Condicionamentos.....	451
8.5.3.3.1. Condicionamentos normativos.....	451
8.5.3.3.1.1. Limite.....	451
8.5.3.3.1.2. Restrição.....	451
8.5.3.3.1.3. Condicionamentos afins da restrição.....	452
8.5.3.3.1.4. Suspensão.....	453
8.5.3.3.2. Condicionamentos não normativos.....	454
8.5.3.3.2.1. Intervenção restritiva.....	454
8.5.3.3.2.2. Colisão.....	454
8.5.3.3.2.3. Renúncia.....	454
8.5.3.4. Não-reserva de ato legislativo nacional.....	455
8.5.3.5. Não-reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais.....	455
8.5.3.6. Ilimitação material de revisão constitucional.....	456
8.6. Tutela dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa.....	456
8.6.1. Tutela geral.....	457
8.6.1.1. Tutela jurisdicional.....	458
8.6.1.1.1. Conteúdo.....	459
8.6.1.1.2. Em especial, o Tribunal Constitucional.....	460
8.6.1.1.3. Em especial, os Tribunais Administrativos.....	461
8.6.1.1.4. Mecanismos excluídos da tutela jurisdicional.....	461
8.6.1.2. Tutela não jurisdicional.....	461
8.6.1.2.1. Direito de petição.....	462
8.6.1.2.1.1. Em geral.....	462
8.6.1.2.1.2. Junto do Provedor de Justiça.....	462
8.6.2. Tutela específica dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga.....	464

8.6.2.1. <i>Hetero-tutela</i>	464
8.6.2.2. <i>Auto-tutela</i>	465
8.6.2.2.1. <i>Direito de resistência</i>	465
8.6.2.2.1.1. <i>Natureza</i>	466
8.6.2.2.1.2. <i>Tipologia</i>	468
8.6.2.2.2. <i>Outros mecanismos auto-tutelares</i>	468
8.6.3. <i>Tutela específica dos direitos, liberdades e garantias pessoais e dos direitos de natureza análoga pessoais</i>	469
8.6.3.1. <i>Na Constituição</i>	469
8.6.3.2. <i>No Código de Processo nos Tribunais Administrativos</i>	470
8.6.4. <i>Inexistência de tutela específica dos designados direitos sociais</i>	471
9. <i>Constituições estrangeiras dos Direitos Fundamentais</i>	472
9.1. <i>Alemanha</i>	473
9.2. <i>Itália</i>	476
9.3. <i>Espanha</i>	477
9.4. <i>Reino Unido</i>	478
9.5. <i>Estados Unidos da América</i>	479
9.6. <i>França</i>	480
10. <i>Direito Internacional dos Direitos Humanos</i>	483
10.1. <i>Direito Internacional Geral</i>	483
10.1.1. <i>Declaração Universal dos Direitos Humanos</i>	483
10.1.1.1. <i>Fundamento</i>	484
10.1.1.2. <i>Objeto</i>	485
10.1.1.3. <i>Natureza</i>	485
10.1.1.4. <i>Princípios</i>	486
10.1.1.5. <i>Regime</i>	487

10.1.1.6. Tutela.....	489
10.1.2. Pactos Internacionais de Direitos Humanos.....	489
10.1.2.1. Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos.....	491
10.1.2.1.1. Fundamento.....	491
10.1.2.1.2. Objeto.....	491
10.1.2.1.3. Natureza.....	492
10.1.2.1.4. Princípios.....	494
10.1.2.1.4.1. Universalidade.....	494
10.1.2.1.4.2. Igualdade.....	494
10.1.2.1.4.3. Outros princípios.....	495
10.1.2.1.5. Regime.....	496
10.1.2.1.5.1. Prescritividade.....	496
10.1.2.1.5.2. Vinculatividade.....	497
10.1.2.1.5.3. Condicionamentos.....	497
10.1.2.1.5.4. Revisão.....	499
10.1.2.1.6. Tutela.....	500
10.1.2.1.6.1. Jurisdicional.....	500
10.1.2.1.6.2. Não jurisdicional.....	501
10.1.2.2. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.....	504
10.1.2.2.1. Fundamento.....	504
10.1.2.2.2. Objeto.....	504
10.1.2.2.3. Natureza.....	505
10.1.2.2.4. Princípios.....	507
10.1.2.2.4.1. Universalidade.....	507
10.1.2.2.4.2. Igualdade.....	508

10.1.2.2.4.3. Outros princípios.....	508
10.1.2.2.5. Regime.....	509
10.1.2.2.6. Tutela.....	510
10.2. Direito Internacional Europeu.....	511
10.2.1. Convenção Europeia dos Direitos Humanos.....	511
10.2.1.1. Fundamento.....	512
10.2.1.2. Objeto.....	512
10.2.1.3. Natureza.....	513
10.2.1.4. Princípios.....	515
10.2.1.5. Regime.....	516
10.2.1.6. Tutela.....	518
10.2.1.6.1. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.....	520
10.2.1.6.1.1. Competência e legitimidade das partes.....	520
10.2.1.6.1.2. Natureza e eficácia das decisões.....	521
10.2.1.6.1.3. Limitações.....	522
10.2.2. Carta Social Europeia (Revista)	524
10.2.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	526
10.2.3.1. Fundamento.....	527
10.2.3.2. Objeto.....	529
10.2.3.3. Natureza.....	534
10.2.3.4. Princípios.....	534
10.2.3.5. Regime.....	536
10.2.3.6. Tutela.....	539
10.2.4. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.....	541

10.3. <i>Direito Internacional Islâmico</i>	542
10.3.1. <i>Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos</i>	544
10.3.2. <i>Declaração dos Direitos Humanos no Islão</i>	545
10.3.3. <i>Carta Árabe dos Direitos Humanos</i>	545
10.3.4. <i>Natureza jurídica do Direito Internacional Islâmico</i>	548
10.4. <i>Universalismo e relativismo no Direito Internacional dos Direitos Humanos</i>	549
11. <i>Deveres Fundamentais e Deveres Humanos</i>	553
11.1. <i>Introdução</i>	553
11.1.1. <i>Noção de Dever Fundamental e de Dever Humano</i>	553
11.1.2. <i>Deveres Fundamentais e Humanos e Direitos Fundamentais e Humanos</i>	553
11.1.2.1. <i>Aspetos comuns aos Deveres e aos Direitos</i>	554
11.1.2.2. <i>Aspetos diferenciadores dos Deveres e dos Direitos</i>	557
11.1.3. <i>Figuras próximas dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos</i>	559
11.1.3.1. <i>Situações jurídicas passivas conexas ou simétricas</i>	559
11.1.3.2. <i>Deveres para com as gerações futuras</i>	560
11.1.3.3. <i>Deveres cívicos</i>	560
11.1.3.4. <i>Deveres das pessoas coletivas</i>	561
11.1.3.5. <i>Deveres funcionais</i>	561
11.1.4. <i>Tipologia dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos</i>	562
11.1.5. <i>História dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos</i>	563
11.1.5.1. <i>História dos Deveres Fundamentais</i>	563
11.1.5.1.1. <i>História estrangeira</i>	563
11.1.5.1.2. <i>História portuguesa</i>	564
11.1.5.2. <i>História dos Deveres Humanos</i>	566

<i>11.2. Constituição dos Deveres Fundamentais.....</i>	<i>566</i>
<i>11.2.1. Âmbito.....</i>	<i>566</i>
<i>11.2.2. Fundamento.....</i>	<i>568</i>
<i>11.2.3. Objeto.....</i>	<i>568</i>
<i>11.2.4. Princípios.....</i>	<i>570</i>
<i>11.2.4.1. Universalidade.....</i>	<i>570</i>
<i>11.2.4.2. Igualdade.....</i>	<i>570</i>
<i>11.2.4.3. Outros princípios.....</i>	<i>571</i>
<i>11.2.5. Regime.....</i>	<i>572</i>
<i>11.2.5.1. Indeterminabilidade.....</i>	<i>572</i>
<i>11.2.5.2. Imprecetibilidade.....</i>	<i>573</i>
<i>11.2.5.3. Vinculatividade e invinculatividade.....</i>	<i>573</i>
<i>11.2.5.3.1. Vinculatividade pública.....</i>	<i>573</i>
<i>11.2.5.3.2. Invinculatividade privada.....</i>	<i>574</i>
<i>11.2.5.4. Condicionamentos.....</i>	<i>574</i>
<i>11.2.5.4.1. Limite.....</i>	<i>574</i>
<i>11.2.5.4.2. Restrição.....</i>	<i>575</i>
<i>11.2.5.4.3. Suspensão.....</i>	<i>576</i>
<i>11.2.5.4.4. Colisão.....</i>	<i>577</i>
<i>11.2.5.4.5. Renúncia.....</i>	<i>577</i>
<i>11.2.5.5. Reserva de ato legislativo parlamentar ou governamental....</i>	<i>578</i>
<i>11.2.5.6. Reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais.....</i>	<i>579</i>
<i>11.2.5.7. Revisão constitucional.....</i>	<i>579</i>
<i>11.2.6. Tutela.....</i>	<i>580</i>
<i>11.3. Direito Internacional dos Deveres Humanos.....</i>	<i>580</i>

11.3.1. <i>Geral</i>	581
11.3.2. <i>Regional Europeu</i>	581
E - MÉTODOS DE ENSINO DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS	583
1. <i>Sessões teóricas</i>	584
2. <i>Sessões práticas</i>	585
3. <i>Sessões tutoriais</i>	585
4. <i>Avaliação de conhecimentos</i>	586
F - BIBLIOGRAFIA DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS	587
1. <i>Direitos Fundamentais</i>	587
1.1. <i>Bibliografia elementar</i>	587
1.2. <i>Bibliografia complementar</i>	588
2. <i>Direitos Humanos</i>	596
2.1. <i>Bibliografia elementar</i>	596
2.2. <i>Bibliografia complementar</i>	597
3. <i>Bibliografia histórico-pedagógica</i>	600
3.1. <i>Direito</i>	600
3.2. <i>Direito Constitucional e Direitos Fundamentais</i>	601
3.3. <i>Direito Internacional e Direitos Humanos</i>	601
G - CRONOGRAMAS DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS	602

INTRODUÇÃO

I - Depois de, ao longo de vinte anos (1988-2008), nos havermos dedicado à investigação e ao ensino do Direito Constitucional e, bem assim, do Direito Internacional Público, no âmbito, sobretudo, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, durante a última década (2009-2019) a nossa principal atenção centrou-se, no quadro, agora, das Faculdades de Direito das Universidades Lusíada, quer de Lisboa, quer do Porto, quer, episodicamente, de Luanda, na unidade curricular de Direitos Fundamentais.

Do mesmo modo, tendo elaborado o nosso relatório, atinente ao concurso para Professor Associado, na disciplina de Direito Constitucional, julgamos consequente a feitura do presente estudo na unidade curricular de Direitos Fundamentais, se bem que, propondo-lhe acoplada, indissociavelmente, uma segunda unidade relativa aos Direitos Humanos.

II – Efetivamente, numa ótica sistémica, consideramos que o modelo tradicional de estudo do Direito, assente na separação rígida, num verdadeiro *apartheid* jurídico, entre os dois sub-ordenamentos interno e internacional, se apresenta, hodiernamente, esgotado.

Logo, no ensino da unidade curricular de Introdução ao Estudo do Direito, no último decénio (2009-2019), temos lecionado, simultaneamente, Direito Interno e Direito Internacional, ensaiando, sempre que exequível, teorização comum a ambos os domínios.

E, refletindo semelhante escolha, dela resultaram edições sucessivas de *Introdução ao Direito - Interno e Internacional* (a terceira, e última até ao momento, com data de 2018).

No que concerne aos Direitos Fundamentais, de extração constitucional, e aos seus homólogos internacionais, os Direitos Humanos, não deve, a metodologia, ser distinta.

Assim, os programas da unidade curricular que vimos regendo no curso de licenciatura em Direito, tanto na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, como na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, refletem, expressamente, tal opção - não obstante a designação da unidade curricular persistir Direitos Fundamentais.

Não se negando a insusceptibilidade de unificação total, ou de unificação imediata, dos dois hemisférios jurídicos, mas, afirmando-se a possibilidade - e, mais, a desejabilidade - de uma alargada e progressiva articulação, cooperação e harmonização entre os mesmos.

Na verdade, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos ostentam, em comum, a génese, a positivação, a tipificação, o fundamento, a natureza, os sujeitos ativos e passivos, o objeto, a dicotomia entre direitos de liberdade e designados direitos sociais, e, por fim, a justicialidade, afastando-se, apenas, no que concerne à extensão desta última.

III - O normativo aplicável à agregação, exige, somente, a apresentação, apreciação e discussão de um relatório sobre uma unidade curricular, grupo de unidades curriculares, ou ciclo de estudos, no âmbito do ramo do conhecimento ou da especialidade no qual são prestadas as provas (art. 5º, al. b), Decreto-Lei nº 239/2007, de 19 de junho).

E não, como no passado, um relatório incluindo, mandatoriamente, o programa, os conteúdos, e os métodos do ensino, teórico e prático, das matérias correspondentes a uma disciplina, ou grupo de disciplinas (art. 9.º, n.º 1, Decreto nº 301/72, de 14 de agosto).

Todavia, pela natureza das coisas, imaginamos que esse relatório dificilmente poderá não incluir, quiçá, entre outras temáticas, um programa, os conteúdos e os métodos de ensino.

Julgamos indispensável, igualmente, uma identificação conceptual da unidade curricular.

Cremos, ainda, que poderá albergar, como é usual nesses relatórios, uma resenha histórica, atinente à génese e evolução da unidade curricular e daquelas que a precederam.

E, sobretudo, defendemos que um tal relatório deverá integrar as correspondentes lições.

Desde logo, porque a unidade curricular proposta inexistente, ou inexistente com o perfil proposto, na generalidade das Universidades portuguesas, dessa circunstância resultando a ausência de qualquer obra, generalista, dotada de semelhantes características.

Depois, porque a essência da nossa pretérita obra científica, quer no plano do Mestrado, quer no do Doutoramento, quer, inclusive no do imediato pós-doutoramento, incide, basicamente, sobre o Direito Constitucional na sua vertente organizatória e não na sua diferente dimensão jusfundamental, o mesmo ocorrendo, aliás - e muito mais longinquamente - com o anterior labor relativo ao Direito Internacional Público.

Finalmente, porque as construções jurídicas ora advogadas se afastam das sustentadas na doutrina maioritária em Portugal, justificando-se, pois, um desenvolvimento, um aprofundamento e uma fundamentação, incompatíveis, tanto com um simples programa, como, inclusive, com uns designados sumários desenvolvidos.

IV - Nesse contexto, o presente relatório encontra-se segmentado em sete partes distintas.

Uma primeira, fixando as noções operativamente adotadas de Direitos Fundamentais, de Direitos Humanos, e, numa ótica compreensiva, correspondente à natureza compósita da unidade curricular, de Direitos Fundamentais e, simultaneamente, de Direitos Humanos.

Uma segunda, registando a génese e as sucessivas metamorfoses conhecidas, em geral, pelo ensino do Direito, e, em especial, pela pedagogia do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais, e do Direito Internacional e dos Direitos Humanos, em Portugal.

Uma terceira, visando a identificação de um programa, detalhado e, igualmente, sintético.

Uma quarta, compreendendo, sob a forma de um possível manual, a integralidade dos conteúdos lecionáveis na presente unidade curricular jusfundamental e jushumanitária.

Uma quinta, selecionando a bibliografia elementar e, outrossim, complementar, implicadas, necessariamente, pela preparação, discente, desta - dupla - unidade curricular.

Uma sexta, refletindo os métodos de ensino, teórico, prático e tutorial, sugeridos para a inerente lecionação da unidade curricular de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Uma sétima, incluindo os cronogramas atinentes aos conteúdos dos vários tipos de sessão letiva, e simultaneamente, a bibliografia, elementar, a utilizar em cada uma das mesmas.

A - NOÇÕES ADOTADAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DE DIREITOS HUMANOS, E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

1. Direitos Fundamentais

I - O Direito Constitucional, na sua aceção substantiva, traduz-se no conjunto de normas e de decisões jurídicas que disciplinam a organização e o funcionamento do poder do Estado, bem como, a interação desse poder com a subjacente comunidade política nacional.

Logo, pela sua abrangência contedística, pela sua vocação estruturadora, e pela sua dimensão principal, destaca-se como o segmento medular do conjunto do Direito Interno.

II - Os Direitos Fundamentais, afirmando-se como incontornável parte desse Direito Constitucional, e refletindo aquela segunda dimensão, traduzem o conspecto normativo e decisional através do qual são reconhecidos os direitos subjetivos públicos das pessoas singulares, primacialmente, frente ao poder, e, acessoriamente, face à comunidade dos remanescentes indivíduos, tendo como escopo a garantia da dignidade da pessoa humana.

Todavia, como Direitos Fundamentais surgem, apenas, os que radicam na Constituição formal, porque a fundamentalidade implica, sempre, um estatuto constitucional formal.

E, nunca, os que resultam de mera previsão ordinária, nem, tão-pouco, essoutros, que, beneficiando embora de uma alusão constitucional expressa, não possuem, todavia, um suficiente grau de determinabilidade, prescritividade, incondicionalidade e justicialidade.

2. Direitos Humanos

I - O Direito Internacional, numa aceção estritamente material, necessariamente não estadual, reflete o acervo de normas e de decisões jurídicas que disciplinam a organização e funcionamento políticos da Comunidade Internacional, e, bem assim, os modos de articulação entre o poder na mesma instituído e o conjunto dos indivíduos que a compreendem.

O Direito Internacional integra, pois, antes de mais, um feixe de domínios intrinsecamente internacionais, substantivamente internacionais, porque impassíveis, pela natureza das coisas, de criação unilateral estadual, como se observa, designadamente, com o Direito da Resolução de Conflitos, o Direito dos Tratados, os Direitos do Mar e do

Ar, o Direito das Relações Internacionais, os Direitos Diplomático e Consular, o Direito das Organizações Internacionais, ou como os próprios Direitos Humanos.

Não obstante, esse Direito Internacional define-se, ainda, com recurso a critérios de índole procedimental e formal, albergando, nessa medida, conteúdos permanentemente reversíveis, porque suscetíveis, tanto de regulação extra-estadual, como de disciplina estadual, ou mesmo, quiçá, de um tratamento internacional e, concatenadamente, interno.

II - Os Direitos Humanos, no âmbito do Direito Internacional, Geral ou Regional, afirmam-se como o sistema de normas e de decisões jurídicas atributivas de direitos subjetivos públicos aos indivíduos, frente ao poder e, cumulativamente, face a outros indivíduos, vocacionadas, em exclusivo, para a proteção da dignidade da pessoa humana.

De facto, essa Comunidade compreende não só os Estados e as Organizações Internacionais, mas os sujeitos jurídicos individuais, a quem é deferida inequívoca personalidade jurídica internacional e, progressivamente estendida, capacidade jurídica.

Mais: a interação entre semelhantes sujeitos individuais conhece célere desenvolvimento, sobretudo, com a globalização, tornando incontornável a necessidade de um modelo de Direito Internacional mais próximo, tecnicamente, do que caracteriza os Direitos Internos, fenomenologia verificada, e em larga escala, com o Direito da União Europeia.

Os Direitos Humanos revelam, dentro do Direito Internacional, algumas especificidades.

Desde logo, ao admitirem um direito de assistência humanitária, potencialmente confligente com a soberania, depois, ao não fazerem depender as posições jurídicas públicas individuais de um princípio de reciprocidade inter-estadual e, por último, ao perfilarem-se, exclusivamente, no que tange aos direitos de liberdade, enquanto *ius cogens*.

3. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

A noção jurídica adotada nesta unidade curricular e, por consequência, no presente relatório, assume um perfil globalizante, em linha com a natureza estruturalmente sinonímica das locuções Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, compreendendo, desse modo, tanto uma vertente interna, como uma correspondente valência internacional.

Assim, entende-se por Direitos Fundamentais e Direitos Humanos o acervo de normas e de decisões correspondentes ao reconhecimento, ou ao estabelecimento, de direitos subjetivos públicos individuais, perante o poder, tipicamente, ou, acessoriamente, face à remanescente comunidade, e implicados pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Caracterialmente, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos afirmam-se enquanto direitos de origem natural, embora, subsequentemente, positivados e tipificados, e, bem assim, como direitos negativos, determinados, preceativos, incondicionados e justiciáveis.

B - MEMÓRIA DO ENSINO, EM PORTUGAL, DO DIREITO, DO DIREITO CONSTITUCIONAL, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS

1. Nas Faculdades de Direito das Universidades públicas

I - A Reforma Pombalina (1772) configura a mais estruturante mutação ocorrida, historicamente, no ensino universitário, em Portugal.

De onde, a periodização adotada para a gênese e evolução do específico ensino do Direito confronta, dicotomicamente, uma fase pré-pombalina, e uma fase pós-pombalina.

Sem prejuízo de, no quadro desse dualismo, segmentar, ainda, os momentos pré-liberal (1288-1820), liberal (1820-1926), anti-liberal (1926-1982), e pós-liberal (1982-...).

II - Atenta a matriz híbrida da unidade curricular importa, ainda, distinguir, não só, de um lado, a progressão do ensino do Direito, em geral e, de outro, a do Direito Constitucional e do Direito Internacional, como, no âmbito destes dois últimos, a evolução dos Direitos Fundamentais face à registada pelos homólogos Direitos Humanos.

1.1. Direito

I - No século XIII, por iniciativa do Rei D. Dinis, um conjunto de personalidades, integrantes do clero menor, dirige ao Papa Nicolau IV uma súplica visando a confirmação da fundação, na cidade de Lisboa, de um nomenclado Estudo Geral de Letras (1288).

E, mais tarde, uma Bula papal sanciona, juridicamente, a nova instituição, que, entretanto, havia dado início, em Alfama, no Campo da Pedreira, às suas atividades letivas (1290).

A futura Universidade portuguesa inspira-se nos modelos estrangeiros ao tempo existentes, mais concretamente, no que tange aos estudos jurídicos, quer de Direito Romano, quer de Direito Canónico, observáveis em Itália, na Universidade de Bolonha.

Esta última instituição académica surge, aliás, como o mais típico destino dos portugueses que pretendiam prosseguir a respetiva formação académica, após, usualmente, a frequência das escolas eclesiásticas estabelecidas em alguns dos mosteiros e abadias.

O Estudo Geral português é instalado, originariamente, em Lisboa (1290), depois em Coimbra (1308), de novo, em Lisboa (1338), em Coimbra, uma vez mais (1354),

regressando, finalmente, a Lisboa (1377), nesse local permanecendo até ao seu encerramento e à criação, definitiva, de uma Universidade em Coimbra (1537).

Durante o reinado de D. João III, o mais saliente período da Universidade pré-pombalina, o ensino do Direito Canónico e do Direito Romano segmentam-se, respetivamente, e por esta ordem de relevância, entre a Faculdade de Cânones e a Faculdade de Leis.

Curricularmente, os Estatutos Filipinos da Universidade de Coimbra (1598), alterados pela última vez meio século mais tarde (1653), e também designados por Estatutos Velhos ou Sétimos Estatutos, preveem, no quadro da Faculdade de Cânones, cinco cátedras, de Decretais, de Decreto, de Sexto e de Clementinas, e duas catedrilhas, ambas de Decretais, e outrossim, no âmbito da Faculdade de Leis, quatro cátedras, de Esforçado, de Digesto Velho, de Digesto Novo e uma relativa aos três livros do Código, e quatro catedrilhas, duas de Código e duas de Institutas, correspondentes às partes do Código Justinianeu.

II - Entretanto, como efeito do labor do Cardeal D. Henrique e da Companhia de Jesus, o pretérito Colégio do Espírito Santo (1553) encontra-se na origem da Universidade de Évora.

Confirmada, igualmente, por uma Bula papal (1559), esta instituição de ensino superior funciona, sem quaisquer interrupções, ao longo das duas subseqüentes centúrias (1759).

Não obstante, a sua virtual concorrência com a Universidade de Coimbra não ultrapassa, no domínio do ensino jurídico, um pequeno setor do Direito Canónico, uma vez que a instituição se apresenta vocacionada, em exclusivo, para a formação superior do clero.

O principal curso lecionado na Universidade de Évora, o curso de Teologia, inclui, inicialmente, as cadeiras de Teologia Especulativa, de Teologia Moral, de Escritura Sagrada, de Retórica e de Latim, não conhecendo, até ao final, relevantes modificações.

III - A rutura introduzida por Pombal no ensino superior regista cinco eventos essenciais.

O primeiro traduz-se na publicação da obra estrutural de Verney, *Verdadeiro Método de Estudar* (1746).

E, mais especificamente, em sede de Direito, nas suas propostas de um conhecimento preliminar da Filosofia e da Ética, de adequação espacial e temporal do Direito Romano, de estudo do Direito Natural e do Direito das Gentes, e de compreensão do Direito Pátrio.

O segundo evento reflete-se na publicação da, jusnaturalista, Lei da Boa Razão (1769).

Desde logo, num plano interno, ao fazer depender da estrita conformidade com esse parâmetro racionalizador a - agora meramente eventual - utilização do Direito Romano.

Depois, no plano externo, ao preterir este último em favor de um Direito Internacional - ou das Gentes - em formação, e das normas, nele patentes, comuns às Nações civilizadas.

E, por último, mas decerto não menos relevante, afastando, definitivamente, do hemisfério temporal o Direito Canónico, mesmo enquanto corpo regulatório subsidiário.

O terceiro evento assenta no estabelecimento da Junta da Providência Literária (1770), tendo por escopo a identificação das principais deficiências e causas do atraso do ensino português, bem como a apresentação das propostas adequadas à respetiva superação.

O quarto louva-se na elaboração do Compêndio Histórico do estado da Universidade de Coimbra (1771), consubstanciado numa crítica severa à metodologia pedagógica dos jesuítas, e integrando as linhas estruturantes da reforma entendida necessária.

Designadamente, sustentando a urgência de um conhecimento da História do Direito, do Direito Racional e, no quadro deste último, essencialmente, do Direito Pátrio português.

Por fim, o quinto evento decorre da publicação dos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772), usualmente designados por Estatutos Novos - ou Estatutos Pombalinos - vocacionados para a “nova criação da Universidade de Coimbra” (*Estatutos da Universidade de Coimbra, do Anno de MDCCLXXII*, Lisboa, Régia Officina Typografica, 1773).

IV - Os Estatutos apresentam-se segmentados em *Curso Theologico* (Livro I), *Cursos Jurídicos das Faculdades de Cânones e de Leis* (Livro II), e *Cursos das Ciências Naturaes e Filosóficas*, incluindo o *Curso Médico*, o *Curso Matemático* e *Curso Filosófico* (Livro III).

No que concerne ao Direito, o normativo refundador da Universidade pátria divide o mencionado Livro II em, *Da preparação para os Cursos Jurídicos* (Título I), *Do tempo dos Cursos Jurídicos; e das Disciplinas que neles se hão de ensinar* (Título II), *Da distribuição das Disciplinas Jurídicas pelos Annos dos Cursos de Direito Civil e Canonico; da Escola da Jurisprudência que se há de seguir; e do Methodo das Lições das Aulas Jurídicas* (Título III), *Das Disciplinas do Segundo Anno do Curso dos Legistas* (Título IV), *Das Disciplinas do Segundo Anno do Curso dos Legistas* (Título IV), *Das Disciplinas do Terceiro, e Quarto Anno do Curso dos Legistas* (Título V), *Das disciplinas que devem ser ensinadas no Quinto Anno do Curso de Direito Civil* (Título VI), *Do Curso de Direito Canónico; e da Applicaçãõ, que para elle se deve fazer das Providências Geraes dos Estatutos dos Títulos Primeiro, Segundo, Terceiro, e Quarto deste Livro estabelecidas para ambos os Curso Juridicos* (Título VII), *Das Disciplinas do Terceiro, e Quarto Anno do Curso de Cânones; e da Ordem, e do Methodo dellas* (Título VIII), *Das Disciplinas do Quinto Anno do Curso de Direito Canónico* (Título IX), *Dos Exercicios Literarios dos Juristas nas Aulas Jurídicas* (Título X), *Dos Actos, e Exames públicos dos Estudantes Juristas* (Título XI), *Dos Lentes Substitutos; e dos Oppositores, que se hão de nomear para substituírem as Cadeiras nos seus impedimentos* (Título XII), *Das Lições Extraordinárias do Tempo Lectivo; e dos Cursos de Leitura de Férias* (Título XIII), *Das Congregações das Faculdades de Leis, e de Cânones; e das Pessoas, de que elas se devem compor; e dos Officios proprios dellas* (Título XIV).

V - Curricularmente, e num tempo cursal reduzido de oito para cinco anos - seis anos, para os que pretendam ascender aos graus de Licenciado ou de Doutor - encontram-se previstas oito cadeiras na Faculdade de Leis, sete cadeiras na Faculdade de Cânones, e uma cadeira comum a ambas (Título II, Capítulo V).

Na Faculdade de Cânones, relativamente ao Curso de Direito Canónico, ressaltam as - mais tradicionais - cadeiras de Jurisprudência Canónica, de História da Igreja e do Direito Canónico, de Instituições de Direito Canónico, de Decreto e de Decretais – “a disciplina principal deste Curso é a Jurisprudência Canónica” (Título II, Capítulo IV).

Na Faculdade de Leis, agora dominante, regista-se, inovadoramente, no que concerne ao Curso de Direito Civil, a criação da cadeira essencial de Direito Pátrio, Particular, e Público - “o primeiro e principal na autoridade he o Pátrio” (Título II, Capítulo III).

Embora, em simultâneo com as de Direito Civil, e, inclusive, a título subsidiário, com as de Instituições de Direito Romano e História dos Povos e Direitos Romano e Português.

Cumulativamente, desponta, enquanto objeto comum às duas Faculdades, de Direito e de Cânones, a cadeira de Direito Natural, Público Universal, e das Gentes (Título II, Capítulo V) - “considerando que nenhum Direito pode ser bem entendido sem hum claro conhecimento prévio, assim, do Direito Natural, Público Universal, e das Gentes” (Título II, Capítulo III).

Sem prejuízo de, em rigor, a estrutura dos cursos ministrados, em Leis e em Cânones, continuar a integrar, respetivamente, o *Corpus Iuris Civilis* e o *Corpus Iuris Canonici*.

VI - Pedagogicamente, os Estatutos Pombalinos prescrevem, para a generalidade dos cursos, em oposição à anterior e ancestral metódica escolástica, a adoção de um modelo - de origem germânica - sintético-demonstrativo-compendiário (Título III, Capítulo I).

Sintético, porque exigindo uma lecionação, clara e sequencial, das divisões, definições e princípios, relativos à integralidade da matéria, demonstrativo, porque implicando uma fundamentação lógica das construções jurídicas sustentadas, e compendiário, porque adstringindo à elaboração de lições escritas, contendo os tópicos elementares lecionados.

Igualmente, em rutura com o passado, os Novos Estatutos obrigam os alunos à efetiva frequência das aulas, ou, inclusivamente, à de aulas de cursos distintos dos seus próprios.

Mais: o sistema pedagógico assenta numa embrionária forma de avaliação contínua, com prestação de provas escritas e de provas orais, ao longo da integralidade do ano letivo, com recurso a um procedimento imperativo, rotativo e aleatório (Título III, Capítulo I).

Por último, a própria matrícula, em qualquer das duas Faculdades de Direito, assume como pressuposto um adequado conhecimento da Língua Latina - ou até, eventualmente, da Língua Grega - da Retórica, da Lógica, da Metafísica e da Ética (Título I, Capítulo II).

1.2. Direito Constitucional

No que concerne, especificamente, ao que designamos, hoje, por Direito Constitucional, a evolução do ensino é assinalada, numa perspetiva formal, por dois vetores estruturantes.

Um, a mutação acentuada na respetiva designação, outro, a ilinearidade dessa mutação.

Numa ótica substantiva, dois aspetos, no desenvolvimento operado, justificam saliência.

De um lado, uma progressão menos vincada do que a nomenclatura sugeriria e, de outro lado, uma metamorfose, algo linear, desde o Direito Pátrio até ao Direito Constitucional.

1.2.1. Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1.2.1.1. Pré-liberalismo

I - A unidade curricular sobre a qual incide o presente relatório encontra a sua origem longínqua, precisamente, na recém-criada, e muito abrangente, cadeira de Direito Pátrio.

Na verdade, o Direito Pátrio surge, ao tempo, como um misto de Filosofia do Direito, História do Direito, Direito Interno e, inclusive, de parte do Direito Internacional.

Mais: em rigor, só no século seguinte, no quadro da reforma curricular de 1805, se opera a sua configuração como estrito Direito Público Interno, em resultado da autonomização de uma nova cadeira de Direito Público Universal e das Gentes - ou Direito Internacional.

II - Em 1772, data que assinala a entrada em vigor dos Novos Estatutos, a regência da cadeira de Direito Pátrio é atribuída a Vieira Godinho, embora o respetivo contributo doutrinário se situe, não no domínio do ordenamento jurídico vigente, mas num âmbito pretérito, designadamente, com *História do Direito Português*, inédita.

Assim, nessa fase, destaca-se, sobretudo, Mello Freire, professor a quem se devem *História do Direito Português*, Lisboa, 1778, *Instituições de Direito Civil Português tanto Público como Particular*, Lisboa, 1789 e, em plano prospetivo, o *Projecto do Novo Código de Direito Público de Portugal* (1789), Coimbra, 1844 - mandado elaborar por D. Maria I, visando uma reforma das Ordenações.

Referência merece, igualmente, o labor doutrinário, enquanto docentes da Faculdade de Leis, de Raimundo Nogueira, do qual se registam *Prelecções de Direito Pátrio*, Coimbra, 1786, e, não menos salientemente, um projeto inspirador da futura Carta Constitucional,

Coelho Sampaio, autor de *Prelecções de Direito Pátrio Público e Particular*, Coimbra, 1793, e, derradeiramente, Correia da Silva, com umas *Lições de Direito Pátrio*, inéditas.

1.2.1.2. Liberalismo

I - Em Portugal, o extenso período do constitucionalismo liberal e, sobretudo, monárquico, corresponde à época gloriosa do ensino do futuro Direito Constitucional.

Registando a transição da Filosofia do Direito e do Estado para a Teoria Jurídica do Estado, e espelhando uma rica sucessão de escolas, concepções, obras e autores.

II - É certo que, na sequência da criação da Faculdade de Direito, em 1836, se opera o reagrupamento do Direito Pátrio, com o regresso à heterogeneidade conteudística.

Patente no surgimento de uma cadeira nomeada, inicialmente, Direito Público Português, pela Constituição, Direito Administrativo Pátrio, Princípios de Política, e Direito dos Tratados de Portugal com outros Povos e, ulteriormente, apenas, Direito Público.

Contudo, em 1865, regista-se o significativo desdobramento do Direito Público em duas cadeiras autónomas, concretamente, por um lado, a de Elementos de Filosofia do Direito e História do Direito Constitucional Português, e por outro, a de Princípios Gerais de Direito Público Interno e Externo e Instituições de Direito Constitucional Português.

Do mesmo modo que, em 1879, embora se proceda à condensação destas numa única, de Direito Constitucional, se regista a divisão entre as recém-criadas duas secções, de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, da Faculdade de Direito de Coimbra.

Em 1901, é a oportunidade para, no contexto de um renovado plano curricular, emergir uma cadeira de Ciência Política e Direito Constitucional e, em 1911, de ver surgir uma nova cadeira de Direito Político, acompanhada por uma outra, atinente ao Direito Constitucional Comparado, cadeira esta, porém, suprimida logo em 1923.

III - Neste lapso temporal, destaca-se Pinheiro Ferreira, autor de uma obra vasta, profunda e original - a que corresponde, aliás, uma carreira académica atípica - nela se destacando *Précis d'un Cours de Droit Public Interne et Externe*, Paris, 1830, *Projecto de Ordenações para o Reino de Portugal*, Paris, 1831, *Manual do Cidadão em um Governo Representativo, ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes*, V. I, *Direito Constitucional*, Paris, 1834, *Projecto de Código Político para a Nação Portuguesa*, Paris, 1838, e, por último, *Précis de Droit Politique*, Lisboa, 1845.

Todavia, muito relevante, igualmente, é o contributo de Lopes Praça, *maxime*, com *Direito Constitucional Português. Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e o Acto*

Adicional de 1852, Coimbra, 1878-1879, e *Colecção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito Português*, Coimbra, 1893-1894.

Merecem referência, ainda, Sousa Pinto, autor de *Lições de Direito Público Português*, Coimbra, 1837, Magalhães Mexia, e *Princípios de Direito Político*, Coimbra, 1841, Egídio Garcia, com *Plano desenvolvido do Curso de Ciência Política e Direito Político*, Coimbra, 1885, Tavares de Medeiros, e *Estudos de Ciência Política. Teoria do Estado*, Coimbra, 1892, Frederico Laranjo, através das obras *Ciência Política e Direito Político*, Coimbra, 1892, e *Princípios de Direito Político e Direito Constitucional português*, Coimbra, 1898, Alberto dos Reis, com *Lições de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1901, Marnoco e Sousa, *Lições de Direito Político*, Coimbra, 1900, e *Direito Político, Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, José Tavares, autor de *Ciência do Direito Político*, Coimbra, 1910, e Lobo de Ávila Lima, preletor das *Lições de Direito Político*, Coimbra, 1911.

1.2.1.3. Anti-liberalismo

I - Em 1928, verifica-se o abandono da designação de Direito Político e a sua substituição pela de Direito Constitucional, modelo que, atravessando a reforma de 1945, se mantém, duradouramente, até 1972.

Data na qual ocorre a reversão - por referência à opção original de 1901 - dessa disciplina de Direito Constitucional numa outra de Ciência Política e Direito Constitucional.

II – Não obstante, ao longo deste período, visualiza-se o progressivo congelamento da discussão político-constitucional, e a concentração num número restrito de autores, agravado pela transferência de alguns dos docentes para a nova Universidade de Lisboa.

Destacam-se, pois, tão-somente, Fezas Vital, que nos lega - desse seu período inicial coimbrão - *Lições de Direito Político*, Coimbra, 1928, o seu sucessor, José Carlos Moreira, responsável por *Direito Constitucional*, Coimbra, 1952, ou, em momento muito mais tardio, Rogério Soares, e as suas *Lições de Direito Constitucional*, Coimbra, 1971.

III - O golpe de Estado de 1974 origina o derradeiro segmento anti-liberal (1974-1982).

Os seus primeiros anos (1974-1978) caracterizam-se por um quase-interregno académico.

Mas, desde 1979, o plano curricular passa a integrar uma cadeira de Direito Constitucional, anual, à qual se agrega uma outra, semestral, de Ciência Política.

IV - Do primeiro momento, não resulta qualquer obra jurídico-política digna de registo.

No segundo, destaca-se, de imediato, Gomes Canotilho, sobretudo com *Direito Constitucional*, Coimbra, 1977, obra que conhece várias edições, e, associado a Vital Moreira, com *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1978.

1.2.1.4. Pós-liberalismo

I - Em 1989, vislumbra-se a redução deste domínio jus-científico a um estudo, singular, embora com extensão anual, designado por Direito Constitucional e Ciência Política.

Na solução de Bolonha, encontram-se previstas duas unidades curriculares de Direito Constitucional, semestrais, dando-se a eliminação do anterior vetor de Ciência Política.

Um modelo curricular que se mantém, hodiernamente, apresentando-se as regências, de ambas as disciplinas, partilhadas entre Susana Tavares da Silva e João Carlos Loureiro.

II - Doutrinariamente, e em sede de manuais universitários gerais, persiste a limitação autoral, determinada, sobretudo, pela presença, dominante, de Gomes Canotilho, com o referido *Direito Constitucional*, primeiro, e, anos mais tarde, com *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ambos objeto de múltiplas edições e reimpressões.

1.2.2. Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1.2.2.1. Liberalismo

I - Com a República surge a Universidade de Lisboa, e cessa o monopólio do ensino do Direito em Coimbra, em razão da criação de uma segunda Faculdade de Direito (1913).

Todavia, a nova instituição de ensino jurídico designa-se, originariamente - e de forma significativa - Faculdade de Ciências Económicas e Políticas, sendo, depois, alterada, no ato instituidor, para Faculdade de Estudos Sociais e de Direito, e apenas subsequentemente ostentando a atual nomenclatura de Faculdade de Direito (1917).

Mais: o plano de curso surge unificado com o de Coimbra, revelando que, sem prejuízo da sua designação inicial, se trata, em rigor, de pouco mais do que de um desdobramento.

II - Relativamente aos docentes e labor científico erguem-se, sobretudo, Rocha Saraiva, responsável por *Lições de Direito Político*, Coimbra, 1914, e *Direito Público*, Lisboa, 1925, e, na sucessão, Nobre de Melo, autor de *Lições de Direito Político*, Lisboa, 1924.

1.2.2.2. Anti-liberalismo

I - A Revolução Nacional de maio de 1926 implica o fim do - suposto - projeto sociologista de Afonso Costa, vendo-se a Faculdade, inclusive, encerrada no ano de 1928.

II - Os subsequentes cinquenta anos são assinalados por um progressivo esbatimento do debate político-constitucional, e, inerentemente, pela compressão do número de autores.

Assumem notoriedade Fezas Vital, que nos deixa *Direito Constitucional*, Coimbra, 1946, e, sobremaneira, Marcello Caetano, responsável, no domínio científico em questão, de *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, com edições sucessivas desde 1951.

Em complemento - e atualização - da obra de Marcello Caetano, pode ser referenciado *Direito Constitucional português - Sumários*, Lisboa, 1970, de Miguel Galvão Telles.

III - Na esteira do observado em Coimbra, os anos imediatamente subsequentes ao golpe de Estado de 1974 caracterizam-se pela emergência de um quase-interregno académico.

IV - A partir da 1978, procede-se à semestralização do ensino desta vertente do Direito Público, que incorpora uma cadeira de Ciência Política, e outra de Direito Constitucional.

Entre os docentes, emergem Marques Guedes, do qual ficam *Ideologias e Sistemas Políticos*, Lisboa, 1978, e *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1979, Rebelo de Sousa, de quem é recebido *Direito Constitucional I*, Braga, 1979, e Jorge Miranda, com o seu *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1981.

1.2.2.3. Pós-liberalismo

I - Em 1983, salienta-se o aditamento de uma segunda cadeira semestral de Direito Constitucional e, em 1986, a fusão, numa única anual, do Direito Constitucional com a Ciência Política, acompanhada por uma disciplina, semestral, de Direito Constitucional.

No âmbito da adequação a Bolonha, apresentam-se duas unidades curriculares semestrais de Direito Constitucional, às quais se agrega uma outra relativa a Direitos Fundamentais.

Hodiernamente, o ensino destes saberes estende-se por três cursos, dois de Direito Constitucional, e um de Direitos Fundamentais, todos eles de jaez semestral e obrigatório.

As correspondentes regências vêm sendo partilhadas, no que toca aos primeiros, entre Blanco de Moraes, Paulo Otero, Melo Alexandrino, Nogueira de Brito e Pereira Coutinho e, no que respeita ao último, de Direitos Fundamentais, entre Reis Novais e David Duarte.

Enquanto unidades curriculares optativas, regista-se a presença de uma cadeira de Ciência Política, com o encargo de regência repartido entre Reis Novais, Pereira Coutinho e Rui Fonseca, e de outra, de Justiça Constitucional, atribuída a Margarida d' Oliveira Martins.

II - Quanto à doutrina, observa-se, numa primeira subfase, um claro empobrecimento autoral, em razão da vincada presença de Jorge Miranda, que, todavia, nos lega *Manual de Direito Constitucional*, em vários tomos, objeto de múltiplas edições e reimpressões.

Mais recentemente, emergem Blanco de Moraes, com *Curso de Direito Constitucional*, Coimbra, 2018 e *Justiça Constitucional*, Coimbra, 2006, e Paulo Otero, autor de *Direito Constitucional português*, Coimbra, 2017.

1.2.3. Na Faculdade de Direito da Universidade Nova

I - O plano curricular da Faculdade de Direito da Universidade Nova, criada em 1997, apresenta, inicialmente, duas unidades semestrais, obrigatórias, de Direito Constitucional.

Aquando da adequação a Bolonha, o modelo não conhece alterações, atenta a presença de uma unidade de Direito Constitucional, e de outra de Direito Constitucional Português.

Sem embargo, distingue-se dos remanescentes em razão uma oferta mais diversificada de unidades curriculares facultativas, que compreende, ainda, os Direitos Fundamentais, a Ciência Política, ou, noutro plano, a História do Estado e a História das Ideias Políticas.

Hodiernamente, a planificação curricular mencionada afigura-se, rigorosamente, idêntica.

II - No que tange à produção científica, relevam Bacelar Gouveia, com *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2005, objeto de várias edições, e Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra, 2012.

1.2.4. Em outras Faculdades de Direito públicas

I - Em 1993, regista-se a criação, na Universidade do Minho, de uma Escola de Direito.

O plano curricular define uma cadeira anual e outra semestral de Direito Constitucional.

Com Bolonha, a escolha mantém-se quase inalterada, atenta a previsão de uma disciplina, anual, de Direito Constitucional, e de uma outra, semestral, de Direitos Fundamentais.

E, na atualidade, persiste o estabelecimento e uma cadeira anual, geral, de Direito Constitucional, e de uma disciplina, semestral, consagrada aos Direitos Fundamentais.

II - Embora inexistindo, ainda, obras do foro geral, as principais referências são Bacelar de Vasconcelos, com, sobretudo, *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*, Lisboa, 1996, e Freitas da Rocha, autor de *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, 2008.

III - Em 1995, surge, igualmente, na Universidade do Porto, uma Faculdade de Direito.

O respetivo plano de curso determina a existência de uma cadeira de Direito Constitucional, anual, acompanhada por outra, de duração semestral, de Ciência Política.

Na transição para Bolonha, esta instituição exhibe, com carácter de obrigatoriedade, duas cadeiras semestrais de Direito Constitucional, uma terceira, também semestral, de Direitos Fundamentais, bem como uma quarta, semestral, igualmente, de Ciência Política.

Contemporaneamente, o quadro desenhado não conhece regressão, vislumbrando-se, ao invés, o aditamento de uma nova unidade, se bem que optativa, de Justiça Constitucional.

IV - No domínio autoral, sobressaem Ferreira da Cunha, designadamente, com *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, 2006, e Cristina Queiroz, autora, entre outros, de *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra, 2016, ou de *Direito Constitucional - As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, 2009.

1.3. Direitos Fundamentais

Em Portugal, os Direitos Fundamentais afirmam-se, desde a respetiva génese, enquanto verdadeiros direitos subjetivos de natureza pública, afastando-se, por consequência, da modelação francesa, e aproximando-se, nessa medida, de um paradigma originário inglês.

Todavia, a autonomização científica e, sobretudo, pedagógica, é, relativamente, recente.

1.3.1. Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1.3.1.1. Pré-liberalismo

O ensino dos Direitos Fundamentais ou, em rigor, o dos seus imediatos antecessores, os Direitos Naturais, pode visualizar-se, muito remotamente, depois da Reforma Pombalina.

Assim, no que concerne ao segmento do Direito Pátrio designado por Direito Público Universal, os Estatutos preveem que esta integre a “importantíssima Doutrina dos Direitos, e Offícios Recíprocos dos Soberanos, e dos Vassallos” (Título III, Capítulo III).

Todavia, no contexto do *Ancien Regime*, tal reciprocidade revela-se, na sua essência, inexistente, definindo-se a articulação entre poder e sociedade como meramente unívoca, e conformando, apenas, a emergência de Deveres Fundamentais (Título III, Capítulo III).

1.3.1.2. Liberalismo

I - O liberalismo político encontra-se na génese do ensino dos Direitos Fundamentais, em correspondência com a respetiva positivação, e, inclusive, tipificação, constitucionais.

Embora numa perspetiva, ainda - e incompreensivelmente - sobretudo, jus-filosófica.

Com efeito, só em 1865 é instituída uma nova cadeira, autonomizada frente à de Elementos de Filosofia do Direito e História do Direito Constitucional Português, de Princípios Gerais de Direito Público Interno e Externo e Instituições de Direito Constitucional Português.

E, mais, semelhante modelo assume uma natureza transitória, atenta a condensação, de novo, dessas duas últimas unidades numa única, primeiro, de Direito Constitucional, em 1879, depois, em 1901, de Ciência Política e Direito Constitucional, e, finalmente, em 1911, de Direito Político.

II – Entre os cultores salienta-se Pinheiro Ferreira, com o já referido *Manual do Cidadão em um Governo Representativo ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes*, Paris, 1834, *Précis d'un Cours de Droit Public*, Lisboa, 1845 e, mais especificamente, com uma *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, Paris, 1836.

Mas surgem, para além dele, Neto Paiva, com *Princípios Gerais de Filosofia do Direito*, Coimbra, 1850, Lopes Praça, autor de *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Ato Adicional de 1852*, Coimbra, 1878-1880, sem obnubilar o próprio Seabra e Sousa - reitor, embora não professor, da Universidade - e o seu remarcável *Código Civil* de 1867.

Ou, já no decurso do século XX, José Tavares, responsável por *Ciência do Direito Político*, Coimbra, 1909, Rocha Saraiva, com *Construção jurídica do Estado*, Coimbra, 1912, e Marnoco e Sousa, e o seu *Comentário à Constituição de 1911*, Coimbra, 1913.

Obras nas quais é possível, sem exceção, observar o tratamento das matérias *sub-judice*.

1.3.1.3. Anti-liberalismo

I – O estabelecimento, em 1933, de um modelo autoritário de Estado, é incompatível com a existência de efetivos - que não meramente semânticos - Direitos Fundamentais.

Não se estranha, pois, a secundariedade do seu ensino, no quadro das várias cadeiras de Direito Político, Direito Constitucional, ou Ciência Política e Direito Constitucional.

Não obstante, debruçam-se sobre a temática, residualmente, Fezas Vital, em *Lições de Direito Político*, Coimbra, 1928, José Carlos Moreira, em *Direito Constitucional*, Coimbra, 1952, e Rogério Soares, em *Lições de Direito Constitucional*, Coimbra, 1971.

II – Após 1976, o anti-liberalismo persiste, agora em razão de uma opção constitucional vigente, funcionalizada, vinculada, diretiva e dirigente, de transição para o socialismo.

III - Os primeiros anos (1974-1978) caracterizam-se por um quase-interregno académico.

Contudo, desde 1979, o plano curricular integra uma cadeira, anual, de Direito Constitucional, albergando, entre múltiplos outros, os conteúdos jus-fundamentais examinandos, cadeira essa à qual se agrega uma segunda, semestral, de Ciência Política.

Neste novo quadro jurídico-político, pontificam, essencialmente, Gomes Canotilho, e *Direito Constitucional*, Coimbra, 1977, bem como, em parceria autoral - perene - com este, Vital Moreira, e *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1978.

1.3.1.4. Pós-liberalismo

I – Em 1989, opera-se a compressão deste domínio do Direito Público numa única unidade curricular, anualizada, designada por Direito Constitucional e Ciência Política, com efeitos negativos - e previsíveis - em sede de jusfundamentalidade.

Modelo que, com Bolonha, que não conhece sensíveis alterações, apesar do surgimento de duas unidades, semestrais, de Direito Constitucional, e a supressão da Ciência Política.

Como as desconhece, mesmo na atualidade, com a reiterada não-autonomização, enquanto disciplina autónoma, dentro do saber constitucional, dos Direitos Fundamentais.

II – No plano doutrinário, o destaque vai, inquestionavelmente, para Vieira de Andrade, com *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, 1983, e as suas múltiplas edições, embora não se revele despreciando, também aqui, o contributo de Gomes Canotilho, com a referida obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*

e, recentemente, de Susana Tavares da Silva, com *Direitos Fundamentais na arena global*, Coimbra, 2011.

1.3.2. Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1.3.2.1. Liberalismo

I - Não obstante a criação desta segunda Faculdade de Direito, o plano curricular apresenta-se unificado com o de Coimbra, compreendendo uma única cadeira de Direito Político.

II - Relativamente aos preletores e obras elaboradas erguem-se, sobretudo, Rocha Saraiva, responsável por *Lições de Direito Político*, Coimbra, 1914, e *Direito Público*, Lisboa, 1925, e Nobre de Melo, ao qual se deve *Lições de Direito Político*, Lisboa, 1924.

1.3.2.2. Anti-liberalismo

I - Em Estado autoritário, apresenta-se muito escassa a preocupação com os Direitos Fundamentais, no âmbito de qualquer das cadeiras, sucessivamente previstas, de Direito Político, de Direito Constitucional, ou de Ciência Política e Direito Constitucional.

Referem-se, não obstante, Fezas Vital, autor de *Direito Constitucional*, Coimbra, 1946, e, sobretudo, Marcello Caetano, com *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 1951, em sucessivas edições, bem como, *Lições de Direito Corporativo*, Lisboa, 1935 ou, *in casu, Posição do Indivíduo no Estado Corporativo*, Lisboa, 1935.

E, em sede jusfundamental, justifica menção, ainda, como atualização da obra de Caetano, *Direito Constitucional português - Sumários*, Lisboa, 1970, de Miguel Galvão Telles.

II - Em 1978, num segundo período anti-liberal, são estabelecidas duas distintas cadeiras semestrais, uma atinente à Ciência Política, uma outra relativa ao Direito Constitucional.

Doutrinariamente, emergem Rebelo de Sousa, com *Direito Constitucional I*, Braga, 1979 e, sobretudo, Jorge Miranda, autor de *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1981.

1.3.2.3. Pós-liberalismo

I - Em 1983, finalmente, tem lugar a consagração de uma unidade autónoma de Direitos Fundamentais, embora semestral e exclusiva da menção de Ciências Jurídico-Políticas.

Autonomização que, no conspecto do ajustamento ao procedimento de Bolonha, subsiste.

A respetiva lecionação, neste lapso temporal, encontra-se a cargo de Jorge Miranda, de Rebelo de Sousa e, ainda, de Sérvulo Correia e de Vasco Pereira da Silva.

No plano autoral, salienta-se Jorge Miranda, especificamente, com um dos volumes do *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1988, dedicado, *ex professo*, a esta temática.

II – Contemporaneamente, destaca-se a sedimentação de uma unidade específica de Direitos Fundamentais, com extensão semestral e, agora, natureza obrigatória.

Unidade por cuja regência se apresentam responsáveis Reis Novais e David Duarte.

III - No que concerne à doutrina mais recentemente editada, emergem - se bem que, não ainda, sob a forma de manuais universitários - os contributos de Melo Alexandrino, com *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, Coimbra, 2006, e, outrossim, de Reis Novais, *maxime* com *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2010.

1.3.3. Na Faculdade de Direito da Universidade Nova

O plano curricular adotado prevê, reiteradamente, a existência de uma unidade específica consagrada aos Direitos Fundamentais, outorgando-lhe, porém, carácter facultativo.

Dessa unidade surge incumbida, hoje, Cristina Queiroz, autora de *Direitos Fundamentais (teoria geral)*, Coimbra, 2010, e de *Direitos Fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006.

1.3.4. Em outras Faculdades de Direito públicas

I – No que toca à Escola de Direito do Minho, o ajustamento de Bolonha converte a anterior unidade de Direito Constitucional, numa outra, específica, de Direitos Fundamentais.

Modelação que, contemporaneamente, se mantêm.

Relativamente ao labor científico, justificam referência Benedita Mac Crorie e Sofia Pinto Oliveira, co-autoras da obra *Direitos Fundamentais - elementos de apoio*, Braga, 2015.

II – Do mesmo modo, no que toca à Faculdade de Direito do Porto, com Bolonha emerge uma unidade, autónoma, semestral, e obrigatória, concernente aos Direitos Fundamentais.

Solução curricular que permanece, igualmente, até à atualidade.

Implicam expressa referência doutrinária, neste último caso, os trabalhos de Ferreira da Cunha, *Direitos Fundamentais – Fundamentos e Direitos Sociais*, Lisboa, 2014, e os - já antes referidos - de Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais (teoria geral)*, Coimbra, 2010, e *Direitos Fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006.

1.4. Direito Internacional

No que tange ao Direito Internacional, a evolução pedagógica distribui-se por três fases.

Uma primeira, sem autonomia formal face ao ramo do Direito Interno antes examinado.

Uma segunda, na qual é possível observá-la, mas sem separação do Direito Internacional Privado.

Uma terceira, correspondente à afirmação de um verdadeiro Direito Internacional - ou Direito Internacional Público.

Evolução que, num Estado aberto desde sempre ao Mundo, sugere um claro atraso académico e, por inerência, científico e doutrinário.

1.4.1. Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1.4.1.1. Pré-liberalismo

I - O segundo domínio da unidade curricular sobre a qual incide o presente relatório, o domínio internacional, encontra a sua matriz, igualmente, na cadeira de Direito Pátrio.

“A Collecção destas Leis, com que a Natureza regulou a ação dos Povos livres; e o aggregado dos respectivos Officios, com que ella os ligou para os seus interesses comuns, e para o bem universal de toda a Humanidade, constitui a quarta, e última parte, do Direito Natural conhecida pelo nome de Direito das Gentes” (Título III, Capítulo IV).

E a inclusão no Direito Pátrio resulta de esse Direito Internacional, a exemplo do Direito Interno, ser configurado como um segmento do Direito Natural, como império da Razão.

“Não havendo outras Leis de que possam emanar estes recíprocos Direitos, e Offícios das Nações, senão as Leis Naturaes, deve cada hum dos Corpos Mysticos das mesmas Nações reconhecer o Império da Razão” (Título III, Capítulo IV).

II – Não obstante, de uma perspectiva formal, só depois de 1805 se observa, no seio do referido Direito Pátrio, na Faculdade de Leis, a verdadeira autonomização de uma cadeira, de duração anual, de Direito Público Universal e das Gentes - ou Direito Internacional.

III – Imediatamente após a entrada em vigor da Reforma Pombalina, a regência é confiada a Vieira Godinho, emergindo, depois - aliás, em rápida sequência - Mello Freire, Ferreira Castelo, Raimundo Nogueira, Coelho Sampaio e Correia da Silva.

Todavia, nas elencadas obras de Direito Pátrio dos aludidos autores - prévias, todas elas, à reforma de 1805 - apresenta-se minimalista a relevância dessa dimensão internacional.

Assim, neste período, o único texto à mesma consagrado é o de Nogueira Coelho, *Princípios do Direito Divino, Natural, Material Publico Universal, e das Gentes, adoptados pelas ordenações, leis, decretos, e mais disposições do Reino de Portugal*, Lisboa, 1773 - autor que, todavia, não se apresenta como Professor de qualquer das Faculdades Jurídicas da Universidade de Coimbra, mas como Bacharel em Direito.

1.4.1.2. Liberalismo

I - O liberalismo, numa ótica internacionalista emerge, frente ao pré-liberalismo, paradoxalmente, como uma regressão, ao assentar num modelo de fontes monista.

Sinonimizando, de um lado, Estado e Direito ou, de um lado, Direito e Lei, e recusando, dessarte, quaisquer outras fontes normativas, quer internas, quer, até, internacionais.

II - Em 1836 verifica-se a criação da contemporânea Faculdade de Direito de Coimbra, como decorrência da fusão da Faculdade de Leis com a Faculdade de Cânones.

Facto que não impede a subsistência da cadeira de Direito Público Universal e das Gentes.

Assim, só em 1845 surgem, em sua substituição, dois estudos, ambos anuais, um de Direito Natural e Direito das Gentes, e o outro, composto, de Direito Público Universal, Direito Público Português, Princípios de Política, Direito dos Tratados de Portugal com outros Povos e Ciência da Legislação.

Em 1865, nova mutação assinala o desdobramento desse Direito Público em duas cadeiras, de Elementos de Filosofia do Direito e História do Direito Constitucional Português, por um lado, e, para os fins de aqui se cura, de Princípios Gerais de Direito Público Interno e Externo e Instituições de Direito Constitucional Português, por outro.

Mais: se no ano de 1901 se regista a existência uma cadeira anual de Direito Internacional, esta compreende, ainda, o Direito Internacional - pleonasticamente designado - Público, bem como o - erroneamente nomeado - Direito Internacional Privado.

III - Assim, só depois da imposição da República ocorre, na Universidade portuguesa, a criação de uma disciplina, rigorosamente diferenciada, de Direito Internacional Público.

Num quadro, aliás, em que o plano curricular do curso surge unificado a nível nacional.

Inicialmente (1913), assumindo duração semestral, e, ulteriormente (1922), anual.

IV - A lecionação dessas várias cadeiras encontra-se a cargo, sobretudo, de Neto Paiva, Tavares de Carvalho, depois Machado Vilela - embora com prevalecente incidência no putativo Direito Internacional Privado - e, mais tarde, em plena I República, Fezas Vital.

V - Enquanto obras mais relevantes, implicam referência as de Neto Paiva, *Elementos de Direito das Gentes*, Coimbra, 1839 - com edições até 1883 - Avelino Maria Calisto, *Philosophia do Direito - Direito das Gentes*, Coimbra, 1884, Machado Vilela, *Lições de Direito Internacional*, Coimbra, 1903, *Estudos de Direito Internacional. Organização da Sociedade Internacional*, Coimbra, 1910, e *Direito Internacional Público*, Coimbra, 1914, ou, não despidamente, Fezas Vital, *Direito Internacional Público*, 1916.

Sem olvidar, pese embora o seu acento mais genérico, a obra, essencial, *Manual do Cidadão em um Governo Representativo, ou Princípios de Direito Público Constitucional, Administrativo e das Gentes*, Paris, 1834, de Silvestre Pinheiro Ferreira.

VI - Significativo, igualmente, é o facto de uma parte dos textos doutrinários, relativos ao Direito Internacional, encontrarem génese extrínseca à Universidade.

Casos das obras produzidas por um docente da Escola do Exército, Gama Lobo, *Noções Gerais sobre o Direito das Gentes*, Lisboa, 1853, e *Princípios de Direito Internacional*, Lisboa, 1895, e, outrossim, por um funcionário consular, Moreira de Almeida, *Elementos de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1892.

VII - Durante este período começaria a justificar referência autónoma o Direito Colonial.

Porém, o labor doutrinário internacional pátrio, até nesta sede se revela pouco exuberante.

Enquanto exceções perfilam-se, tão-somente, Marnoco e Sousa, que nos deixa *Administração Colonial. Preleções*, Coimbra, 1907, Rui Ulrich, e o contributo *Ciência e Administração Colonial*, Coimbra, 1908, ou, porventura, Oliveira Salazar, em *Sumários das lições das cadeiras de Finanças, Direito Civil, Economia Social, Direito Internacional Público, Confissões Religiosas e Administração Colonial*, Coimbra, 1917.

1.4.1.3. Anti-liberalismo

I – Em 1928, a disciplina de Direito Internacional Público volta a apresentar-se semestral.

E, só muito mais tarde, não com a reforma de 1945, mas com a mutação de 1972, se visualiza uma segunda disciplina, igualmente semestral, de Direito Internacional Público.

II – Enquanto responsáveis pela área jurídica, emergem, sucessivamente, José Carlos Moreira, Rodrigues Queiró e, numa fase terminal do Estado Novo, Barbosa de Melo.

Não obstante, as obras científicas produzidas, durante tão extenso período, reduzem-se, essencialmente, a *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1929, de José Carlos Moreira, e a *Direito Internacional Público*, Coimbra, 1960, de Rodrigues Queiró.

III – Entre 1974 e 1978, no que toca ao estudo do Direito Internacional, e identicamente ao assinalado em sede de Direito Constitucional, ocorre um quase-interregno académico.

Após 1979, num quadro em que cessa a unificação curricular entre as Faculdades de Direito, o ensino do Direito Internacional Público é repartido por duas cadeiras semestrais, se bem que uma delas se sedie na menção de Ciências Jurídico-Políticas.

A regência incumbe, agora, maioritariamente, a Azevedo Soares, autor de *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1981, com diferentes edições.

1.4.1.4. Pós-liberalismo

I - Em 1989, regista-se o aparecimento de uma nova cadeira, de extensão anual, mas objeto compósito, designada Direito Internacional Público e Direito Europeu.

Presentemente, o ensino deste saber distribui-se por duas unidades curriculares semestrais, autonomizando-se do Direito da União Europeia, com a regência partilhada, em ambos os casos, entre Jónatas Machado e Francisco Ferreira de Almeida.

II - Em sede autoral, salientam-se, num primeiro momento, Azevedo Soares, *Lições de Direito Internacional Público*, com diversas edições, ou, ainda, Nuno e Sousa, *Curso de Direito Internacional Público*, policopiado, datado de 1991.

E, nesta última fase, Jónatas Machado, com *Direito Internacional Público - do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, Coimbra, 2003, em várias edições, e Francisco Ferreira de Almeida, com *Direito Internacional Público*, I, Coimbra, 2001.

1.4.2. Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1.4.2.1. Liberalismo

I - Num conspecto em que o plano dos cursos jurídicos se apresenta unificado, a nível nacional, divisa-se uma disciplina, autónoma, de Direito Internacional Público.

Originariamente (1913), com duração semestral, e, supervenientemente (1922), anual.

II - Na lecionação sucedem-se Abranches Ferrão, Rocha Saraiva, e Lobo de Ávila Lima.

Na doutrina, elevam-se Rocha Saraiva, *Lições de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1916, e Lobo de Ávila Lima, *Lições de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1924.

1.4.2.2. Anti-liberalismo

I - Em 1928, a cadeira de Direito Internacional Público reassume extensão semestral, modelação curricular que persiste até à criação, em 1972, de uma segunda cadeira.

II - Regem-na, primeiro Lobo da Ávila Lima, depois Fezas Vital, mais tarde, Silva Cunha - que se perfila, aliás, como o primeiro internacionalista exclusivo em Faculdades de Direito portuguesas - e, por último, até ao golpe de Estado de 1974, Gonçalves Pereira.

No que concerne à doutrina expendida, ressaltam os contributos vindos, quer de Fezas Vital, com *Lições de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1934, quer de Silva Cunha, com *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1957, quer, maioritariamente, de Gonçalves Pereira, que lega à academia o *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, 1964.

III - No que se reporta, de uma forma mais específica, ao Direito Colonial, a necessidade do seu estudo afigura-se imperiosa, *maxime*, com a criação da Organização das Nações

Unidas e, designadamente, com a orientação política anticolonial - e anti-portuguesa - que, no quadro das sucessivas auto-determinações acontecidas, rapidamente lhe subjaz.

Nesse quadro político, é criada a disciplina, conexas, de Administração e Direito Colonial, num primeiro momento, e, num segundo tempo, de Administração e Direito do Ultramar.

Aqui, destaca-se, sobremaneira, a obra de Marcello Caetano, *Portugal e o Direito Colonial Internacional*, Lisboa, 1948, mais tarde reeintitulada *Portugal e a internacionalização dos problemas africanos*, Lisboa, 1963, e, outrossim, os manuais universitários de Silva Cunha, *Questões Ultramarinas e Internacionais*, Lisboa, 1961, e de Gonçalves Pereira, *Lições de Administração e Direito do Ultramar*, Lisboa, 1967.

IV - Na segunda fase anti-liberal, entre 1974 e 1978, ocorre o aludido vazio académico.

Em 1978, concretiza-se, formalmente, a autonomização curricular entre as duas Faculdades de Direito.

Contudo, o ensino do Direito Internacional Público é repartido entre duas cadeiras semestrais, uma integrada no tronco comum do Curso, outra exclusiva da menção de Ciências Jurídico-Políticas, em moldes próximos dos observados em Coimbra.

Da regência das mesmas é incumbido Marques Guedes, responsável pelo estudo *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1977, objeto de sucessivas publicações.

1.4.2.3. Pós-liberalismo

I – Na sequência imediata da transição constitucional de 1982, a figura referencial passa a ser a de Fausto de Quadros, só mais tarde surgindo a lecionação de Jorge Miranda.

Em 2003, observa-se contração da unidade de Direito Internacional Público com a de Direito Constitucional, numa única unidade anual - a mais bizarra fusão visível, no século XX, no ensino do Direito Internacional, e, cumulativamente, do Direito Constitucional.

No universo de Bolonha, a semestrialização da licenciatura traz consigo a existência de duas cadeiras de Direito Internacional, uma obrigatória, outra facultativa.

II - No quadro da doutrina, implicam menção Fausto de Quadros, co-autor, com Gonçalves Pereira, de *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Coimbra, Jorge Miranda, e *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, com diversas edições ou, vindo do passado, Silva Cunha, agora em co-autoria com Maria da Assunção do Vale Pereira, e *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, 2004.

III – Atualmente, o plano curricular do ensino jus-internacional alberga duas unidades, somente a primeira se apresentando, todavia, obrigatória.

Nos derradeiros anos, têm conhecido a regência da primeira unidade, em regime de simultaneidade, Blanco de Moraes, Correia Batista e Ana Guerra Martins, e, enquanto responsáveis pela segunda, Ana Guerra Martins e Loureiro Bastos.

Em sede autoral, devem ser mencionados Correia Batista, *Direito Internacional Público*, I, Lisboa, 1994, II, Coimbra, 2004, e Maria Luísa Duarte - *Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra, 2014.

1.4.3. Na Faculdade de Direito da Universidade Nova

I - O plano do curso de licenciatura desta Faculdade, integra, desde a respetiva criação, duas disciplinas, ambas semestrais, de Direito Internacional - ou Internacional Público.

A regência da unidade de Direito Internacional Público I é, inicialmente, da responsabilidade de Poiares Maduro e mais tarde, ininterruptamente, de Bacelar Gouveia.

A lecionação de Direito Internacional Público II encontra o seu regente inicial em Fausto de Quadros, que a direciona no sentido da Proteção Internacional dos Direitos do Homem, mas essa orientação é convertida, por Paula Escarameia, em Direito Internacional Penal.

II – Com o ajustamento de Bolonha, é esta última, precisamente, a solução formalizada.

Assim, o plano cursal assume uma unidade, obrigatória, de Direito Internacional Público, e uma outra, optativa, de Direito Internacional Penal, atribuída, hoje, a Jeremy Sarkin.

1.4.4. Em outras Faculdades de Direito públicas

I - O plano da Escola de Direito do Minho diferencia-se dos remanescentes, em sede de Direito Internacional, pela previsão de uma unidade letiva de Direito Internacional Público de extensão anual.

Influenciado, seguramente, pela anterior (1975) - e pioneira - existência, nessa Universidade do Minho, de uma licenciatura em Relações Internacionais.

E, subsequentemente, é-lhe agregada uma disciplina de Direito Internacional Público II, semestral, embora exclusiva da menção dedicada às ciências jurídico-internacionais.

Hoje, porém, o Direito Internacional apresenta-se circunscrito a uma unidade semestral.

II - A regência deste domínio jus-científico tem-se encontrado a cargo, sobretudo, de Wladimir Brito, autor, designadamente, de *Direito Internacional Público*, Braga, 2003.

III - No que toca à Universidade do Porto, o plano original estabelece a leção de duas disciplinas, semestrais, uma designada por Direito Internacional Público e Europeu, uma outra denominada Direito Internacional Público II.

O ajustamento inerente a Bolonha comprime, também neste plano de estudos, o alcance do Direito Internacional Público a uma única unidade letiva, de matriz semestral.

Solução, hodiernamente, mantida.

IV - Na correspondente regência, divisa-se, maioritariamente, Cristina Queiroz, autora, entre outras obras, de *Direito Internacional e Relações Internacionais*, Coimbra, 2013.

1.5. Direitos Humanos

Se o ensino do Direito Internacional em Universidades portuguesas denuncia a respetiva secundariedade, o mesmo se verifica, por maioria de razão, com o dos Direitos Humanos.

De um lado, porque, enquanto sistema, estes só emergem depois da II Guerra Mundial.

De outro lado, porque tal ocorre num momento em que subsistem, em Portugal, e subsistirão por mais cerca de quarenta anos, construções jurídicas anti-liberais, parcial - ou até, integralmente - desconformes com uma noção adequada de Direitos Humanos.

1.5.1. Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I - No curso de licenciatura, não existiu, em momento histórico algum, como não existe, atualmente, qualquer unidade curricular incidente sobre a matéria dos Direitos Humanos.

II - Não obstante, os programas curriculares relativos à disciplina de Direito Internacional Público II, semestral, inscrevem, alguns dos seus mais determinantes aspetos, sob a égide da Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

Não devendo ser obnubilada, também, a criação, original em Universidades portuguesas, em 2000, de um Centro de Estudos dedicado à investigação e ao ensino - pós-graduado - dos Direitos Humanos, o *Ius Gentium Conimbrigae* / Centro de Direitos Humanos.

1.5.2. Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

I - Historicamente, a abordagem dos conteúdos relativos aos Direitos Humanos verifica-se no âmbito da disciplina, semestral, de Direito Internacional Público, na generalidade dos casos, sob a epígrafe de Proteção Internacional dos Direitos do Homem.

Mas hoje, todavia, revolucionariamente, e sem embargo da sua natureza optativa, surge no plano da licenciatura uma disciplina de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

II - Ana Guerra Martins, autora, precisamente, de *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Relatório. Programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático*, Coimbra, 2011, têm assumido, ao longo dos anos, o encargo inerente à respetiva regência.

III – Anteriormente, menção justificaria, quiçá, uma antologia de escritos coligida por Barbosa de Magalhães, *Os Direitos Fundamentais do Homem sob o ponto de vista internacional*, Lisboa, 1951, reunindo artigos antes publicados pela Revista *Seara Nova*.

Porém, tais textos ostentam, sobretudo, natureza política e não jurídica, sendo, ademais, elaborados por membros de uma oposição liderada, ao tempo, pelo Partido Comunista Português - cuja conceção de Direitos Humanos não é desconhecida.

1.5.3. Na Faculdade de Direito da Universidade Nova

Uma unidade dedicada, explicitamente, à matéria dos Direitos Humanos, jamais existiu.

Em todo o caso, no que tange ao Direito Internacional Público II, lecionado desde 1999, é essa, exatamente, a temática escolhida, surgindo como seu preletor Fausto de Quadros.

O ajustamento a Bolonha coincide com a substituição do Direito Internacional Público II por um Direito Internacional Penal, optativo, com o tratamento dos Direitos Humanos a ocorrer, de forma sincrética, na cadeira de Direito Internacional Público I.

1.5.4. Em outras Faculdades de Direito públicas

Na Escola de Direito do Minho inexistiu, igualmente, até à presente data, qualquer unidade curricular, obrigatória ou, inclusive, optativa, referente aos Direitos Humanos,

E modelação análoga se vislumbra no que toca à Faculdade de Direito do Porto.

2. Na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

2.1. Aspetos gerais

I – O surgimento do ensino universitário privado - ou cooperativo - e, mais especificamente, do ensino do Direito, apresenta-se, em Portugal, muito recente.

De facto, se a Reforma de 1972 aumenta o número de estabelecimentos de trinta para cinquenta - entre Universidades e Politécnicos - tais instituições assumem natureza exclusivamente pública.

Opção que se consolida após o golpe de Estado de 1974 atento o perfil ideológico, estruturalmente socialista - e, como consequência, estatista - daquele.

Não obstante, é esse o conspecto no qual emerge a primeira instituição de ensino superior privado, a Universidade Livre de Lisboa.

As suas atividades universitárias iniciam-se em 1978/1979, com os cursos de licenciatura em Direito, História, Matemática, Economia e Gestão.

Todavia, juridicamente, apenas em 1983 tais cursos são autorizados, através do Decreto n.º 59/83, de 11 de julho.

Mais: a instituição só é enquadrada no sistema nacional do ensino a partir de 1985, com o Decreto-Lei n.º 100-B/85, de 8 de abril, no qual se estabelecem as primeiras regras para a criação e funcionamento de ensino superior privado - ou cooperativo - em Portugal.

II – A conflitualidade que se instala na referida Universidade entre a Administração e os órgãos científico-pedagógicos da Faculdade de Direito, *maxime* no ano letivo de 1984/1985, conduz ao seu desaparecimento e, bem assim, à correspondente emergência de várias novas instituições, entre as quais se destaca a Universidade Lusíada de Lisboa.

III - A Universidade Lusíada de Lisboa é reconhecida através do Despacho n.º 135/MEC/86, de 28 de junho de 1986, se bem que, em termos fácticos, as atividades letivas se iniciem no segundo semestre do ano letivo de 1984/1985.

Assumindo, na respetiva origem, a forma de cooperativa, a Universidade Lusíada de Lisboa transforma-se, supervenientemente, nos termos do Decreto-Lei n.º 117/2003, de 14 de junho, em fundação, a Fundação Minerva.

2.2. Direito Constitucional

I - O ensino do Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa conhece três distintos períodos.

Um, correspondendo aos anos letivos entre 1987/1988 e 2005/2006, com a existência de única unidade curricular, anual, de Ciência Política e Direito Constitucional.

Outro, entre os anos de 1996/1997 a 2005/2006, em que é ministrada uma segunda disciplina de Direito Constitucional, anual, embora circunscrita ao ramo das ciências jus-publicistas.

Um derradeiro, implementador do modelo de Bolonha, no qual se opera a substituição das anteriores por três novas unidades, semestrais, especificamente, de Teoria Geral do Poder Público, de Direito Constitucional e de Direitos Fundamentais.

II - No âmbito do primeiro período, a regência começa por ser atribuída, no ano letivo de 1987/1988, a José Maria Gaspar.

O programa adotado segmenta-se em dois módulos, um correspondente à Ciência Política, o outro ao Direito Constitucional, mas com orientação prevalecente politológica.

No primeiro, sobressaem o objeto e a natureza da Ciência Política, bem como da sociedade e do poder, ou das múltiplas disciplinas afins daquela.

No segundo, o objeto, origem e função do Direito Constitucional, a noção, fontes, conteúdos, revisão e garantia da Constituição, o Direito Comparado e a história portuguesa.

Subsequentemente, no lapso compreendido entre 1988/1989 e 1990/1991, da regência é encarregue Roboredo Seara, embora sobreviva, na íntegra, o programa antes definido.

III – Nos anos letivos entre 1991/1992 e 1995/1996 mantém-se a supra-mencionada regência, observando-se, contudo, a introdução de um diverso plano curricular da unidade.

Distribuído, igualmente, entre a Ciência Política e o Direito Constitucional, denota, agora, a preponderância do jurídico, com redução da vertente da politologia a plano auxiliar.

Sem embargo, no que toca à Ciência Política debruça-se sobre o Estado, sistemas eleitorais, regimes políticos, formas de governo, sistemas de governo e sistemas partidários, temáticas que pertencem ao Direito Constitucional e não à Ciência Política.

E compreende, ainda, o estudo das experiências estrangeiras, bem como do constitucionalismo português e, até, da teoria da Constituição, domínios, que nenhuma relação possuem com a Ciência Política enquanto ramo científico *a se*.

Neste quadro, o segmento consagrado ao Direito Constitucional alberga, tão-somente, o exame da origem e evolução do Direito Constitucional e o estudo da Constituição portuguesa de 1976, com uma rigorosa exclusão da temática dos Direitos Fundamentais.

IV - Durante os anos de 1996/1997 e 1997/1998, o plano programático revela alguns ajustamentos, no âmbito da co-regência de Roboredo Seara, Leite Pinto e Matos Correia.

Sem embargo, a divisão entre as temáticas atribuídas à Ciência Política e ao Direito Constitucional subsiste, o mesmo ocorrendo com a exclusão dos Direitos Fundamentais.

V - No quinquénio 1998/1999-2002/2003, com a regência de Blanco de Moraes, opera-se uma inflexão programática.

O segmento da Ciência Política integra não apenas as matérias atinentes a este saber, como outras, adstritas, substantivamente, ao Direito Constitucional, se bem que os conteúdos essenciais lecionados e perfilam, agora, os do Direito Constitucional.

Assim, são estudados uma parte da teoria da Constituição e alguns aspetos gerais da organização do poder político, bem como a evolução do sistema de governo português.

São contempladas, igualmente, algumas experiências comparadas e uma sinopse da história constitucional portuguesa.

Emerge, ainda, um excuro consagrado à estrutura contitudística e jurídico-normativa da Constituição de 1976, bem como à remanescente teoria da Constituição.

O programa encerra-se, no âmbito da Constituição vigente, com o ato legislativo e a garantia jurisdicional, e, outrossim, com um exame, sintético, mas - face aos planos antecedentes - inovador, dos Direitos Fundamentais.

VI - No ano letivo de 2003/2004, e até final deste ciclo, regressam à regência desta unidade Leite Pinto e Matos Correia.

O programa adotado contempla uma introdução dedicada ao tratamento do objeto e noção de Ciência Política e de Direito Constitucional, ao facto político e ao poder político.

No que toca à Ciência Política, este programa incide, de novo, nos temas do Estado, formas e sistemas de governo, regimes políticos e, estranhamente, no Direito Comparado.

Ao Direito Constitucional é reservado o exame da teoria da Constituição, *maxime*, da noção, conceito, natureza, funções, garantia e, em termos inovadores, normas constitucionais e respetiva interpretação, bem como o da história constitucional portuguesa e, por último de forma desenvolvida, da Constituição portuguesa ora vigente.

VII – Entretanto, e em simultaneidade, a partir do ano letivo 1996/1997, é ministrada uma nova disciplina, anual, de Direito Constitucional II, se bem que específica do ramo jus-publicista, e sob uma diferente forma de seminário.

Ao longo de todo o quinquénio 1996/1997-2001/2002 a regência cabe a Afonso d' Oliveira Martins, incidindo o programa sobre a revisão constitucional e os Direitos Fundamentais.

Em confronto, no ano escolar 2002/2003, com a regência de Blanco de Moraes, observa-se o desaparecimento das mencionadas temáticas, em benefício da matéria da garantia da Constituição, com especial ênfase na Justiça Constitucional.

Em 2003/2004 e 2004/2005, regida por Bacelar Gouveia, a unidade curricular passa a distribui-se, programaticamente, entre os Direitos Fundamentais, os partidos políticos, as Regiões Autónomas, a integração europeia - numa perspetiva constitucional - e a fiscalização da constitucionalidade.

E, no ano letivo de 2005/2006 - o último antes da reforma de Bolonha - com o regresso de Blanco de Moraes, reemerge a temática, agora exclusiva, da Justiça Constitucional.

VIII - Numa fase derradeira, que, no quadro do procedimento de Bolonha, se desenvolve desde 2006/2007 até à atualidade, são criadas, *ex novo*, três unidades curriculares semestrais, concretamente, as de Teoria Geral do Poder Público, de Direito Constitucional e de Direitos Fundamentais.

Todavia, a regência de Teoria Geral do Poder Público permanece inalterada, o mesmo se verificando, em termos gerais, com o correspondente programa, e a responsabilidade pela lecionação da de Direito Constitucional surge também imodificada, idêntico fenómeno se observando com a componente programática.

IX - No que concerne à produção científica, sobressaem as obras gerais de Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*, T. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, e T. II, Coimbra, Almedina, 2018, de Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2018, e, ainda, de Roboredo Seara, Leite Pinto e Matos Correia, *Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, Editora Lusíada, 2012, ou Barbosa Rodrigues, *Sistemas Políticos Europeus Comparados*, Porto, Legis, 2011.

2.3. Direitos Fundamentais

I – O estudo dos Direitos Fundamentais na Universidade Lusíada de Lisboa, conhece três diferentes patamares.

O primeiro, referente ao ciclo 1998/1999-2002/2003, em que, sob a regência de Blanco de Moraes, são tratados, de forma marginal, na disciplina de Ciência Política e Direito Constitucional.

O segundo, no qual são abordados, mais detidamente, embora num quadro seminário, e só para o ramo de estudos publicistas, na unidade curricular de Direito Constitucional II.

Aqui, nos anos letivos de 1996/1997 a 2001/2002, sob a responsabilidade de Afonso d' Oliveira Martins, o programa triparte-se entre as noções gerais, a história do Direito português e a Constituição jusfundamental vigente.

No ano de 2003-2004, incidindo o encargo regente sobre Bacelar Gouveia, o programa surge mais sucinto, dada a partilha de tal matéria com um grupo alargado de outras, mas propondo-se, não obstante, a abordagem, em especial, de alguns Direitos Fundamentais.

O terceiro patamar decorre da implementação do modelo de Bolonha, e da consequente criação, *a se*, de uma unidade curricular, semestral, autónoma, de Direitos Fundamentais.

II – No ano letivo 2006/2007 a novel disciplina é regida por Lucas Cardoso, distribuindo-se o programa, minimalista, por apenas sete pontos, circunscritos ao Direito Interno.

Em 2007/2008 a regência conhece uma partilha entre Bacelar Gouveia e Lucas Cardoso.

A planificação adotada, depois de uma parte introdutória, relativa à noção, fundamento e evolução dos Direitos Fundamentais, debruça-se sobre o sistema português, o regime geral, os regimes específicos dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos e sociais, concluindo-se com uma abordagem, na especialidade, de alguns desses direitos.

III - Nos anos de 2008/2009 e de 2009/2010, a regência da unidade curricular em questão é da responsabilidade, agora, de José Alberto González, e, de novo, por Lucas Cardoso.

O programa inicia-se com uma resenha histórica e a análise das categorias e conceções jusfundamentais, incluindo, após, o exame, desenvolvido, do modelo jurídico nacional.

Encerra, ainda, o tema da garantia, tanto no quadro pátrio, como no plano internacional, e, cumuladamente, universal e europeu, aqui residindo, por certo, a sua maior inovação.

Por último, considera, na especialidade, um número delimitado de Direitos Fundamentais.

IV - De 2010/2011 a 2014/2015 a tarefa regente é partilhada entre Blanco de Moraes e Barbosa Rodrigues.

O programa ministrado compreende a génese, evolução e caracterização dos Direitos Fundamentais, a sua sistematização na Constituição, os princípios estruturantes, o regime, a tutela, e a consideração, na especialidade, de alguns desses direitos e dessas liberdades.

E, para concluir, insere uma referência ao Direito Internacional Geral, bem como ao Direito Internacional Regional Europeu.

V – Nos últimos anos letivos, entre 2015/2016 e 2019/2020, encargo de regência incide, exclusivamente, sobre Barbosa Rodrigues, denotando os programas adotados sensíveis alterações por referência aos anteriores, *maxime*, considerado um decisivo alargamento aos Direitos Humanos, e, outrossim, às interações destes com os Direitos Fundamentais.

2.4. Direito Internacional

I - A leção da unidade curricular de Direito Internacional, na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, conhece, igualmente, três diferenciadas fases.

A primeira, entre os anos letivos de 1987/1988 e de 1997/1998, estada numa unidade curricular, singular, semestral, de Direito Internacional.

A segunda, no qual emerge, complementarmente, uma nova disciplina de Direito Internacional II, semestral, circunscrita ao ramo das ciências jurídico-políticas.

A terceira, sequente à implementação do modelo de Bolonha, desde 2006/2007 e até à atualidade, e na qual o Direito Internacional é reduzido a uma única, e semestral, cadeira.

II – No que tange à unidade curricular de Direito Internacional I, entre 1988/1989 e 1994/1995, a regência é assegurada por Roboredo Seara.

O plano de trabalho distribui-se entre fontes internacionais, estatuto internacional do Estado, domínio público internacional, organizações internacionais, modos de solução pacífica - e não pacífica - de conflitos, sucessão estadual, responsabilidade internacional, e, por último, relações entre o Direito Internacional e o Direito português.

III - Em 1996/1997, opera-se a partilha do encargo regente entre Blanco de Moraes, Roboredo Seara e Matos Correia.

Os conteúdos programáticos refletem o regresso de uma abordagem mais extensa das temáticas jus-internacionais, compreendendo a história, as fontes e a hierarquia das fontes, os sujeitos - se bem que, com referência num único micro-tópico, de leção facultativa (ponto 45), à personalização do indivíduo - o direito dos espaços e o direito das organizações internacionais, com especial ênfase na Organização das Nações Unidas.

Nos anos letivos de 1997/1998 a 1999/2000, com a saída do primeiro, a disciplina fica a cargo de Roboredo Seara e Matos Correia, mesmo se o programa se apresenta inalterado.

IV – Nos anos letivos de 2000/2001 e de 2001/2002 regista-se uma significativa mutação programática, com a assunção da regência da unidade curricular por Fausto de Quadros.

Mutação essa que, aliás, inspira, claramente, toda a ulterior lecionação jus-internacional.

O programa configura uma primeira parte atinente à génese, evolução, noção, fundamento e natureza do Direito Internacional, bem como às relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, uma segunda referente às fontes do Direito Internacional, uma terceira respeitante aos sujeitos de Direito Internacional, e uma quarta e derradeira parte, concernente às Organizações Internacionais.

Porém, a inovação mais relevante consubstancia-se no tratamento, autónomo e desenvolvido, da temática do indivíduo, enquanto sujeito *a se* de Direito Internacional, quer num âmbito universal, quer com um alcance regional europeu.

Preocupação esta que ressurge, ainda, no âmbito do Conselho da Europa, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

V - No ano letivo de 2002/2003 chega à direção da unidade curricular, nuns momentos como regente, noutros enquanto coordenadora, Margarida d' Oliveira Martins, solução que, com o interregno de Bacelar Gouveia, em 2006/2007, se prorroga até à atualidade.

Como regentes, embora sob a coordenação de Margarida d' Oliveira Martins, perfilam-se, igualmente, Elisabeth Accioly e Matos Correia, desde 2009/2010 até 2015/2016, momento em que a missão em referência passa a ser repartida entre a primeira e o último.

A matriz programática da unidade curricular apresenta-se, porém, ao longo de todo este ciclo académico, em clara linha de continuidade com a definida por Fausto de Quadros.

As mutações mais relevantes decorrem, no ano 2007-2008, aquando da adição de duas partes, uma relativa aos espaços terrestre, aéreo e marítimo, outra atinente à responsabilidade internacional, no de 2008-2009, de um segmento sobre conflitos internacionais e, no de 2011-2012, de um outro incidente sobre as relações diplomáticas.

Em contrapartida, a temática do indivíduo perde, em simultâneo, as anteriores extensão, densidade e autonomia, surgindo agora como um simples ponto - e, mais, como o último ponto - entre os sujeitos jus-internacionais.

VI – Relativamente à unidade curricular de Direito Internacional II, a regência é atribuída, no seu primeiro ano de funcionamento, 1998/1999, a Castanheira Nunes, orientando-se o respetivo plano para o estudo do Direito do Mar.

Porém, no triénio subsequente, 1999/2000-2001/2002, com o encargo regente atribuído a Fausto de Quadros, o programa debruça-se, agora, e de uma forma exclusiva, sobre os Direitos Humanos.

No ano letivo 2002/2003, a responsabilidade incumbe a Blanco de Moraes, contemplando o correspondente programa apenas as organizações internacionais - embora, como nota inovadora, se elenque o estudo da Convenção de Viena 1986 sobre o Direito dos Tratados.

Nos anos de 2003/2004, 2004-2005 e 2005/2006, a tarefa incide sobre Bacelar Gouveia.

O programa definido triparte-se, nos dois anos iniciais, entre os Direitos do Homem, o Direito do Mar e a Justiça Internacional, quadripartindo-se, no terceiro, entre os Espaços Terrestres, Aquáticos e Marítimos, os Nacionais e os Estrangeiros e, de novo, os Direitos do Homem e os Tribunais Internacionais.

No derradeiro ano letivo prévio à reforma de Bolonha, 2006/2007, o aludido programa, apesar de uma nova regência, de Margarida d' Oliveira Martins, não contém modificações.

VII - Quanto às obras referenciais, destacam-se, manifestamente, ao longo destas três décadas, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2015, de Gonçalves Pereira e de Fausto de Quadros e, mais recentemente, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 2019, de Bacelar Gouveia.

2.2.5. Direitos Humanos

I - A matéria dos Direitos Humanos desconhece, até ao momento, na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, uma autonomização curricular.

Fenomenologia que, em pleno século XXI, num mundo globalizado, e com a plena personalização do indivíduo, justifica reparo.

De facto, a sua abordagem ocorre apenas, muito brevemente, na unidade curricular de Direito Internacional I e, beneficiando de um pouco mais de desenvolvimento, na de Direito Internacional II, embora, sempre, de forma partilhada com outros saberes.

II - Assim, de um lado, no que tange à unidade curricular de Direito Internacional I, nos anos letivos de 1990/1991 até 1995/1996, sob a regência de Roboredo Seara, vislumbra-se uma primeira menção, sumária, à personalidade jurídica internacional do indivíduo.

Continuada nos programas de 1996/1997 a 1999/2000, com Blanco de Moraes, Roboredo Seara e Matos Correia, mas, desta vez, enquanto tópico de leção não obrigatória.

III - Não obstante, só nos anos letivos de 2000/2001 e de 2001/2002, no âmbito da regência de Fausto de Quadros, se verificam avanços significativos nesta sede, com a consagração, entre os sujeitos sem base territorial, de uma secção dedicada ao indivíduo.

Mormente, com o estudo da sua personalização, em simultâneo, enquanto sujeito de Direito Internacional comum, de Direito Internacional convencional, e de Direito Internacional regional, designadamente, de Direito - ao tempo designado - Comunitário.

Ou, mais especificamente, dessa personalização no contexto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, sobretudo, do respetivo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Subsequentemente, filosofia análoga é adotada, nos programas correspondentes aos anos letivos de 2002/2003 a 2004/2005, aquando da regência de Margarida d' Oliveira Martins.

IV - Em confronto, em 2005/2006 e 2006/2007, na escolha de Bacelar Gouveia, os programas são mais circunscritos, referindo-se apenas, sumariamente, à pessoa humana.

E o mesmo se observa com todos os elaborados, no âmbito da regência - ou da coordenação - de Margarida d' Oliveira Martins, no decénio de 2007/2008 a 2018/2019, com uma alusão, breve, a outros sujeitos sem base territorial e, em especial, ao indivíduo.

V - De outro lado, no que tange à unidade curricular de Direito Internacional II, específica do ramo das ciências jus-publicistas, os Direitos Humanos só emergem, intermitentemente, como objeto de estudo.

É o que se verifica durante o triénio 1999/2000-2001/2002, aquando da regência de Fausto de Quadros, sob a designação de proteção internacional dos Direitos do Homem.

Inscrevendo-se no programa a proteção no Direito Internacional Geral e no Direito Regional Europeu, bem como os temas da responsabilidade internacional estadual e, para encerrar, da articulação entre tais Direitos Humanos e o Direito Constitucional português.

E é o que ocorre, se bem que mais mitigadamente, ao longo dos sucessivos anos letivos 2003/2004, 2004-2005 e 2005/2006, agora no contexto da regência de Bacelar Gouveia.

Compreendendo o programa, então, aspetos da respetiva génese e evolução, bem como o estudo dos vários sistemas internacionais, concluindo-se com um excuro sobre o relacionamento entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais pátrio.

C - PROGRAMA DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

I - O programa de uma unidade curricular assume, enquanto missão, evidenciar as principais matérias lecionáveis e as conexões lógicas entre as mesmas existentes, permitindo a orientação do estudo científico a empreender ao longo do semestre escolar.

II - Esse programa deve apresentar-se, sempre, claro, inteligível, sintético, sistemático, segmentado, focado, e verosimilhante - isto é, dotado de uma lógica formal irrepreensível.

III - Especificamente, a determinação de tal programa, no âmbito de uma unidade curricular de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, apresenta múltiplos desafios.

Todavia, o principal decorre do circunscrito tempo disponível para lecionar matérias atinentes a dois sub-ordenamentos, num só semestre, com redução do número de sessões de ensino a duas horas semanais e uma natureza prevalentemente teórica das mesmas.

Neste contexto, torna-se essencial que a unidade curricular analisada não seja lecionada em simultaneidade com a de Direito Constitucional, nem ao mesmo tempo que a de Direito Internacional - como é frequente ocorrer - mas na sequência, imediata, de ambas.

Permitindo, semelhante opção, aos discentes, a aquisição das competências adequadas à compreensão das temáticas jusfundamentais e jushumanitárias, sem exigência de desenvolvimentos, de índole geral, em qualquer das sedes constitucional e internacional.

IV - Tal programa não se confunde, nem deverá confundir-se, com um índice das lições.

Perfilando-se, apenas, enquanto seriação dos principais tópicos a, naquele, desenvolver.

Mais: cremos que um programa demasiado detalhado apresenta, como efeito perverso, a desorientação do discente que pela primeira vez toma contato com a matéria em questão.

Revelando-se, assim, pedagogicamente adequada uma aproximação progressiva a este domínio do saber jurídico, propiciada pelas características, de um lado, mais sintéticas deste programa, e, de um outro lado, mais analíticas do índice das mencionadas lições.

V - O programa da unidade curricular *sub judice* segmenta-se em duas partes estruturais.

Uma primeira, de alcance geral, reporta-se à articulação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, à sua autonomização dentro, respetivamente, do Direito

Constitucional e do Direito Internacional, a uma noção compreensiva de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos, e respetivas figuras próximas, às correspondentes tipologias, à hierarquização e, para encerrar, à génese, evolução e refutações históricas.

Uma subsequente, de âmbito especial, alberga a Constituição portuguesa dos Direitos Fundamentais e, numa mesma ótica, as Constituições estrangeiras, inscreve o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, no seu interior, o Direito Internacional Geral e Regional Europeu, do Conselho da Europa e da União Europeia, o Direito Internacional Islâmico, encerrando com o tratamento dos Direitos Fundamentais e dos Deveres Fundamentais.

Assim:

I – PARTE GERAL

1. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

2. Autonomia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

3. Noção de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos

4. Figuras próximas dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

5. Tipologia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

5.1. Direitos de liberdade e direitos sociais

5.2. Direitos e liberdades e garantias

6. Hierarquia dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais

6.1. Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

6.2. Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais de liberdade, e Direitos Humanos e Direitos Fundamentais sociais

7. História dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

7.1. História dos Direitos Fundamentais

7.1.1. História estrangeira

7.1.2. História portuguesa

7.2. História dos Direitos Humanos

7.2.1. História Internacional Geral

7.2.2. História Internacional Regional Europeia

7.2.3. História Internacional Regional não-europeia

7.3. Refutações históricas dos conceitos de Direito Fundamental e de Direito Humano

- 7.3.1. Refutações ideológicas
- 7.3.2. Refutações constitucionais
- 7.3.3. Refutações internacionais

7.4. Críticas à evolução histórica recente dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

II - PARTE ESPECIAL

8. Constituição portuguesa dos Direitos Fundamentais

- 8.1. Âmbito dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa
- 8.2. Fundamento dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa
- 8.3. Natureza jurídica dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa
 - 8.3.1. Direitos de liberdade e direitos sociais
 - 8.3.2. Direitos de natureza análoga
- 8.4. Princípios dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa
 - 8.4.1. Princípio da universalidade
 - 8.4.2. Princípio da igualdade
 - 8.4.3. Princípio da proporcionalidade
 - 8.4.4. Princípio da confiança
 - 8.4.5. Princípio da responsabilidade
- 8.5. Regime dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa
 - 8.5.1. Regime dos direitos, liberdades e garantias
 - 8.5.1.1. Precetividade
 - 8.5.1.2. Vinculatividade
 - 8.5.1.3. Condicionamentos
 - 8.5.1.3.1. Condicionamentos normativos
 - 8.5.1.3.1.1. Limite
 - 8.5.1.3.1.2. Restrição
 - 8.5.1.3.1.2.1. Restrição ordinária
 - 8.5.1.3.1.2.2. Restrição agravada
 - 8.5.1.3.1.3. Condicionamentos afins da restrição

8.5.1.3.1.4. Suspensão

8.5.1.3.2. Condicionamentos não normativos

8.5.1.3.2.1. Intervenção restritiva

8.5.1.3.2.2. Colisão

8.5.1.3.2.3. Renúncia

8.5.1.4. Reserva de ato legislativo parlamentar ou governamental

8.5.1.5. Reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais

8.5.1.6. Limites materiais de revisão constitucional

8.5.2. Regime dos direitos de natureza análoga

8.5.3. Regime dos designados direitos económicos, sociais e culturais

8.5.3.1. Imprecetividade

8.5.3.2. Invinculatividade

8.5.3.3. Condicionamentos

8.5.3.4. Não-reserva de ato legislativo nacional

8.5.3.5. Não-reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais

8.5.3.6. Ilimitação material de revisão constitucional

8.6. Tutela dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa

8.6.1. Tutela geral

8.6.1.1. Tutela jurisdicional

8.6.1.2. Tutela não jurisdicional

8.6.2. Tutela específica dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga

8.6.3. Inexistência de tutela específica dos direitos sociais

9. Constituições estrangeiras dos Direitos Fundamentais

9.1. Alemanha

9.2. Itália

9.3. Espanha

9.4. Reino Unido

9.5. Estados Unidos da América

9.6. França

10. Direito Internacional dos Direitos Humanos

10.1. Direito Internacional Geral

10.1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

10.1.2. Pactos Internacionais de Direitos Humanos

10.1.2.1. Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

10.1.2.2. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

10.2. Direito Internacional Europeu

10.2.1. Convenção Europeia dos Direitos Humanos

10.2.2. Carta Social Europeia (Revista)

10.2.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

10.3. Direito Internacional Islâmico

10.4. Universalismo e relativismo no Direito Internacional dos Direitos Humanos

11. Deveres Fundamentais e Deveres Humanos

11.1. Introdução

11.1.1. Noção de Dever Fundamental e de Dever Humano

11.1.2. Deveres Fundamentais e Humanos e Direitos Fundamentais e Humanos

11.1.3. Figuras próximas dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos

11.1.4. Tipologia dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos

11.1.5. História dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos

11.1.5.1. História dos Deveres Fundamentais

11.1.5.2. História dos Deveres Humanos

11.2. Constituição dos Deveres Fundamentais

11.2.1. Âmbito

11.2.2. Fundamento

11.2.3. Objeto

11.2.4. Princípios

11.2.4.1. Universalidade

11.2.4.2. Igualdade

11.2.4.3. Outros princípios

11.2.5. Regime

11.2.5.1. Indeterminabilidade

11.2.5.2. Imprecetibilidade

11.2.5.3. Vinculatividade e invinculatividade

11.2.5.4. Condicionamentos

11.2.5.4.1. Limite

11.2.5.4.2. Restrição

11.2.5.4.3. Suspensão

11.2.5.4.4. Colisão

11.2.5.4.5. Renúncia

11.2.5.5. Reserva de ato legislativo parlamentar ou governamental

11.2.5.6. Reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais

11.2.5.7. Revisão constitucional

11.2.6. Tutela

11.3. Direito Internacional dos Deveres Humanos

11.3.1. Geral

11.3.2. Regional Europeu

D - CONTEÚDOS DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Os conteúdos vocacionam-se para um desenvolvimento e uma densificação do programa.

É necessário que surjam detalhados, em ordem a permitir ao discente o conhecimento adequado da integralidade das temáticas objeto de ulterior lecionação, estudo e avaliação.

E, preferencialmente, que se recortem, de imediato, como primeiras lições escritas, sempre entendidas, estas, enquanto exigência indeclinável da docência universitária.

Assim:

No State more extensive than the minimal State can be justified.

(Robert Nozick)

I – PARTE GERAL

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

1.1. UNICIDADE ESTRUTURAL

I - O que diferencia os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos é, na essência, nada.

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos consubstanciam designações tendencialmente sinónimas que refletem, sobremaneira, uma previsão em fontes jurídicas autónomas.

De onde, o recurso, no âmbito interno, essencialmente, à nomenclatura Direitos Fundamentais¹, e, no internacional, a usagem, mais típica, da locução Direitos Humanos.

Acresce que, o Direito se apresenta como uma ordem normativa monista, integrada, em simultâneo, pelo Direito Internacional e pelo conjunto dos Direitos Internos, e não como uma ordem normativa dualista ou, menos ainda, uma ordem normativa multipluralista.

Sem prejuízo da existência, nela, de um domínio internacional prevalecente - ancorado no estruturante conceito de *ius cogens*, bem como num relevante espectro supra-estadual regional europeu - e, inerentemente, de uma clara dimensão constitucional subordinada.

II – Existem, pois, na realidade, Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos de origem interna e Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos de origem internacional, e Direitos Fundamentais Internos e Internacionais, ou Direitos Humanos Internacionais e Internos².

Nenhuma razão, válida, persistindo, desse modo, hodiernamente, para a manutenção de um *apartheid* jurídico, virtual, entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos³.

¹ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 44: “propensão doutrinal e normativa para reservar o termo Direitos Fundamentais para designar os direitos positivados a nível interno, enquanto a forma Direitos Humanos seria mais usual para denominar os Direitos Naturais positivados nas declarações e convenções internacionais”.

² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 31: “Direitos Fundamentais Internacionais”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 36: “os Direitos Humanos são os direitos da pessoa humana reconhecidos pelas normas de Direito Internacional em vigor (por normas de costume, de tratados, ou por princípios de Direito Internacional)”.

³ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 37: “há que atender à necessidade dogmática de separar, em geral, Direitos Fundamentais, no plano constitucional, e Direitos Humanos, no plano do Direito Internacional”.

1.2. COMUNHÃO

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos ostentam, em comum, a gênese, a positivação, a tipificação, o fundamento, a natureza, os sujeitos ativos e passivos, o objeto, a dicotomia direitos de liberdade e designados direitos sociais, e, por fim, a justicialidade⁴.

II – Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos encontram, ambos, a sua gênese no Direito Natural jusracionalista, se bem que, em momentos históricos muito desfasados.

Esse naturalismo, ergue-se, inclusivamente, como um dos critérios que preside á separação entre os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos efetivos e os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos aparentes.

Entre, de um lado, os direitos de liberdade e, de um outro, os designados direitos sociais.

III - Quer os Direitos Fundamentais, quer os Direitos Humanos, são direitos positivados.

Todavia, semelhante positivação não significa apenas transposição para o direito escrito.

Supõe, também, imperatividade e coercibilidade, quer na perspectiva da vinculação do poder político, quer na ótica da adstrição da remanescente comunidade de indivíduos^{5 6}.

É seguro que a emersão internacional se afigura mais laboriosa do que a sua homóloga interna, efeito, designadamente, da gênese consensual desse segmento da ordem jurídica.

Encontrando-se, porém, em linha com a evolução dessa sub-ordem, globalmente considerada e, até, com a inspiração de matriz essencialmente anglo-saxónica da mesma⁷.

⁴ Em sentido próximo, Haberle, *Novos horizontes...*, pp. 58 e 59: “a teoria da Constituição e a teoria do Direito Internacional conhecem hoje justamente uma intensiva convergência: ocupam-se frequentemente dos mesmos temas (p. ex. os Direitos do Homem) (...). Conhecem instituições afins (Tribunais Constitucionais e Tribunais semelhantes, de carácter imperfeito, como o Tribunal Penal Internacional (...)) e legitimam-se, em último termo, a partir do cidadão ou do Homem. Os modos de trabalho dos juristas em ambos os domínios assemelham-se (...), pesem todas as diferenças que subsistem”.

⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 37: “os Direitos Humanos “apresentam uma pretensão de vinculatividade universal”; e Martins, *Direito Internacional...*, p. 149: “os direitos intangíveis criam obrigações absolutas para os Estados: as normas que os consagram são obrigatórias em todos os seus elementos e proíbem uma aplicação incompleta”.

⁶ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 255: “a consagração constitucional dos Direitos Fundamentais (...) impõe sempre ao Estado e a cada um dos seus poderes constituídos, deveres de subordinação e vinculação jurídicas de que, em geral, resultam para os particulares correspondentes pretensões e direitos de realização”.

⁷ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 287: “hoje (1986), dificilmente se poderia sustentar que a proteção dos Direitos Humanos recairia sobre o domínio reservado dos Estados”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 30: “o princípio que hoje se afirma na cena mundial relativamente aos Direitos

Revelando, até, em determinados casos, positividade superior à observada na generalidade dos Direitos Internos, mormente no que contende com os designados direitos sociais⁸.

IV - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos patenteiam um índice de tipificação equiparado.

De facto, os Direitos Humanos apresentam-se, no seu conjunto, os mesmos, e os respetivos conteúdos afiguram-se tão vastos e, simultaneamente, tão densos, quanto os dos Direitos Fundamentais.

Aliás, domínios existem nos quais o Direito Internacional surge mais compreensivo do que parte das Constituições, ou porque mais antigas, ou porque mais liberais, ou porque mais liberais e mais antigas.

Do mesmo modo que, em planos específicos, se observa uma tipificação superior, casos dos direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, dos deficientes, ou dos migrantes.

Acresce, finalmente, que, nos tratados internacionais contendo Direitos Humanos - *maxime*, direitos civis - as reservas são inadmissíveis, porque esses instrumentos se perfilam, cumulativamente, enquanto Direito Natural e enquanto *ius cogens*⁹.

V - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos ancoram-se num mesmo fundamento jurídico - ou, num mesmo super-princípio - a dignidade da pessoa humana¹⁰.

Humanos é, inequivocamente, o do ‘*internacional concern*’, em contraste com o anterior do ‘*domestic affair*’”.

⁸ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 118 e 119: “situação semelhante à poliarquia medieval”: “poderia comparar-se com a situação dos direitos nacionais na Idade Média, o processo está ainda em grande parte ao nível da filosofia dos direitos, não no do direito positivo generalizado”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 37: “os Direitos Humanos não estão necessariamente positivados”; Botelho, *A tutela...*, p. 315: “são direitos universais, que valem para todas as pessoas ou coletividades de pessoas, independentemente de estarem positivados nos respetivos ordenamentos jurídicos nacionais”; Barreto, *op. cit.*, p. 21: a expressão Direitos Fundamentais “principalmente na doutrina alemã contemporânea, tem sido empregue (...) para referir-se aos direitos que, apesar de serem aqueles que o Homem deve gozar por ser pessoa, só aparecem como fundamentais depois que o direito positivo os tenha reconhecido em sua positividade. Entende-se, portanto, que existem e devem existir Direitos Humanos, antes e fora do Direito Positivo, mas não haveria Direitos Fundamentais senão a partir do momento em que aqueles direitos fossem incorporados pelo Direito Positivo”.

⁹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 146: “os princípios constantes da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969 (...) relativos aos efeitos das reservas, os quais se baseiam no princípio da reciprocidade, não se devem aplicar às convenções de Direitos Humanos, na medida em que este não vigora no Direitos Internacional dos Direitos do Homem”.

¹⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 37: “não se diferenciam (...) nem pela fundamentalidade (que também neles pode apresentar distintos graus) (...), nem pela finalidade (ambos visam defender e promover a dignidade, a autonomia e o poder das pessoas concretas”); e Barra,

A dignidade dessa pessoa humana é a razão nuclear - quiçá, a única - de qualquer destes dois tipos de posições jurídicas ativas.

É a *ratio* que viabiliza uma inequívoca distinção das mesmas perante todas as restantes.

Esse fundamento resulta, até, sublinhado em termos mais perentórios no âmbito internacional, porque, se a locução Direitos Humanos esclarece, de imediato, o conteúdo dos mesmos, a expressão Direitos Fundamentais implica uma prévia definição de fundamentalidade material¹¹.

VI - Idêntica similitude entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos se constata relativamente à sua natureza.

De facto, ambos traduzem posições jurídicas ativas, ambos se afirmam enquanto verdadeiros direitos subjetivos públicos, e nunca como simples normas programáticas ou, menos ainda, meros *standards*¹².

Mais: os Direitos Humanos não se assumem, tão-pouco, como direitos derivados, ou como direitos dependentes, por referência aos Direitos Fundamentais.

De facto, ocorre, precisamente, o inverso, considerado o Direito Internacional *ius cogens*.

Um *ius cogens* positivado em dois textos normativos, as Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e de 1986 - que se afirmam, eles próprios, como *ius cogens*.

E um *ius cogens* que se impõe, incondicionalmente, ao remanescente Direito Internacional¹³ e, outrossim, ao Direito Interno, nomeadamente ao Direito Constitucional.

VII - A mesma homologia entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos se vislumbra relativamente aos sujeitos jurídicos, quer ativos, quer passivos, dessas relações jurídicas.

Mecanismos..., p. 208: “é a circunstância de o fundamento dessa proteção radicar em valores que se têm por universais e perenes, essenciais á convivência humana e social, que justifica que a ordem internacional por ela se venha igualmente a responsabilizar e que os Estados que incorram na sua violação possam ser alvo de condenação em instâncias internacionais”.

¹¹ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 24: Direitos Fundamentais é uma “expressão mais adequada (...), pelas seguintes razões: “é mais precisa do que a expressão Direitos Humanos”; “pode abarcar as duas dimensões em que aparecem os direitos, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalista ou positivista”.

¹² Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 521: “a introdução dos *standards* dos Direitos do Homem no Direito Internacional - garantia e defesa de um determinado *standard* para todos os homens - obrigou ao desenvolvimento de um Direito Internacional individualmente (não estadualmente) referenciado”.

¹³ Em sentido próximo, Trindade, *A evolução...*, p. 28: “a inderrogabilidade hoje se impõe não tanto ou apenas por uma questão de forma, por terem as partes contratantes assim disposto em tratado, mas pelo próprio conteúdo de certos Direitos Fundamentais - o mínimo universal - que lhes imprime o caráter de normas em relação às quais não se permite qualquer derrogação”.

Com efeito, não suscita dúvidas, hoje, nem a personalização internacional do indivíduo, nem, tão-pouco, a existência dos respetivos direitos¹⁴, sobretudo dos direitos inerentes à própria natureza humana, dos direitos pessoais e, eventualmente, dos direitos políticos.

Logo, semelhantes direitos são sempre atribuídos, enquanto verdadeiros direitos públicos subjetivos, aos indivíduos, e não aos Estados, nem às Organizações Internacionais.

Realidades essas que se vêm adstritas, sim, a deveres frente a tais indivíduos.

Só assim se explica a legitimidade processual ativa dos sujeitos singulares nos Tribunais Internacionais, quer em ações contra o Estado de origem, quer contra Estados terceiros e, simetricamente, a legitimidade processual passiva para serem julgados pelos Tribunais Internacionais¹⁵.

Dir-se-ia que, no caso dos Direitos Humanos, estes seriam exclusivos das pessoas singulares e que, no dos Direitos Fundamentais, seriam extensivos às pessoas coletivas.

A verdade, porém, é que semelhantes direitos não se configuram, nem como Direitos Humanos, nem como Direitos Fundamentais, considerando que as pessoas coletivas carecem, em absoluto, da indispensável dignidade humana.

Analogamente, no que se reporta aos sujeitos passivos, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos exercem-se, em ambos os casos, frente ao mesmo tipo de oponentes.

Assim, a Constituição estabelece incumbências elementares, que se traduzem na existência de direitos dos indivíduos e das correspondentes obrigações para os Estados.

E fenómeno idêntico se regista quanto aos tratados internacionais, que preveem direitos para os indivíduos e as consequentes obrigações, quer para os Estados, quer para quaisquer outros sujeitos internacionais, designadamente, Organizações Internacionais¹⁶.

¹⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 32: “profunda e espalhada mudança de mentalidades na sociedade internacional em favor da universalização da ideia dos Direitos do Homem, não havendo hoje dúvidas de que o indivíduo é, enquanto titular de Direitos Humanos, sujeito de Direito Internacional comum”.

¹⁵ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 39: “os Direitos Humanos são direitos válidos para todos os Povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 35: “Direitos do Homem são as situações que, valendo para todos os Povos e sendo comuns a todos os Homens (...) resultam da natureza ou da condição do Homem e que o Direito Internacional reconhece”.

¹⁶ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 37: “qualquer ensaio de tratamento conjunto, ou simplesmente paralelo, dos Direitos Humanos, no plano internacional, e dos Direitos Fundamentais, no plano constitucional, negligenciaria o facto de que, pela sua própria natureza de pactos ou acordos internacionais, estes últimos documentos se orientam essencialmente, pelo menos numa primeira fase, pela consideração dos direitos enquanto obrigações de realização que impendem sobre os Estados e não como direitos subjetivos públicos do indivíduo face ao Estado”.

Em Direito Interno, o indivíduo assume uma relação, direta e imediata, com o Estado, sendo, consoante os casos, cidadão nacional, cidadão estrangeiro ou, no limite, apátrida.

Mas, uma relação, direta e imediata, se estabelece, igualmente, em sede de Comunidade Internacional, desses indivíduos com a integralidade dos Estados, e com quaisquer outros sujeitos de poder, designadamente, as Organizações Internacionais¹⁷.

Por fim, tanto os Direitos Fundamentais, como os Direitos Humanos, são exercíveis subsidiariamente, frente aos restantes indivíduos, nacionais, estrangeiros, ou apátridas.

VIII – Do mesmo modo, o catálogo interno de Direitos Fundamentais e o catálogo internacional de Direitos Humanos revelam-se substantivamente próximos.

Por um lado, quanto à seleção, à definição e à virtual delimitação dos aludidos direitos.

Por outro lado, quanto à identificação dos direitos insuscetíveis de condicionamentos totais, respetivamente, dos direitos impassíveis de - num caso - suspensão, ou - noutro - de derrogação.

Logo, a uma - indiciária - hierarquização de tais direitos, internos e internacionais, no plano valorativo¹⁸.

Acresce que, os vários catálogos de Direitos Fundamentais examinados não se revelam, sequer, homogéneos - muito pelo contrário - no âmbito interno de cada um dos Estados.

Sendo certo que uns ostentam maior número de direitos do que outros, que uns contemplam os designados direitos sociais e outros não, e que o mesmo fenómeno se deteta, por maioria de razão, quanto aos alegados direitos das subseqüentes gerações.

E que há direitos que se encontram previstos na esfera internacional, e não na esfera constitucional interna, como se vislumbra, por exemplo, com a liberdade de pensamento.

IX - Apresenta-se comum aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos, igualmente, a divisão, nuclear, entre, de um lado, os direitos de liberdade e, de outro lado, os designados direitos sociais.

¹⁷ Em sentido oposto, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 41: “o movimento internacional dos Direitos Humanos estabeleceu *standards* internacionais de Direitos Humanos universais aplicáveis aos Estados, mas não pretende substituir a relação entre o indivíduo e o Estado por uma relação direta entre o indivíduo e a Comunidade Internacional, nem substituir a responsabilidade do Estado e do Direito e instituições estaduais pela responsabilidade, Direito e instituições da Comunidade Internacional”.

¹⁸ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 234: “reconhecimento do carácter inderrogável de certos direitos básicos - o mínimo universal - nos planos global e regional; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 19: “naquele núcleo irrestringível de direitos, diretamente decorrentes da dignidade humana, revela-se uma dimensão fundamentante dos direitos individuais”.

No que concerne aos Direitos Humanos, essa clivagem traduz-se na existência de dois textos radicalmente distintos, um, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, outro, o Pacto internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

E, no que se toca á Constituição portuguesa, emana da fixação de dois regimes jurídicos rigorosamente opostos, o dos direitos, liberdades e garantias, a que se acoplam, ainda, os direitos de natureza análoga, e o dos designados direitos económicos, sociais e culturais.

X – Por último, relativamente à justicialidade, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos denotam, hoje, uma inequívoca e progressiva aproximação^{19 20}.

E, no âmbito regional europeu, tanto do Conselho da Europa, como da União Europeia, os direitos examinados revelam justicialidade análoga - porventura, superior - à interna.

Igualmente, em sede de Direitos Humanos são inadmissíveis quaisquer reservas estaduais atinentes aos mecanismos de tutela, jurisdicional ou não jurisdicional, porque estas implicariam a mudança da natureza dessas convenções, de *hard law* para *soft law*²¹.

Mais: subsistindo, ainda, um elevado número de Estados cuja proteção do direito à vida não contempla a garantia da proibição, ou da proibição total, da pena de morte, conhecem, em contrapartida, alguns segmentos do Direito Internacional que a proibem na íntegra - *maxime*, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

1.3. DIFERENCIAÇÃO

I - Não obstante a demonstrada unidade estrutural entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, assinalam-se, igualmente, algumas linhas, secundárias, de clivagem.

II – Em primeiro lugar, porque, ao invés do que se observa com os atos internos que albergam Direitos Fundamentais, os atos constitucionais, a vinculatividade dos atos normativos contendo Direitos Humanos não se apresenta geral.

¹⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 521: “para lá da proteção diplomática e da proteção humanitária, desenvolve-se uma teoria jurídico-contratual internacional da justiça, tendo por objetivo alicerçar uma nova dimensão da vinculatividade na proteção dos Direitos Humanos”.

²⁰ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...V. I*, p. 278: “obrigações para os Estados, mas não quaisquer posições jurídicas justiciáveis”.

²¹ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 146: “as reservas ao processo internacional de controlo são, por alguns, consideradas como totalmente inaceitáveis, sendo, por outros, admitidas, desde que não entrem seriamente esse controlo”.

Importando distinguir entre, de uma parte, as declarações, originariamente não adstringentes - *soft law* - e, de outra, os tratados internacionais *lato sensu*, a saber, os tratados, os acordos, as convenções, os pactos, as cartas, os protocolos, ou os convênios, intrinsecamente obrigatórios - *hard law*²².

III – Em segundo lugar, porque a justicialidade dos Direitos Humanos, num plano universal - ou, com maior rigor, internacional geral - se afigura, ainda, bastante limitada.

Reduzindo-se à existência do Tribunal Penal Internacional e, nesse contexto, a um circunscrito número de direitos de natureza civil, mormente, vida, integridade e liberdade.

E traduzindo, assim, menor efetividade jurídica, face à observada em sede de Direitos Fundamentais ou, inclusivamente, no - duplo - âmbito dos Direitos Humanos europeus.

IV - Em terceiro lugar, porque os Direitos Humanos patenteiam, no seu confronto direto com os Direitos Fundamentais, uma significativamente menor evolução técnico-jurídica.

Resultante de um tempo histórico de evolução mais limitado, mas decorrente, maioritariamente, do procedimento complexo de formação da sub-ordem internacional²³.

Melhor: emergente, quer de uma noção demasiado vincada de soberania, quer, sobretudo, da persistência, na Comunidade Internacional, de um impensável número de Estados de não-Direito e de Estados de não-democracia - ou de múltiplas democracias aparentes.

V - Efetivamente, centrar a defesa dos Direitos Humanos nos Estados, *maxime*, nesses últimos Estados, é ignorar que estes são, tipicamente, os maiores inimigos dos seus cidadãos - e, inclusive, de estrangeiros - bem como dos respetivos Direitos Fundamentais.

É obnubilar que os referidos Estados são, hodiernamente, a principal força do bloqueio da globalização e, mais especificamente, da globalização dos próprios Direitos Humanos.

Integral afirmação dos Direitos Humanos, de efetivos Direitos Fundamentais universalizados, exige, pois, a ultrapassagem do datado paradigma estadual, e a emergência de uma nova Comunidade Internacional, supra-estadual, cogente e diretiva²⁴.

²² Assim, Rodrigues, *Soft Law*, pp. 27, 28 e 29.

²³ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 118: “insuficiência mais importante (...) será a inexistência de um poder político supranacional com poderes plenos no mesmo âmbito em que se pretende estabelecer o ordenamento jurídico sobre estas matérias”.

²⁴ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 119: “a soberania é um obstáculo para a organização e proteção dos Direitos Humanos e buscam-se instâncias, mais do que inter-estaduais, para vencê-la”; “a internacionalização dos direitos põe em questão o princípio da soberania, converte a pessoa individual em sujeito de Direito Internacional e propõe a existência de uma certa autoridade supranacional que se imponha à estadual”; Martins, *Direito Internacional...*, pp. 83 e 90: “o Direito Internacional dos Direitos Humanos

1.4. NOMENCLAÇÕES PRÓXIMAS

I – Em contrapartida, não surge adequada, juridicamente, a usagem, em sinonímia com o exposto *tandem* Direitos Fundamentais / Direitos Humanos, das locuções Direitos do Homem, direitos naturais, direitos morais, direitos do cidadão, ou liberdades públicas.

II - Em primeiro lugar, não se perspectiva rigoroso o uso da locução Direitos do Homem.

Efetivamente, estes ostentam natureza filosófica e, desse modo, em rigor, a-jurídica²⁵ ²⁶.

Não se afirmando como direitos ou como direitos subjetivos, não conhecendo positivação nem tipificação, não se apresentando imperativos, vinculativos ou coercíveis e, menos ainda, se revelando justiciáveis.

Hoje, esses Direitos do Homem encontram continuação, sobretudo, no discurso político, interno e internacional na - juridicamente estéril - “conversa dos direitos (*rights talk*)”²⁷.

III - Em segundo lugar, não se afigura esclarecedora a nomenclação de direitos naturais.

É certo que, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos detêm uma clara origem natural, que são, na sua génese, bem como na evolução inicial, direitos emergentes da Razão²⁸.

Direitos anteriores ao Estado e, cumulativamente, à própria Comunidade Internacional²⁹.

tem de ultrapassar esta contradição fundamental, segundo a qual a proteção da pessoa humana só pode ser assegurada por um Direito interestadual (...); só pode ser verdadeiramente eficaz se se libertar da competência nacional exclusiva e assumir que a proteção do ser humano só pode ser assegurada fora do quadro das relações entre Estados;” e Gouveia, *Manual...*, p. 1029: “superior instância de defesa contra os abusos cometidos pelas autoridades estaduais”.

²⁵ No mesmo sentido, Neves, *op. cit.*, p. 605: “os Direitos do Homem remontam (...) a noções pré-modernas do domínio da filosofia, da teologia e da política”.

²⁶ Em sentido oposto, Miranda, *Relatório...*, p 391: Direitos Humanos “é locução que evitamos por (...) ser, neste momento, um anglicismo, sem a sedimentação de 200 anos da expressão Direitos do Homem”.

²⁷ Expressão originariamente criada por Mary Ann Glendon; assim, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 12.

²⁸ No mesmo sentido, Neves, *op. cit.*, p. 605: “a ideia moderna de Direitos do Homem apresenta-se como uma substituta da noção mais antiga de Direito Natural”.

²⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 19: “os Direitos Fundamentais gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à sociedade”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 22: “prévios ao poder e ao Direito Positivo”, “descobertos pela Razão na natureza humana”.

Porém, tal significa, apenas, que só em momento ulterior adquirem uma matriz cogente, que só então se opera a mudança em Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos^{30 31}.

Que, se se pretender, apenas então se projetam, inequivocamente, para o futuro, autonomizando-se, em parte, do seu próprio passado, das suas matrizes originárias³².

Acresce que, o universo e alcance dos direitos naturais se afirma mais restrito, mesmo com o recurso a uma noção exigente de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos³³.

IV - Em terceiro lugar, repudia-se a sinonímia com quaisquer - putativos - direitos morais.

Na verdade, a designação emerge contraditória nos seus próprios termos, porque, ou nos sediamos no domínio da ordem jurídica, ou nos encontraríamos, distintamente, no âmbito da ordem moral.

Ora, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, afirmam-se, sempre, como posições ativas numa específica ordem jurídica.

Numa ordem, tendencialmente *hard law*, vinculativa - consubstanciada em tratados - ou, no mínimo, numa ordem *soft law*³⁴, não imediatamente vinculativa - traduzida em declarações.

Nunca numa ordem moral, atendendo a que esta não se conforma, sequer, como ordem social, mas como ordem de consciência, não assistida de coercibilidade - ou de coercibilidade externa - e, por consequência, insuscetível de qualquer justicialidade³⁵.

V - Em quarto lugar, encontra-se afastada deste quadro a fraseologia direitos do cidadão.

³⁰ No final do século XVIII operou-se a progressiva superação da designação direitos naturais em favor da locução Direitos do Homem, provavelmente influenciada pela obra de Paine, *The Rights of Man* (1792).

³¹ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 22: ainda “apareciam como direitos naturais nas primeiras Declarações liberais do século XVIII”; “o termo direitos naturais identifica-se com uma posição jusnaturalista (...) e supõe uma terminologia antiquada e em relativo desuso”.

³² No mesmo sentido, Neves, *op. cit.*, p. 605: Direito Natural, “preponderância do passado em relação ao futuro”; Direitos Humanos, “orientação em direção ao futuro”.

³³ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 130: “apenas são direitos naturais aqueles que se podem justificar racionalmente como pretensões morais iguais para todos os indivíduos e para todos os tempos, e que são prévios ao contrato e ao consenso que os produz”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 37: “a qualidade de ‘naturais’ só pode ser reivindicada para um núcleo limitado de direitos, mais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e de que são paradigma figuras como o direito à vida, à integridade pessoal ou à liberdade (física e de consciência)”.

³⁴ Sobre a caracterização da ordem normativa *soft law*, Rodrigues, *Introdução ao Direito...*, pp. 41, segs.

³⁵ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 37: “os Direitos do Homem podem ser direitos puramente morais”.

De facto, tal designação alude, exclusivamente, ao indivíduo situado no interior de uma comunidade política, e não ao indivíduo, singular, isolado, livre, único, que, lógica - e cronologicamente - o precede³⁶.

Ocorre que, o núcleo mais elementar dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos é composto, respetivamente, pelos direitos pessoais ou pelos direitos civis, e não pelos direitos políticos - sem embargo da atual incontornabilidade desses direitos políticos³⁷.

VI – Em quinto e último lugar, entende-se inadequada a locução, de matriz francesa - e, sobretudo, originariamente, jacobina³⁸ - liberdades públicas.

De um lado, porque não espelha a essência das figuras, a sua intrínseca natureza de direitos, de direitos individuais, de direitos subjetivos, e de direitos subjetivos públicos.

De outro lado, porque se insere no âmbito de uma experiência constitucional sem exigência efetiva de vinculatividade ou, inerentemente, de justicialidade, e em relação à qual se torna impossível, mesmo hoje, sustentar, a existência de Direitos Fundamentais³⁹.

³⁶ Em sentido próximo, Maltez, *op. cit.*, p. 121: “o indivíduo, que começou por ser o *indiviso*, o átomo insuscetível de decomposição”.

³⁷ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 393 e 394: “os primeiros pertencem ao Homem, enquanto tal: os segundos pertencem ao Homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”; e Santos, *op. cit.*, p. 19: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão “é ambivalente ao falar de Direitos do Homem e do Cidadão. Desde o início, os Direitos Humanos cultivam a ambiguidade de criar pertença em duas grandes coletividades. Uma é a coletividade supostamente mais inclusiva, a humanidade, daí os Direitos Humanos. A outra é uma coletividade muito mais restrita, a coletividade dos cidadãos de um determinado Estado. Esta tensão tem desde então assombrado os Direitos Humanos”.

³⁸ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 24: “situa-se no âmbito da doutrina francesa (...) na tradição revolucionária de 1789”.

³⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 187: “a França surge numa classe à parte (...) uma vez que, apesar de alguma mistificação em contrário, as Constituições francesas ficaram-se sensivelmente (ou talvez nem isso) pela função de proclamar. Essa conclusão retira-se de observações liminares, com a natureza híbrida do Conselho Constitucional (...) a ausência da *judicial review* (...) ou a existência de um mero controlo preventivo da constitucionalidade de leis e tratados”.

2. AUTONOMIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Fundamentais perfilam-se como um segmento incontornável do Direito Constitucional.

Do mesmo modo que os Direitos Humanos se afirmam enquanto sector elementar do Direito Internacional.

Não obstante, possuem, em ambos os casos, autonomia no interior do domínio do Direito no qual se inscrevem.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO CONSTITUCIONAL

I – Em sede de Direito Constitucional, os Direitos Fundamentais assumem uma inequívoca autonomia, no embate com o Direito da Organização Político-Administrativa.

II - Assim, em primeiro lugar, se os Direitos Fundamentais radicam, exclusivamente, na Constituição formal, o Direito da Organização Político-Administrativa escora-se, tanto no Direito Constitucional formal, como no Direito Constitucional - estritamente - material.

De facto, a fundamentalidade implica, sempre, o estatuto jurídico-constitucional formal.

Logo, esses Direitos Fundamentais são, somente, os estabelecidos na Constituição formal.

Não os que têm origem, exclusiva, em ato legislativo - ou, por absurdo, ato regulamentar.

Nem, tão-pouco, os que, apesar de alusão constitucional, veem o essencial da respetiva regulação - ou da própria decisão de sobre eles legislar - contida em ato normativo sub-constitucional.

O que não implica, em contrapartida, que essa regulação ou essa determinação constitucionais formais certifiquem a existência de verdadeiros Direitos Fundamentais.

Na verdade, tal previsão surge como condição necessária e não como condição suficiente.

III – Em segundo lugar, os Direitos Fundamentais não disciplinam, ao invés do Direito da Organização Político-Administrativa, a estrutura, ou a dinâmica do poder público.

Bem pelo contrário, situam-se, necessariamente, num plano exterior a esse poder, ou inclusivamente, ou, sempre que necessário, numa oposição efetiva a semelhante poder.

E, acessoriamente, posicionam-se, ainda, frente à comunidade dos restantes indivíduos.

IV – Em terceiro lugar, os Direitos Fundamentais encontram ancoragem elementar na dignidade da pessoa humana.

Contrariamente o Direito da Organização Político-Administrativa ostenta matriz axiologicamente neutra, sem embargo da sua adstrição a um dever, generalíssimo - e assaz teórico - de Justiça.

V - Em quarto lugar, existem múltiplas normas de Direitos Fundamentais, relativas aos designados direitos sociais, que correspondem, apenas, a direitos futuros, ou a simples expectativas fácticas.

Diferenciadamente do que se verifica com a generalidade das normas que conformam o Direito Constitucional da Organização Político-Administrativa.

VI - Em quinto lugar, os Direitos Fundamentais refletem um conjunto de regras sempre justiciáveis, sempre dotadas de garantia jurisdicional interna.

Ao contrário de uma parte importante do Direito da Organização Político-Administrativa.

Ponto sendo que essas posições jurídicas ativas fundamentais se configurem como direitos subjetivos, caso dos direitos de liberdade, pessoais e políticos, e não como meras expectativas fácticas, caso dos designados direitos sociais.

VII – Em sexto lugar, e em radical clivagem com o Direito da Organização Político-Administrativa, os Direitos Fundamentais possuem uma justicialidade, cumulativa, internacional.

São garantidos, em sede jurisdicional, por uma sub-ordem jurídica extrínseca e, acrescente-se, hierarquicamente superior à própria ordem jurídica estadual.

De modo mais evoluído, no contexto regional europeu, e, de forma mais embrionária, no plano universal.

2.2. DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL

I - Os Direitos Humanos, igualmente, revelam características específicas no âmbito ao Direito Internacional Geral.

II – Desde logo, porque os Direitos Humanos não se regem por um princípio de não-ingerência estadual, ao invés do que se observa em sede de Direito Internacional Geral⁴⁰.

Supõem, antes, uma admissibilidade de um designado direito de ingerência, ou direito de assistência humanitária, mesmo em detrimento das regras da soberania⁴¹.

Efetivamente, também no âmbito internacional, o indivíduo - e a sua dignidade enquanto ser humano - é a razão de ser do Estado, não é o Estado que é a razão de ser do indivíduo⁴².

III – Depois, porque, dissemelhantemente ao Direito Internacional Geral, os tratados nesta matéria não assentam - ou não deverão assentar - num princípio de reciprocidade.

De facto, o fundamento dos Direitos Humanos reside na dignidade da pessoa humana⁴³.

Ora, esta implica o entendimento do indivíduo como fim em si mesmo, impedindo a sua de dependência de qualquer acordo entre Estados, de uma qualquer sinalagmaticidade⁴⁴.

Mais: de uma qualquer rutura desse consenso inter-estadual anteriormente estabelecido⁴⁵.

⁴⁰ “Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas do capítulo VII (art. 2º, nº 7, Carta das Nações Unidas).

⁴¹ Em sentido oposto, Queiroz, *A proteção...*, p. 106: “o chamado ‘direito de intervenção humanitária’ não constitui uma norma de Direito Internacional, não formando sequer um costume internacional, por inexistência do elemento ‘subjetivo’, a convicção da sua própria obrigatoriedade (...), como bem recordou o Tribunal Internacional de Justiça no caso ‘Nicarágua v. Estados Unidos’ (1986)”.

⁴² Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 18: “crescente restrição do princípio da não-ingerência em favor da ideia de que o respeito efetivo dos Direitos Fundamentais pelos Estados constitui um interesse da comunidade internacional”.

⁴³ Em sentido diverso, Martins, *Direito Internacional...*, p. 88: “fundamenta-se na identidade universal da pessoa humana e no princípio da igualdade de todos os seres humanos”.

⁴⁴ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 144: “as convenções sobre Direitos Humanos têm um carácter objetivo, não estabelecem obrigações recíprocas entre os Estados, mas sim compromissos de carácter absoluto, os quais transcendem a esfera das relações entre Estados”.

⁴⁵ Em sentido próximo, Martins, *Direito Internacional...*, p. 144: “isso mesmo é reconhecido no artigo 60º, nº 5, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a propósito da cessação de vigência ou suspensão de um tratado, que exclui os tratados relativos aos Direitos Humanos da exceção de não cumprimento do tratado”.

Sem prejuízo de, no plano dos direitos constitucionais, algumas regras de Direitos Fundamentais - como ocorre entre nós (art. 15º, nº 2) - disporem, manifestamente, em sentido oposto, sobremaneira no que tange aos direitos políticos.

IV – Finalmente, porque o núcleo intangível dos Direitos Humanos, o dos direitos de liberdade⁴⁶, patenteia uma inequívoca e diferenciadora natureza jurídica *ius cogens* (art. 53º e 64º, Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados).

Posicionando-os, assim, em plano internacional inequivocamente superior e, cumulativamente, supra-constitucional.

Se bem que, fenomenologia idêntica não ocorra com os designados direitos sociais.

⁴⁶ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 93: “o consenso que se verifica na doutrina é mais restrito do que isso, limitando-se à inclusão dos direitos essenciais da pessoa humana nas normas de *ius cogens*”.

3. NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DIREITOS HUMANOS

3.1. DEMARCAÇÃO POSITIVA

A noção jurídica adotada assume um perfil globalizante, em linha com a natureza, estruturalmente sinonímica, das locuções Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Assim, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos afirmam-se, essencialmente, como posições jurídicas ativas - ou situações jurídicas ativas - reconhecidas pela ordem interna ou pela ordem internacional, visando a defesa da dignidade da pessoa humana.

E surgem, complementarmente, enquanto direitos subjetivos, públicos, individuais, paradigmaticamente frente ao poder, ou acessoriamente face à comunidade, e enquanto direitos de origem natural, positivados, tipificados, negativos, determinados, precativos, incondicionados e justiciáveis.

3.1.1. DIREITOS SUBJETIVOS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos erguem-se como direitos subjetivos.

Em tese geral, o direito subjetivo revela uma posição jurídica ativa - ou situação jurídica ativa - um poder, faculdade, vontade, liberdade, permissão, utilidade, ou vantagem.

As duas clássicas construções doutrinárias são, de um lado, a objetivista, sustentada por Rudolf von Jhering, e, de outro lado, a subjetivista, defendida por Friedrich von Savigny.

Para a primeira, o direito subjetivo consubstancia-se, elementarmente, na proteção, pela ordem jurídica, de um interesse, de um bem, de uma utilidade, ou de um fim.

Para a segunda, o direito subjetivo traduz-se, prevalecentemente, numa vontade, num poder da vontade, ou num efeito da vontade.

II – Na construção jurídica advogada, o direito subjetivo recorta-se como manifestação de vontade, e corolário das ideias de dignidade, de autonomia e de liberdade individual⁴⁷.

⁴⁷ Para Carl Schmitt e Richard Thoma, “unicamente os ‘direitos subjetivos’ eram identificados como os Direitos Fundamentais”, assim, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 87.

3.1.2. DIREITOS PÚBLICOS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos afirmam-se como direitos subjetivos públicos⁴⁸.

Como direitos relativos ao poder e não - ou não apenas - como limites a um tal poder⁴⁹.

Como direitos a exigir do poder, interno ou internacional, um qualquer comportamento, omissivo, comissivo, ou mesmo, porventura, simultaneamente, omissivo e comissivo⁵⁰.

Todavia, para a existência de um direito subjetivo público não se revela suficiente a verificação de uma simples vantagem do indivíduo por referência ao mencionado poder⁵¹.

Torna-se indispensável, ainda, uma verdadeira suscetibilidade de exigir, uma suscetibilidade de exigir de natureza não reflexa, não acidental ou não incidental⁵².

⁴⁸ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 23: “o termo foi criado no seio da escola de Direito Público alemã do século XIX, como especificação do conceito mais genérico de direito subjetivo”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 66 e 72: “essa conceção só se afirmou plenamente na vigência da Constituição de Weimar, a cuja luz se firmou o entendimento de que, das normas que pronunciam Direitos Fundamentais, promanam para o indivíduo direitos subjetivos contra o Estado em sentido amplo”; “a qualificação dos Direitos Fundamentais como direitos subjetivos é hoje objeto de um reconhecimento pacífico na maioria dos Direitos europeus”.

⁴⁹ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 70: “no passado, a própria doutrina alemã entendia que “não se trataria de verdadeiros direitos subjetivos, por carência de objeto, e sim de uma mera limitação dos poderes do Estado”.

⁵⁰ No mesmo sentido, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 136: “gozar de um direito subjetivo significa ter o poder de pretender perante um outro sujeito um determinado comportamento. Este é o conteúdo do direito subjetivo: o dever jurídico relacional. O conteúdo do direito corresponde ao comportamento que o respetivo titular pode exigir a outro sujeito”; Peces-Barba, *op. cit.*, p. 24: “é um direito subjetivo quando frente ao titular do direito, sujeito ativo, existe um sujeito identificável obrigado por esse direito, sujeito passivo”; e Martins, *Direito Internacional...*, p. 84: “o direito humano é composto por três elementos: a) um sujeito ativo - o beneficiário; b) um sujeito passivo - o sujeito sobre o qual impende a obrigação; c) um objeto - o conteúdo”.

⁵¹ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1032: “não tendo necessariamente de respeitar o conceito específico de direito subjetivo”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 73: “os meios jurídicos normativamente determinados cifram-se em posições de vantagem para o titular”.

⁵² Em sentido oposto, Canotilho, *Jusfundamentalidade...*, p. 844: “revisão da estrutura dogmática do direito subjetivo. Nesse contexto, propõe-se a definição de ‘direito subjetivo’ como expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não lesões) a que corresponde sempre uma obrigação de prestação ou uma proibição de lesão”; e Novais, *As restrições...*, p. 125: “um Direito Fundamental, quando perspectivado na sua dimensão subjetiva, tem sempre como conteúdo, intencional ou reflexo, uma posição jurídica subjetiva e fundamental de vantagem sobre um bem jusfundamentalmente protegido”.

Melhor: é necessária uma faculdade de exigir diretamente, e de exigir imediatamente⁵³.

II - Não obstante, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos apresentam especificidades no confronto com os remanescentes direitos subjetivos públicos.

Desde logo, porque detêm, em ambos os casos, origem e fundamento no Direito Natural.

Não se estando, assim, na disponibilidade dos poderes públicos, internos e internacionais, consagrá-los ou recusá-los, mas, tão-somente, declará-los ou enunciá-los.

Depois, porque esses direitos o são, precisamente, em razão da sua fundamentalidade, ou da sua humanidade.

Mais: em razão de uma fundamentalidade, ou de uma humanidade, simultaneamente, formal⁵⁴ e material⁵⁵.

De um lado, como decorrência da sua expressa previsão, num caso, constitucional, e, no outro caso, tratadual primária.

E, de outro lado, da sua intrínseca vocação para a defesa da dignidade da pessoa humana.

Nunca, pois, de uma fundamentalidade ou de uma humanidade exclusivamente material, mas, nunca, sobretudo, de uma fundamentalidade ou humanidade meramente formal⁵⁶.

III - Quanto ao alcance da noção de direito subjetivo público, não se revela pertinente, nesta sede, a distinção entre direitos e liberdades, nem mesmo entre estes e as garantias.

⁵³ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 575: “posição jurídica ativa consagrada numa norma jurídica, portadora de um elevado grau de determinabilidade ou decidibilidade que permite ao seu titular desfrutá-la em termos imediatos, ou exigir judicialmente que seja assegurado esse desfrute”.

⁵⁴ No mesmo sentido, Vaz, *O enquadramento...*, p. 438: “conferem Direitos Fundamentais todas as normas constitucionais que (...) confirmam Direitos Fundamentais cujo conteúdo é fixado na Constituição”;

⁵⁵ No mesmo sentido, Correia, Sérulo, *op. cit.*, p. 73: “fundamentalidade material, traduzida em os fins da pessoa individualmente considerada visados pela afetação de meios serem em primeira linha os da preservação e valorização da dignidade da pessoa humana”.

⁵⁶ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 553: “a natureza jusfundamental de um direito decorre, primariamente, da sua inclusão na Constituição; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, pp. 63, 73 e 54: “um Direito Fundamental pode ser tanto material e formal, como exclusivamente material, mas nunca formal apenas”. “Posições jurídicas ativas e passivas que resultam da determinação de normas (ao menos materialmente) constitucionais”. “O princípio da unidade da Constituição não consente a existência de Direitos Fundamentais meramente formais. Não merecem ser tratados como Direitos Fundamentais os direitos desprovidos de fundamentalidade material, ainda que enunciados na Parte I da Constituição (...). O reconhecimento abstrato da admissibilidade de Direitos Fundamentais materialmente mas não formalmente fundamentais pressupõe a existência de um critério jurídico de fundamentalidade material”.

Efetivamente, o conceito de direito subjetivo é suscetível de alargamento a qualquer dessas três figuras jurídico-públicas, se bem que com saliência na primeira, ou, quiçá, nas duas primeiras⁵⁷.

Cumulativamente, a noção de direito subjetivo público incorpora todo o conjunto dos direitos de liberdade, quer os pessoais e os civis, quer os políticos.

De facto, embora aqueles constituíam a sua valência principal, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos não significam, hodiernamente, apenas direitos de defesa, direitos negativos, direitos a uma não interferência do poder⁵⁸.

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos são, ainda, direitos comissivos, direitos de participação, direitos de intervenção, se não no interior do poder, pelo menos, com reflexos diretos e imediatos na direção externa do próprio poder, interno ou internacional⁵⁹.

3.1.3. DIREITOS INDIVIDUAIS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos são titulados, em exclusivo, por sujeitos singulares, não por sujeitos coletivos, nem coletivos internos, nem coletivos internacionais.

No que concerne aos Direitos Humanos, porque essa humanidade proscreeve, de imediato, tais pessoas coletivas.

No que tange aos Direitos Fundamentais, porque se a sua ancoragem diferenciadora é, precisamente, a dignidade da pessoa humana, isso conduz, igualmente, à exclusão das pessoas coletivas.

II - Por maioria de razão, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos surgem enquanto direitos exclusivos das pessoas, das pessoas humanas.

⁵⁷ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 293: “se no direito subjetivo havia um dever correlativo de um titular (...) identificável e concreto, neste caso há um não-direito correlativo de um titular genérico (...). O não direito de uma parte da relação supõe um não dever da outra parte (...), a liberdade é sinónima de um não dever”.

⁵⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 40: “a imagem constitucional da pessoa humana no Direito contemporâneo não é a de um indivíduo isolado e soberano (...); relação dialética entre indivíduo e comunidade”.

⁵⁹ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 40: “não pudemos entendê-los como se o poder fosse inteiramente exterior ao indivíduo (...). Os destinatários dos atos do poder são, ao mesmo tempo, participantes na sua formação”.

Afastando, assim, as coisas, ou mesmo, putativos *tertium genus*, designadamente, animais, ou alguns tipos de animais⁶⁰, e, num limite final, vegetais, ou alguns tipos de vegetais.

3.1.4. DIREITOS PARADIGMATICAMENTE FRENTE AO PODER

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos definem-se, paradigmaticamente, como direitos frente ao poder⁶¹.

Implicando não apenas a existência de um Estado de Direito, ou de uma Comunidade Internacional de Direito, mas a autonomia de duas esferas jurídicas⁶².

De um lado, a do poder, interno ou internacional, e, de um outro lado, a de cada indivíduo.

Afirmando-se como Direitos Fundamentais os direitos frente ao poder organizado do Estado *lato sensu*, e recortando-se como Direitos Humanos os direitos perante o poder organizado da Comunidade Internacional⁶³.

II - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos foram, são - e, tanto quanto é viável prospetivar, serão sempre - direitos de liberdade.

Mormente, direitos pessoais, face a uma intromissão do poder no gozo de tal liberdade⁶⁴.

⁶⁰ Em sentido contrário: “o etólogo Peter Singer tem promovido os direitos dos animais e criticado o que designou por favoritismo da espécie por parte dos seres humanos. Na sua visão *darwiniana* do mundo, os seres humanos fazem parte de um processo contínuo de vida e não gozam de nenhum estatuto especial. Esta perspetiva leva-o a duas conclusões lógicas: a necessidade dos direitos dos animais, uma vez que estes sentem dor e sofrimento tal como os humanos, e uma desvalorização dos direitos das crianças e dos velhos que não dispõem de algumas características sensoriais que lhes permitam sentir a dor. Para Peter Singer os direitos de alguns animais merecem mais respeito do que os de algumas pessoas”; assim, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 15.

⁶¹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1032: “na sua génese, evolução e função, não se explicam senão num contexto dicotómico entre o Poder e a Sociedade, devendo por isso somente ser titulados por pessoas que se integram na Sociedade e que em relação ao Poder se possam contrapor”.

⁶² No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 222: “o modelo de relação mais adequado (...) é a que designo por coordenação ou interligação entre Direito e Poder, que reconhece a existência autónoma de ambos os pólos da relação”

⁶³ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 13: “os Direitos Humanos traçam à volta do indivíduo uma esfera privada e inviolável (...), definem uma limitação dos poderes do Estado”; Gouveia, *Manual...*, p. 1031: “os Direitos Fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-poder”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 23: “situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos”.

⁶⁴ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 119: “todos os direitos estão ao serviço ou são função da liberdade”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 334: “primordialmente uma aspiração de garantia

Todavia, são-no, cumulativamente, numa indispensável articulação com o referido poder.

Efetivamente, o contratualismo - ou conceção afim - que os inspira e, enquanto antecedente deste, o Direito Natural, não admitem a sua negação ou condicionamento excessivo, mormente, em termos de restrição, de suspensão, ou de derrogação⁶⁵.

Contudo, não podem, também, estatuir uma supremacia absoluta de tais direitos sobre a comunidade dos indivíduos, nem sobre um poder político democraticamente instituído⁶⁶.

III - Logo, a designada teoria dos Direitos Fundamentais - ou, eventualmente, dos Direitos Humanos - enquanto trunfos frente ao poder, assente numa supremacia presuntivamente incondicional dos aludidos direitos, deve ser afastada.

De um lado, porquanto só uma parte desses direitos - e, nem sequer, a mais saliente - se vislumbra suscetível de afirmação, numa ótica técnica, enquanto potencial trunfo⁶⁷.

De outro lado, porquanto desvaloriza, em absoluto, a soberania popular e o princípio democrático maioritário, instalando, em sua substituição, uma verdadeira ditadura⁶⁸.

efetiva e imediata da liberdade”; Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 228: “uma função primária de defesa e a finalidade primária e insubstituível de realização da igual liberdade jurídica, no sentido da garantia de uma esfera de autonomia individual face ao poder”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 255: “continuam a ter sentido apenas se não perderem essa matriz libertadora que constitui o momento da tradição que permanece na sua história”.

⁶⁵ Em sentido próximo, Botelho, *A tutela...*, p. 92: “é o Estado que existe para o Homem, e que se deve moldar a ele, e não o oposto”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 221: “a supremacia do Direito sobre o poder é o núcleo essencial das conceções jusnaturalistas, para as quais, especialmente para o jusnaturalismo clássico aristotélico tomista, o Direito positivo produto do poder está subordinado à sua conformidade com o Direito Natural”.

⁶⁶ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 90 e 319 e 90: nem a “defesa do Estado face à sociedade (à maneira de Hegel)”, nem a “defesa da sociedade face ao Estado (à maneira de Adam Smith)”. “Harmónica composição de interesses opostos, apta a impedir, quer uma prevalência dos interesses do Estado, quer um reconhecimento sem limites dos interesses dos indivíduos”.

⁶⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 28: “nem todos os Direitos Fundamentais se deixam representar como trunfos (exemplo, art. 24º, nº 2)”.

⁶⁸ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 105: “o modelo prestacionista do Estado social (...) muito deveu (...) à vigilância e criatividade dos Tribunais Constitucionais que escrutinaram com rigor as políticas públicas do legislador quando este afrontou direitos sociais. O papel da Justiça Constitucional como jurisdição amiga dos direitos sociais conformou um importante limite ao poder do legislador e uma garantia de que as mutações de ciclo político não implicariam o desmantelamento do Estado de bem-estar; e Novais, *Direitos sociais...*, pp. 251 e 319: “ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição, ou a situação por ele tutelada, à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos”; “a posição jurídica individual protegida jusfundamentalmente goza de uma situação de primazia face aos poderes constituídos, incluindo a maioria que governa democraticamente”; “o argumento da maioria é inapto para quebrar a força jurídica de um direito fundamental; se estiver apoiada apenas no argumento democrático, na vontade

3.1.5. DIREITOS ACESSORIAMENTE FACE À COMUNIDADE

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos constituem, acessoriamente, e mitigadamente, posições jurídicas subjetivas ativas face aos remanescentes indivíduos.

Num regresso, parcelar, às suas origens, enquanto direitos naturais dos indivíduos perante os restantes, e no contexto de um - mítico - estado de natureza no qual o poder se encontra ainda ausente⁶⁹.

No quadro, não obstante, de um nuclear princípio de liberdade e de autonomia da vontade.

3.1.6. DIREITOS DE ORIGEM NATURAL

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos encontram a correspondente alicerção filosófica, pré-positiva, no Direito Natural - ou, de outro ângulo, nos Direitos do Homem.

Num Direito Natural visionado, em momento preliminar, enquanto Direito intrinsecamente, exclusivamente, divino.

E, em tempo posterior, num Direito Natural de matriz laica, traduzindo, tão-só, a existência de uma ordem racional do universo.

3.1.7. DIREITOS POSITIVADOS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos são, contudo, direitos positivados.

Ou positivados pelo Direito Constitucional, ou positivados pelo Direito Internacional, ou duplamente positivados por uma e por outra fonte.

As Revoluções Liberais operam uma primeira fase, com a conversão dos direitos naturais em Direitos Fundamentais.

maioritariamente expressa ou na adesão maioritária, a decisão política democrática não prevalece sobre a posição jurídica individual garantida por um direito fundamental”; “significa (...), no plano das relações entre os poderes públicos, que os bens, posições ou situações tuteladas pelos Direitos Fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, ao poder judicial, designadamente à justiça constitucional”.

⁶⁹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 23: “o conceito de Direitos Naturais colocava-se, na sua origem, sempre entre iguais e em estado de natureza, onde não existia poder”.

E, após a II Guerra Mundial, ocorre a segunda fase, agora no plano internacional, com a emergência dos Direitos Humanos.

II – A mera proclamação não implica, contudo, a existência, nem de uns, nem dos outros.

Importa que sejam formalizados, reduzidos a escrito mas, também, que surjam integrados em textos normativos vinculativos, cogentes, ou internos ou internacionais.

Fenómeno que ocorre quer com os primeiros, sediados na Constituição, quer com os segundos, consagrados, tipicamente, em tratados, ou, mais excepcionalmente, em declarações indutoras de costume internacional.

3.1.8. DIREITOS TIPIFICADOS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos obrigam, igualmente, a uma tipificação.

Não resultam, assim, de uma simples referência, ou de mera alusão, de natureza genérica.

Exigem, pelo contrário, uma específica identificação de cada um de tais direitos e, preferencialmente, a da própria categoria tipológica estruturante na qual se inscrevem.

Sem embargo de a tipificação ser passível de uma maior ou menor concisão, determinando, por vezes, tipologias fechadas e, noutras, tipologias exemplificativas⁷⁰.

3.1.9. DIREITOS NEGATIVOS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos são, estruturalmente, direitos negativos.

Traduzindo, na ótica do seu titular, sobretudo, uma liberdade-autonomia frente ao poder.

Liberdade a que corresponde, na perspectiva deste último sujeito passivo típico, um dever de não agir, um dever de não prestar, um dever de não interferir, um dever de abstenção.

⁷⁰ No mesmo sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, pp. 60 e 61: “a posituação constitucional dos Direitos Fundamentais (...) também recorre à sua tipificação (...). Evitando-se assim a sua diluição em fórmulas abstratas, facilmente à mercê do poder político”; e *A afirmação...*, p. 66: embora, com “possibilidade de essas tipologias não serem tipologias fechadas e serem, ao invés, abertas ou exemplificativas”.

3.1.10. DIREITOS DETERMINADOS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos consubstanciam direitos determinados.

Pressupõem a determinação ou, no mínimo, a determinabilidade, das normas respetivamente, da norma constitucional, ou da norma internacional, na qual se contém.

Melhor: pressupõem, se não uma determinação absoluta - de matriz essencialmente mítica - pelo menos um elevado, ou maioritário, grau de determinação.

Dessarte, não se configuram como Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos os direitos indeterminados, ou cuja determinação dependa, na sua essência ou, mais ainda, na sua globalidade, de ato complementar.

Ou de ato legislativo ordinário, ou de outro tratado, ou de ato legislativo e de outro tratado.

3.1.11. DIREITOS PRECETIVOS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos estabelecem sempre direitos precetivos.

E a exigência de tipificação, primeiro, e a necessidade de determinação, depois, apresentam-se como os pressupostos necessários, imediatos, dessa mesma precetividade.

Dessa suscetibilidade, ao menos parcial, de aplicação, simultaneamente, direta e imediata.

Existem, assim, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos quando se revela possível uma intervenção na esfera dos indivíduos, sem mediação jurídico-política subsequente.

3.1.12. DIREITOS VINCULATIVOS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos assumem, em qualquer caso, perfil vinculativo.

Adstringindo, a título principal, o poder e, a título acessório, os próprios sujeitos privados.

Configurando uma faculdade dos titulares ativos a exigir a estes, nos dois casos, embora em moldes e com alcances muito diferenciados, um específico comportamento.

3.1.13. DIREITOS INCONDICIONADOS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos configuram direitos incondicionados.

Efetivamente, não dependem de quaisquer mecanismos, ou praeter-constitucionais ou praeter-trataduais, condicionadores da repetitiva aplicabilidade.

Impondo-se, internamente, ao legislador ordinário, e impondo-se, internacionalmente, aos órgãos que elaboram os normativos internacionais subsequentes.

De um lado, porque não admitem escolha em razão de critérios políticos - ou, no pior dos casos, partidários.

De outro lado, porque se apresentam insuscetíveis de denegação em razão de critérios financeiros.

São direitos, assim, que independem de qualquer reserva de decisionalidade política, ou de qualquer reserva de sustentabilidade financeira.

3.1.14. DIREITOS JUSTICIÁVEIS

Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos recortam-se, necessariamente, como direitos justiciáveis.

Aliás, não se concebem os direitos subjetivos, mesmo aqueles que se não afirmam como direitos públicos, como Direitos Fundamentais, como Direitos Humanos, relativamente aos quais se encontre omissa a garantia jurídica.

Mais: em que esteja ausente a garantia jurídica por excelência, a garantia jurisdicional⁷¹
72.

⁷¹ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 255: “direitos subjetivos públicos, ou seja, direitos a exigir judicialmente, no interesse dos próprios, o cumprimento dos respetivos deveres estatais”; e *As restrições...*, pp. 102 e 103: “só quando o particular tem a faculdade de poder acionar a respetiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, autónomo e individualizado é que, verdadeiramente, a garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental se revela, para ele, na plenitude da sua dimensão subjetiva”; “reconhecemos, então, na justiciabilidade, no interesse e por iniciativa do particular, o cerne da dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais”.

⁷² Em sentido oposto, Canotilho, *Tomemos a sério...*, p. 479 e 481: os direitos sociais são um “tipo de direitos subjetivos (...), “independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjetivos onde falta a capacidade jurídica (poder jurídico, competência) para obter a sua efetivação prática (acionabilidade)”; e Novais, *As restrições...*, p. 101: “se reconhecermos como característica essencial do conceito de direito subjetivo público o poder de exigir judicialmente o cumprimento de uma obrigação estatal, então haverá que distinguir, dentro das várias posições jurídico-subjetivas assentes em normas de Direitos Fundamentais, as configuráveis como direitos subjetivos e as que, se bem que consistindo em posições de vantagem individual, não atingem esse grau de consistência jurídica”; “perante esta diversidade

Sem prejuízo, não se requer, nem uma garantia absoluta, nem uma garantia da integralidade desses direitos, nem, tão-pouco, de acesso, direto, a um Tribunal especializado na respetiva tutela.

Na verdade, esse maximalismo protetivo conduziria, mesmo hodiernamente, à negação da existência tanto dos Direitos Fundamentais, na quase-integralidade dos Estados, como, sobretudo, à absoluta inexistência dos internacionais Direitos Humanos⁷³.

3.1.15. DIREITOS FUNDADOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos são, por último, mas, decerto, não menos sobressalientemente, os direitos que encontram o respetivo fundamento na dignidade da pessoa humana.

Melhor: a dignidade da pessoa humana é a característica que permite autonomizar, definitivamente, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, no conspecto dos direitos subjetivos públicos, enquanto direitos subjetivos públicos excepcionalmente qualificados^{74 75}.

3.1.15.1. PERTINÊNCIA

I - A dignidade da pessoa humana emerge, desse modo, enquanto condição *sine qua non* para a existência e para a subsistência dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.

O que não significa, contudo, pertinência análoga em relação à totalidade desses direitos.

De facto, os direitos apenas se definem como Direitos Fundamentais, ou como Direitos Humanos, quando afirmem diretamente, imediatamente, intrinsecamente, essa dignidade.

(...) ou só se considera existir um direito subjetivo quando existe este poder de exigir a realização judicial ou se distinguem os dois momentos, no sentido de que uma coisa é ter o direito (...) outra coisa é o poder, ou não, acionar a sua realização”.

⁷³ Em sentido diverso, Novais, *As restrições...*, p. 103: “esta diferença específica só assume plena e cabal relevância nas ordens jurídicas em que aos particulares é reconhecido o acesso direto à justiça constitucional para tutela dos Direitos Fundamentais”.

⁷⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 92: “têm de ser os direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa”.

⁷⁵ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 71: “direitos subjetivos, através dos quais são protegidos, a um nível pelo menos parcialmente constitucional, bens indissociáveis da dignidade da pessoa humana”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 58: “só pode ser fundamental aquele direito que descreva uma relação qualificada do homem e do Estado”.

Uma sua valoração adequada emerge, pois, radicalmente distinta, ou mesmo, vigorosamente oposta, para os direitos de liberdade e para os designados direitos sociais⁷⁶.

E, até, entre os direitos de liberdade, para os direitos pessoais ou civis e os direitos políticos, ou para cada um dos direitos pessoais ou civis por referência aos restantes⁷⁷.

II - A dignidade da pessoa humana exige o seu absoluto respeito, quer por referência ao poder, quer, se bem que em plano distinto, no que concerne aos remanescentes indivíduos.

E, postula, cumulativamente, uma defesa desse respeito e uma proteção dessa dignidade.

Obnubilando, em contraste, uma virtual promoção dessa dignidade, promoção que subjazeria aos designados direitos sociais.

Na verdade, estes devem surgir como escolha comunitária - eleitoral, ou até, referendária - e nunca como imposição, como dever, de fonte constitucional ou origem internacional, e natureza puramente ideológica⁷⁸.

III - A examinanda dignidade da pessoa humana apresenta-se transversal aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos.

Surge mencionada, expressamente, na Constituição portuguesa (art. 1º), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Preâmbulo, parágrafos 1º e 5º, e art. 1º e 23º), no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Preâmbulo, parágrafos 1º e 2º), no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Preâmbulo, parágrafos 1º e 2º, e art. 13º, nº 1), na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Protocolo nº 13, parágrafo 1º) e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Preâmbulo, parágrafo 2º, e art. 1º).

⁷⁶ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, pp. 478 e 480: “existem direitos cujo conteúdo tem uma maior proximidade do que outros no que tange a uma imposição moral, política e jurídica de respeito e proteção. Trata-se dos direitos civis e políticos, com especial relevo para os direitos de personalidade (...); como expressão mais próxima e intensa do princípio da dignidade da pessoa humana emergem os direitos, liberdades e garantias”.

⁷⁷ No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.* p. 499: “na sua dimensão estritamente personalista, são direitos destinados à proteção da pessoa humana, direitos do ser humano, absolutos e inerentes à qualidade de homem dos seus titulares. São um dever ser que é juridicamente, visando a proteção da dignidade da pessoa humana”.

⁷⁸ Em sentido oposto, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 500: “ligação de tais direitos à dignidade da pessoa humana, ora como integrantes do seu conteúdo, ora como condições para a promoção e a realização desse valor”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 161: “respeito, proteção e promoção - *respect, protect, fulfill* - da dignidade da pessoa humana”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 538: “num caso, a proteção está associada ao carácter de direito subjetivo das correspondentes pretensões, no outro, a proteção releva, antes de mais, de um dever do legislador na respetiva promoção”.

Indubitavelmente, o Homem é o fim, o único fim, quer do Estado, quer da Comunidade Internacional, quer do Direito e, assim, por absoluta maioria de razão, dos correspondentes Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Mais: porque essa sua dignidade se afirma anterior e superior ao Estado, anterior e superior à Comunidade Internacional, e anterior e superior à ordem, positiva, do Direito⁷⁹.

Aliás, é esse valor da dignidade da pessoa humana que permite qualificar e caracterizar o Estado, a Comunidade Internacional, ou a ordem jurídica positiva⁸⁰.

E, no limite, em caso de preterição grave da mesma, declará-los, juridicamente, iníquos.

3.1.15.2. CARACTERIZAÇÃO

I - O objeto de dignidade da pessoa humana é, parcialmente, indeterminado, e, quiçá, parcialmente, indeterminável⁸¹, revelando-se, todavia, suscetível de alguma densificação.

II – A dignidade da pessoa humana substancia o fundamento dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos, por fundamento se entendendo a causa última⁸² desses Direitos.

Ou, quiçá, em alternativa, uma realidade supra-princípial, o princípio entre os princípios.

Não se ergue, entretanto, nem como direito, nem como direito subjetivo *proprio sensu*, ou como direito subjetivo público, dado que carece de um mínimo de especificação⁸³.

Nem, sequer, como potencial base de direitos subjetivos concretos, de possíveis direitos subjetivos, os quais, surgiriam, assim, necessariamente, como direitos implícitos.

⁷⁹ Em sentido próximo, Moraes, *Curso...*, p. 475: “a noção de dignidade da pessoa humana é oriunda de uma conceção filosófica personalista com origens claras na doutrina social da Igreja e no jus-naturalismo”; e Botelho, *A tutela...*, pp. 101 e 93: “porque a dignidade é inata à pessoa humana, é pois imperioso salientar que ela é prévia ao Direito”; “a ideia de dignidade da pessoa humana é contrária à perspetivação do Estado como um fim em si, ou à valoração do indivíduo apenas enquanto membro de qualquer realidade transpersonalista”.

⁸⁰ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 24: “definindo relações qualificadas do homem e do Estado, esses direitos desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência, da autonomia e do poder”.

⁸¹ Em sentido próximo, Moraes, *Curso...*, p. 474: “o princípio em causa assume uma textura vaga e multidigitada, sendo vulnerável a uma multiplicidade perturbante de relações de significado e, até, a uma perigosa banalização que lhe retira peso”.

⁸² No mesmo sentido, Chorão, *op. cit.*, p. 77: fundamentos são as “causas últimas”.

⁸³ Em sentido oposto, Moraes, *Curso...*, p.478: “a dignidade da pessoa humana é um direito sobre direitos”.

Efetivamente, a noção de dignidade humana não encerra uma autónoma determinabilidade, preceptividade, vinculatividade, incondicionalidade ou justicialidade⁸⁴.

Características, cumulativas, das quais depende a configuração, específica, de direitos subjetivos, sejam os mesmos, ou Direitos Fundamentais, ou Direitos Humanos.

III - A dignidade da pessoa humana destaca-se como um ponto de focagem universal, e não regional, e não nacional, quer dos Direitos Fundamentais, quer dos Direitos Humanos.

Declara-se inaceitável, assim, que quaisquer poderes estaduais, e, num outro plano, quaisquer minorias, nacionais, étnicas, culturais, linguísticas e, sobretudo, religiosas, invoquem esses estatutos enquanto modo de denegação, fáctica, da dignidade humana⁸⁵.

Não obstante, esta dignidade da pessoa humana recorta-se como conceito minimalista.

Traduzindo-se, apenas, num mínimo denominador, numa síntese possível, dos valores inerentes a qualquer Homem, em qualquer momento e indiferentemente da localização⁸⁶.

Num conspecto, aliás, de acelerada pulverização do número e da conseqüente tipologia dos Estados, ou no âmbito de uma Comunidade Internacional progressivamente mais descentrada, mais heterogênea e, em múltiplos domínios, muito mais radicalizada⁸⁷.

IV - A dignidade da pessoa humana recorta-se como um fundamento dinâmico e aberto, não estático ou fechado.

⁸⁴ Em sentido oposto, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 489: “a dignidade humana pode ser encarada, essencialmente, em quatro óticas distintas, que, por sua vez, se podem completar ou excluir, entre si, a saber: a) A dignidade humana é um valor universal que deve ser partilhado por todos; b) a Dignidade humana é um princípio que pode ser invocado a par de outros, incluindo o princípio da igualdade; c) a dignidade humana é a base (fundamento) de direitos concretos; d) a dignidade é um verdadeiro direito fundamental”.

⁸⁵ Em sentido próximo, Botelho, *A tutela...*, p. 94: “o que não poderá acontecer é que os Estados procurem escudar-se em justificações tais como o relativismo cultural, os assuntos internos do Estado ou a sua identidade cultural e nacional, para conservarem tradições grosseiramente violadoras da dignidade da pessoa humana”.

⁸⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 132: “salvaguarda da dignidade da pessoa num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade”.

⁸⁷ Em sentido próximo, Machado, *Liberdade de expressão...*, pp. 358 e 359: “a dignidade da pessoa humana representa uma síntese (...) dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos, e teórico-políticos resultantes da reflexão multiseccular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da sociedade política”.

Como um fundamento que acompanha a evolução societária, reagindo aos novos desafios, e aos inerentes riscos para os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos⁸⁸.

Essa dignidade apresenta-se, igualmente, como um fundamento concreto e não abstrato.

De um lado, não sendo suscetível de assumir, ou de assumir integralmente, um mesmo conteúdo, tanto em sede interna, nos diversos Estados, como no domínio internacional.

De outro lado, não podendo ser entendida como uma abstração⁸⁹, ou como um arquétipo.

E, dessarte, como um instrumento de negação da própria liberdade individual, na sua individualidade, na sua multiplicidade e, inclusivamente, na sua - natural - imperfeição.

V – No que tange ao conteúdo, a densificação da noção de dignidade da pessoa humana sustenta-se, originariamente, na ideia, de Kant, de que cada Homem, de que cada ser humano, atenta a sua superior e inata importância, se perfila como um escopo, como um fim, em si próprio.

Logo, que não é, nunca, um meio, ou um instrumento, nem dos outros homens, nem, tão pouco, de quaisquer outras realidades, grupais, ou estaduais, que o transcendam⁹⁰.

E, hodiernamente, conhece tradução na designada fórmula do objeto, proposta por Durig, nos termos da qual a dignidade devida ao ser humano é violada, é preterida, sempre que o respetivo titular seja degradado à condição de objeto⁹¹.

⁸⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 48 e 68: “é um princípio que contribui para a abertura do sistema jurídico dos Direitos Fundamentais, não um princípio unicitário e totalizante que o encerra num dogmatismo, qualquer que ele seja”; “sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade individual, tenderá a aparecer um novo direito; sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades de garantia da dignidade pessoal, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos Direitos Fundamentais”; e, no que tange aos Direitos Humanos, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 478: “a dignidade humana revela-se (...) como um conceito evolutivo e não como um princípio intangível que se impõe ao legislador, aos juiz e aos cidadãos”.

⁸⁹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 121: “satisfação de necessidades vitais - materiais e espirituais - constantes do ser humano”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 48 e 161: “não é uma mera abstração, não vale como pura idealidade”; “não representa um valor abstrato, é vista como a autonomia ética dos homens concretos, das pessoas humanas”.

⁹⁰ No mesmo sentido, Pinto, *Direitos de personalidade...*, p. 10: “rejeição não só de concepções transpersonalistas do Estado, mas também de formas de atuação estatal que tratem a pessoa humana como objeto e não como sujeito de direitos”.

⁹¹ No mesmo sentido, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1119: “a ordem preconizada pela ‘fórmula do objeto’ prescinde, como é sabido, de uma descrição positiva da dignidade humana e antes avalia os casos de violação: a dignidade humana estatui uma proibição de fazer da pessoa mero objeto do poder do Estado”; Novais, *Renúncia...*, p. 331: “como defendeu Durig, numa fórmula kantiana que fez escola na jurisprudência e doutrina constitucional alemãs, a dignidade, no sentido daquele núcleo essencial, será heteronomamente violada quando a pessoa for degradada ao nível de uma coisa ou de um objeto do atuar estatal, na medida em que deixe de ser considerada um fim autónomo, para ser tratada como um instrumento ou meio de realização de fins alheios”; e Martins, *A proteção da*

Rectius: sempre que o titular seja hetero-degradado, que não auto-degradado, à condição de objecto, já que a dignidade se apresenta, com base no valor da liberdade individual, integralmente renunciável.

3.1.15.3. CESSAÇÃO

I - Sem prejuízo da excepcional relevância observada, em sede de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana é conhecedora de limites.

II - Desde logo, a dignidade da pessoa humana é passível de auto-cessação, de renúncia.

A dignidade deve ser respeitada, deve ser protegida, pelo poder, quer interno, quer internacional, mas não é suscetível de uma imposição coativa aos respetivos destinatários.

Efetivamente, a dignidade consubstancia-se num fundamento de direitos, de direitos de liberdade e, assim, num fundamento da liberdade, nunca num fundamento de deveres⁹².

Consequentemente, a liberdade prevalece, prevalece em qualquer caso, sobre a dignidade.

É sempre possível a renúncia à dignidade, desde que, de uma forma incondicionada, e outrossim, de um modo reversível.

Efetivamente, se é viável renunciar, livremente, à liberdade, análoga solução tem de se admitida, por maioria de razão, em sede de dignidade.

E se é admissível a renúncia, livre, à própria existência - no limite, sem qualquer sanção jurídica, para a forma tentada - seria absurdo excluir a faculdade de uma voluntária renúncia à dignidade.

III – Depois, a dignidade da pessoa humana é suscetível de hetero-cessação, de perda.

Todos nascem dotados da mesma dignidade, todos apresentam igual dignidade de título.

Mais: a dignidade de título decorre, inclusive, da própria conceção, e não do nascimento.

dignidade..., p. 481: “a formulação que possibilitou a definição da dignidade humana pela positiva e não casuística deve-se a Durig. Para este autor a afirmação normativa do Direito Constitucional objetivo de que a dignidade é inviolável contém, em si mesma, uma afirmação de valor que serve de base à realidade do ser, que é independente do tempo e do lugar e juridicamente vinculativa”.

⁹² Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 48: “o princípio da dignidade de cada homem, entendido este como ser livre e responsável, é um princípio que se regula e dá fundamento às normas jurídicas que lhe são referidas, não impõe, nem pode impor sem íntima contradição, um figurino determinado do homem”.

Porém, deve ser recusada a ideia de igualdade, ou de igualdade real, em sede de exercício.

Na verdade, esta última depende, de forma determinante, do próprio indivíduo, podendo apresentar-se, manifestamente, diferenciada, resultando engrandecida, ou enfraquecida⁹³.

Ora, se, em sede de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos, liberdade e responsabilidade se assumem como valores indissociáveis, há que configurar, em tese geral, a possibilidade de uma superveniente perda dessa dignidade de pessoa humana⁹⁴.

Designadamente, a perda de direitos pessoais, a perda de garantias penais e de garantias processuais penais, ou mesmo a perda - no limite, da totalidade - de direitos políticos⁹⁵.

O respeito da dignidade não pode deixar, em sociedade, e numa sociedade civilizada, de exigir reciprocidade - um mínimo de reciprocidade - não se apresentando aquele que é absolutamente indigno merecedor do tratamento deferido aos dignos⁹⁶.

Mais: é indigno desse tratamento em nome do próprio princípio da igualdade, e da exigência de que, o que é diferente tem de ser diferentemente tratado.

Ora, os inimigos absolutos da comunidade humana⁹⁷, os inimigos absolutos da dignidade pessoal de todos os membros dessa comunidade, não justificam o respeito ou a proteção da respetiva dignidade.

Nem pelo seu Estado, nem por Estados terceiros, nem pela Comunidade Internacional, nem pelo próprio Direito - *maxime* penal - nem, sequer, pelos remanescentes indivíduos.

⁹³ No mesmo sentido, Martinez, *Comentários...*, p. 29: “haverá sempre diferenças na dignidade que cada um imprime às suas atitudes. A afirmação de uma igualdade na dignidade social poderá, pois, ser tida como alheia às realidades e de intuítos demagógicos”.

⁹⁴ Em sentido próximo, Martinez, *Comentários...*, p. 29: “mais prudentemente se afirma na Declaração Universal dos Direitos do Homem que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (art. 1º). Nascem iguais em dignidade; o que não significa que iguais permaneçam”.

⁹⁵ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 462: “o sistema de proteção constitucional dos Direitos Fundamentais não tolera ideias, avançadas noutros quadrantes jurídicos como a da perda de Direitos Fundamentais pela sua utilização abusiva. Este instituto está previsto na Constituição de Bona (art. 18º), nos termos do qual um cidadão pode ser privado de alguns direitos quando deles abusar para combater a ordem fundamental livre e democrática. Dentre do mesmo espírito se insere a proibição e dissolução de partidos prevista no artigo 21º da mesma Constituição”.

⁹⁶ Em sentido oposto, Canotilho; Moreira, Vital, *op. cit.*, p. 199: a dignidade “alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades (...): os ‘criminosos’, os ‘desviantes’, têm a mesma dignidade da ‘pessoa normal’”.

⁹⁷ No mesmo sentido, Baso, *op. cit.*, p. 437: “se buscarmos a origem da expressão terrorismo, vamos encontrá-la no latim: *terrere* (tremar) e *detertere* (amedrontar)”; e Santos, António Carlos dos, *op. cit.*, p. 18: “o caso típico é o do chamado terrorismo islâmico radical que, apoiando-se sobre uma capa ideológica de natureza religiosa (uma certa leitura do Islão) visa, através do combate contra o infiel (...) pôr em causa a ordem internacional existente”.

Mais: é inexigível, porque manifestamente desproporcional, o progressivo condicionamento⁹⁸ - aliás, sem assinalável sucesso - de toda uma comunidade, interna e internacional, genericamente pacífica, em ordem a preservar os direitos de liberdade de uma inexpressiva minoria de inimigos da mesma ou da dignidade dos indivíduos que a compõem⁹⁹.

3.2. DEMARCAÇÃO NEGATIVA

I - Em contrapartida, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos não possuem um alargado número das características que, frequentemente, se lhes encontram associadas.

II – Assim, não são universais, no âmbito interno, nem, tão-pouco, universalistas, em sede internacional.

Em primeiro lugar, na generalidade das sub-ordens constitucionais internas, entre as quais a portuguesa, os cidadãos estrangeiros e os apátridas são titulares de apenas parte dos direitos e deveres dos cidadãos nacionais (art. 15º, nº 2).

Em segundo lugar, de entre esses cidadãos estrangeiros, a respetiva capacidade jurídica conhece regimes distintos, mormente, em razão da origem (art. 15º, nº 3, nº 4 e nº 5).

Em terceiro lugar, na sub-ordem internacional europeia, permite-se que, em qualquer dos Estados, os estrangeiros e os apátridas vejam restringidos, com fundamento na sua nacionalidade, parte dos direitos civis e políticos (art. 16º, Convenção Europeia dos Direitos Humanos).

Em quarto lugar, na sub-ordem internacional geral, os estrangeiros e os apátridas são suscetíveis de privação da integralidade - e não apenas de um segmento - dos designados direitos sociais (art. 2º, nº 3, Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

Em quinto lugar, assiste-se na Comunidade Internacional, hoje, de uma forma difusa, mas, progressivamente, mais notória, à afirmação de relativismos vários.

⁹⁸ No mesmo sentido, Santos, António Carlos dos, *op. cit.*, p. 22: “o *Patriot Act*, de 25 de Outubro de 2001, incrementa as escutas telefónicas e a vigilância eletrónica, alarga as condições de detenção por tempo praticamente indeterminado, a possibilidade de invasão do domicílio privado sem autorização judicial, reforça os poderes dos serviços de emigração e as penas contra certos tipos de crimes”; “em 2002, foram atribuídos poderes ilimitados ao FBI para espiar cidadãos americanos e foi criado o *Department of Homeland Security*, que reagrupa 22 agências e serviços existentes, com 170 mil agentes”.

⁹⁹ “Em Novembro de 2001, para julgar estrangeiros acusados de terrorismo, foram criados tribunais militares de procedimento especial secreto, não sendo exigida unanimidade na comissão de militares que profere a sentença para condenar o acusado à morte, nem podendo haver recurso do veredicto”; assim, Santos, António Carlos dos, *op. cit.*, p. 22.

Com destaque para o protagonizado pelo Direito religioso muçulmano, plasmado, inicialmente, na Declaração dos Direitos Humanos no Islão (Preâmbulo, parágrafos 1º e 2º) e, atualmente, na Carta Árabe dos Direitos Humanos (Preâmbulo, parágrafo 2º).

III – Igualmente, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos não são absolutos, intangíveis ou invioláveis.

Todos os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, mesmo os chamados - de entre os pessoais - direitos personalíssimos, são suscetíveis de restrição¹⁰⁰ e de ponderação.

Nuns casos, em razão da sobrevivência de outros direitos concorrentes, noutros em razão das exigências inerentes à prossecução do interesse público ou do interesse global¹⁰¹.

Mesmo se, em confronto, um pequeno segmento desses direitos não admite condicionamentos totais, respetivamente, nem suspensão, nem derrogação.

Acresce, que, numa ótica estritamente fáctica, os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos podem ser violados, tanto pelo seu titular, como por um qualquer terceiro¹⁰².

E mais: em circunstâncias delimitadas, como a da legítima defesa, dessa preterição dos referidos direitos poderá não resultar, sequer, uma sanção jurídica ou jurídico-criminal.

IV - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, não são, ainda, nem permanentes, nem vitalícios, nem irrenunciáveis.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 300: “os próprios bens da vida e da integridade pessoal (...) podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas situações: basta lembrar, em geral (...) os casos de rapto em que os Governos se recusam a negociar com os terroristas e proíbem as famílias de satisfazerem os pedidos de resgate, ou os casos em que a polícia utiliza legitimamente o tiro mortal”; e *Algumas reflexões...*, p. 134: na Alemanha, um projeto de lei de segurança aérea, pós 11 de setembro, “permitia, em última instância, quando não fosse possível outra medida, a ordem militar de abate de avião que se ameaçasse utilizar como arma contra vidas humanas, mesmo havendo reféns a bordo (...). O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou inconstitucional o preceito legal (admitindo o abate apenas quando o avião não esteja pilotado, ou quando haja só terroristas a bordo)”.

¹⁰¹ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 33: “trata-se de organizar uma estrutura normativa de constrangimentos viabilizadora da desordem, enquanto espaço jurídica e socialmente garantido, o que se projeta ou reflete afinal também na Constituição no seu todo, enquanto complexa estrutura de acolhimento de contrários, entre si organizados”.

¹⁰² No mesmo sentido, Martinez, *Comentários...*, pp. 38 e 39: “é contra a experiência constante, multimilenária, a inviolabilidade da vida humana. Se ela fosse inviolável não haveria homicídios (...). O Estado não deve afirmar a inviolabilidade da vida humana. Deve apenas assegurar a punição das violações que a atinjam”. “A integridade moral e a integridade física são violáveis (...). Deveria o legislador constitucional ter proclamado tão-somente o direito à integridade moral e o direito á integridade física”. “Foi o direito à vida, e não a inviolabilidade da vida humana, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou”.

Não são permanentes, porque as comunidades humanas e os seus valores conhecem mutações, logo, nem as Constituições, nem mesmo o Direito Internacional *ius cogens*, se revelam eternos.

Não são vitalícios porque, embora inatos ao homem, e surgindo com a concepção, podem cessar, no decurso dessa existência, por intervenção sancionatória do poder¹⁰³.

Finalmente, não são irrenunciáveis porque, ancorando-se na liberdade individual, na autonomia da vontade, nada obstaculiza, igualmente, a sua livre e integral renúncia.

V - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos não são, por último, necessários, nem ao Estado de Direito, nem ao Estado democrático, nem, sobretudo, ao designado Estado social.

De facto, pode existir um Estado de Direito, sem a consagração de Direitos Fundamentais.

Ou porque estes não se encontram, efetivamente, positivados - como ocorre no Reino Unido, apesar da recente entrada em vigor do *Human Rights Act* - ou porque não são assistidos de uma verdadeira justicialidade - como se observa desde sempre em França.

Igualmente, a existência de Estado democrático não depende dos Direitos Fundamentais.

Estados há, inequivocamente democráticos, que não estabelecem, constitucionalmente, formalmente, Direitos Fundamentais - casos, reiterados, do Reino Unido e de França.

Finalmente, no que tange ao designado Estado social¹⁰⁴, alguns dos Estados mais evoluídos em sede de designados direitos sociais, não os consagram nas respetivas Leis Fundamentais, assumindo os mesmos mera fonte legal - como se observa na Alemanha.

¹⁰³ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 126: “os direitos subjetivos fundamentais são ainda posições jurídicas universais e permanentes. Estas expressões pretendem significar que os direitos fundamentais são direitos de igualdade, gerais, e não privilégios de alguns. São (...) direitos atribuídos às pessoas (...) pela sua condição humana”.

¹⁰⁴ “Modelo de organização coletiva que pressupõe aos poderes públicos de tarefas de promoção ativa do bem-estar material dos cidadãos, nomeadamente, reduzindo desigualdades de oportunidades e de rendimento, garantindo prestações económicas, sociais e culturais básicas, e regulando a ordem dos bens económicos e ambientais”; assim, Morais, *Curso...*, p. 102.

4. FIGURAS PRÓXIMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos assumem, contemporaneamente, um relevante espectro, em progressiva extensão.

Todavia, revela-se indispensável proceder à sua distinção face a realidades que, apesar de uma maior ou menor afinidade, não se compreendem, juridicamente, em qualquer das categorias.

II – Assim, não se configuram como Direitos Fundamentais, nem como Direitos Humanos, os direitos dos indivíduos perante si próprios, os direitos inominados, os direitos dos Povos, os direitos das pessoas coletivas, os Direitos Fundamentais em sentido meramente formal, os Direitos Fundamentais em sentido estritamente material, os direitos a prestações resultantes de ato legislativo, os interesses difusos, as garantias institucionais, os direitos funcionais e, por último - de forma notoriamente mais longínqua mas, numa perspetiva dialética, incontornável - os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos.

4.1. DIREITOS DOS INDIVÍDUOS PERANTE SI PRÓPRIOS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos vocacionam-se, exclusivamente, para a proteção do indivíduo, ou frente ao poder, ou face aos remanescentes indivíduos.

E não, nunca, para uma defesa do titular desses direitos em relação à sua própria pessoa.

Nem, em termos genéricos, para a defesa desse indivíduo de comportamentos auto-lesivos da dignidade da pessoa humana¹⁰⁵.

Nem, em termos específicos, para uma defesa por referência a práticas auto-violadoras de direitos pessoais, como o direito à vida, o direito à integridade, ou de direitos à liberdade.

Em consequência, mormente, de fumo, droga, sexo, velocidade, ou atividades perigosas.

¹⁰⁵ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 101: “já não somos livres de comprar um automóvel sem cinto de segurança”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 60: “possibilidade de limitações ao “sagrado direito de se embebedar” (...), imposição da obrigatoriedade de vacinação (...), aceitação generalizada da proibição de fumar e da obrigatoriedade de cinto de segurança, que se arrogam a proteção da cada homem contra si próprio”.

II – Em rigor, essa putativa defesa do indivíduo não configura uma atribuição de direitos.

Implica, antes, um condicionamento de direitos, ou, inclusive, uma imposição de deveres¹⁰⁶.

Mais: fere o direito fundamental, direito, liberdade e garantia, e direito pessoal - por vezes alçado a verdadeiro princípio - ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º).

Acresce que semelhantes condicionamentos se revelam, frequentemente, contraditórios.

Criando-se deverosidades em relação a múltiplas atividades humanas, quando não se defende a vida, designadamente, ao estender-se a admissibilidade do aborto, ou ao pretender-se uma construção legislativa, também lesiva, com a permissão da eutanásia.

4.2. DIREITOS INONIMADOS

As situações jurídicas ativas que ora nomenclamos de direitos inominados, usualmente referidas enquanto direitos da quarta (para outros, terceira) geração, não são, igualmente, Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos¹⁰⁷.

Em primeiro lugar, porque carecem de um sujeito jurídico individualizado, uma vez que esse sujeito apenas poderia ser, no seu conspecto global, a própria comunidade humana¹⁰⁸.

Mais: nalguns dos casos, estes putativos direitos, bem como os seus presuntivos sujeitos, apresentar-se-iam mesmo diacrónicos¹⁰⁹, porquanto se configurariam não apenas como direitos da comunidade, mas de uma comunidade futura¹¹⁰.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 135: “pela sua origem técnico-burocrática e por se revelarem por vezes excessivas ou indiferenciadas, suscitam resistências, sendo entendidas como novas feições ditatoriais do Estado”. “Revela-se nestes fenómenos a ideia de restrição das liberdades, não apenas para defesa da sociedade, mas para proteção do próprio titular dos direitos (defesa da pessoa contra si própria)”.

¹⁰⁷ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1042: “o que mais caracteriza esta fase (...) é a sua multidireccionalidade”.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.* p. 503: “reconhecimento de interesses ou bens que transcendem o indivíduo, mas que estão ameaçados ou são imprescindíveis à sua sobrevivência ou realização como ser humano - apesar da falta de um claro encabeçamento individual desse bem”.

¹⁰⁹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 106 e 108: “direitos diacrónicos, uma espécie de direitos universais no tempo, cuja manifestação paradigmática seriam os direitos das gerações futuras, ou direitos inter-geracionais, expressão da solidariedade geracional”.

¹¹⁰ Nesse preciso sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras, de 1994.

Pior: múltiplas situações existiriam nas quais os virtuais direitos dessa comunidade futura atuariam, para a comunidade atual, como exclusivos deveres jurídicos¹¹¹.

Em segundo lugar, não são Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos porque o objeto e o conteúdo desses supostos direitos surge indeterminado, ou mesmo, indeterminável.

Compreendendo, alegadamente, entre muitos outros, os direitos ecológicos¹¹², os direitos tecnológicos, os direitos relativos à bioética, à engenharia genética e à informática.

Ou, até, de forma mais abrangente, um interminável conjunto de direitos emergentes da qualificada sociedade de risco^{113 114}.

4.3. DIREITOS DOS POVOS

I - Os Direitos Humanos, a exemplo dos Direitos Fundamentais, são direitos, apenas, dos indivíduos.

Inexistem, pois, Direitos Humanos individuais, de um lado, e, de outro, Direitos Humanos trans-individuais.

Ora, os designados direitos dos Povos não apresentam semelhante individualização¹¹⁵.

¹¹¹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1072: “categoria ainda não consolidada, mas que se caracteriza pela projeção intergeracional das expectativas, que não se esgotam na sua dimensão sincrónica, tendo em conta a dinâmica das relações sociais não apenas no espaço, mas também no tempo; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 108: “são basicamente deveres (sem direitos) da geração atual - deveres dos indivíduos, dos grupos e organizações e tarefas do Estado - para com as gerações futuras”.

¹¹² No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 105: “os chamados direitos ecológicos, caracterizados sobretudo pela sua grande diversidade pelo seu carácter poligonal ou multidimensional (quanto aos seus titulares ativos, aos seus titulares passivos ou destinatários e ao seu conteúdo e pela sua natureza internacional ou planetária”

¹¹³ No mesmo sentido, Vaz, Caroline, *op. cit.*, pp. 242 e 250: “foi o sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, quem primeiro definiu cientificamente a expressão (sociedade de risco), tendo-a aplicado fundamentalmente ao campo da tecnologia (...). O risco moderno está diretamente ligado ao processo de industrialização e ao avanço tecnológico (...). Riscos nucleares, químicos, ecológicos e de engenharia genética, entre outros”.

¹¹⁴ Em sentido oposto, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 498: “conjunto de direitos que vieram sob o impulso de novas ideias e necessidades, a acrescentar-se aos anteriores, pondo em relevo novas dimensões destes e autonomizando novos objetos de proteção”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 260: “na chamada sociedade de risco, o dever de proteção dirige-se também contra contingências ou eventualidades naturais, catástrofes, riscos tecnológicos, atividades perigosas ou de consequências desconhecidas ou incertas que, de alguma forma, ameacem ou afetem o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos”.

¹¹⁵ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, pp. 176 e 86: “o titular dos Direitos Humanos é o indivíduo. Pelo contrário, o titular do direito à autodeterminação é o Povo, já não o ser humano”. “O direito à autodeterminação não é um Direito Humano, mas um direito dos Povos”.

II – Os direitos dos Povos encontram-se, decerto, regulados em textos internacionais normativos comuns aos Direitos Humanos, mormente, nos Pactos Internacionais sobre os Direitos Cívicos e Políticos (art. 1º e 47º) e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (art. 1º e 25º).

Se bem que, não na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem, tão-pouco, em qualquer dos principais textos jushumanitários europeus, especificamente, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Encontram-se previstos, igualmente, na Constituição, quando alude aos direitos dos Povos à autodeterminação, à independência e ao desenvolvimento, bem como ao direito à insurreição contra todas as formas de opressão (art. 7º, nº 3).

Compreendendo os mencionados direitos dos Povos, ainda, eventualmente, o direito ao ambiente, o direito ao património comum da humanidade e, inclusive, um direito à paz¹¹⁶.

Não se nega, pois, aos direitos dos Povos, natureza jurídica, nega-se-lhes, tão-somente, uma específica natureza de Direitos Humanos¹¹⁷.

III - A mencionada Lei Fundamental estabelece, inequivocamente, a contraposição, ao afirmar que Portugal se rege, nas suas relações internacionais, pelos princípios do respeito dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos (art. 7º, nº 1), excluindo os segundos do âmbito dos primeiros.

E mais: a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, de Argel (1978), estatui, diferenciadoramente, no correspondente Preâmbulo, que o respeito pelos Direitos do Homem implica o respeito pelos direitos dos Povos.

Preâmbulo no qual se afirma, igualmente, que “o imperialismo, por métodos perversos e brutais, com a cumplicidade de Governos que na maioria das vezes se auto-designaram, continua a dominar uma parte do mundo. Pela intervenção direta, ou indireta, por intermédio das empresas multinacionais, pela utilização de políticos locais corrompidos, pela ajuda a regimes militares fundados sobre a repressão policial, a tortura e a exterminação física dos opositores, pelo conjunto de práticas às quais se deu o nome de neocolonialismo, o imperialismo estende sua dominação sobre numerosos Povos”.

¹¹⁶ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 127: “ambivalência da titularidade nos Povos ou grupos (...), inexistência de um poder político capaz de impedir o uso da força, em que consiste a guerra entre os Estados, e indefensibilidade dos seus presuntivos titulares ante os Estados”.

¹¹⁷ Em sentido contrário, Salcedo, *op. cit.*, p. 70: “no que se refere ao alcance universal do Direito dos Povos à sua livre determinação, este direito configura-se como um Direito Humano Fundamental”; e Calera, *op. cit.*, p. 41: “estes textos (Pactos Internacionais), que são jurídicos, e não apenas políticos, nascidos no seio das Nações Unidas, provam que os direitos coletivos não são uma invenção doutrinal”;

Numa demonstração, reflexa, de que os autoproclamados direitos dos Povos não são, na verdade, nem Direitos Humanos, nem, porventura, direitos de natureza alguma¹¹⁸.

4.4. DIREITOS DAS PESSOAS COLETIVAS

I - Os Direitos Humanos compreendem, apenas, os direitos dos sujeitos singulares, os direitos dos indivíduos, nunca os de sujeitos coletivos, interditando a sua qualificação quaisquer virtuais dúvidas a este propósito.

Mas os Direitos Fundamentais também afastam os direitos das pessoas coletivas, porquanto estas se situam em plano marginal à ideia de dignidade da pessoa humana, e semelhante dignidade integra o núcleo da respetiva definição.

II - Efetivamente, só o Homem é natural, só o indivíduo é suscetível de dignidade humana e, por consequência, só ele pode ser titular de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Contrariamente, o sujeito jurídico coletivo recorta-se como uma estrita ficção, uma pura artificialidade, uma exclusiva criação do Direito positivo, como, em rigor ontológico, uma não-pessoa¹¹⁹.

Acresce que, se a dignidade dessa pessoa se traduz no facto de ela ser um fim em si mesmo, então, os direitos das pessoas coletivas são, precisamente, o oposto.

São, não um fim em si mesmo, mas em razão, exclusiva, dos interesses de terceiros, em razão dos interesses dos sujeitos individuais.

São meros instrumentos dos indivíduos, são puros meios ao serviço de pessoas singulares.

Logo, as pessoas coletivas, internas ou internacionais, são suscetíveis, certamente, de posições jurídicas ativas, mas não de Direitos Fundamentais, ou de Direitos Humanos.

III – Por maioria de razão, não se concebem Direitos Fundamentais e Direitos Humanos atribuídos, exclusivamente, a pessoas coletivas.

Efetivamente, isso configuraria a subversão da sua *ratio juris*, porque se destinariam à defesa, direta, e nem sequer, acessória ou analógica, de tais pessoas coletivas.

¹¹⁸ “Grande parte desses textos corresponde ao momento histórico da grande descolonização que tem lugar entre os anos 40 e 70”; assim, Calera, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 119: “diferença entre o carácter final da personalidade jurídica do homem e o carácter instrumental da personalidade jurídica coletiva”.

Acresce que, a titularidade deste tipo de direitos por pessoas coletivas, tornar-se-ia passível, em múltiplas circunstâncias, não de complementar, não de alargar, não de reforçar, os direitos individuais de liberdade, mas, notoriamente, de os prejudicar¹²⁰.

IV - Seria o caso de putativos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos de grupos minoritários, étnicos, culturais ou religiosos, de inspiração e orientação tipicamente contrárias a todo o adquirido - ou a uma parte relevante do mesmo - quer dos Direitos Fundamentais, quer dos Direitos Humanos^{121 122}.

Seria o caso, igualmente, de presuntivos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos de grupos sindicais, concretamente, de comissões de trabalhadores (art. 54º), de associações sindicais (art. 56º), ou relativas à designada contratação coletiva (art. 56º).

Em detrimento dos próprios trabalhadores que os integram e, sobretudo, com preclusão de todos aqueles trabalhadores que pretendem deter a liberdade de os não integrar, sem que semelhante recusa implique um efetivo prejuízo para a respetiva situação laboral e pessoal¹²³.

E seria o caso, por último, de um eventual entendimento, enquanto Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos, dos direitos oferecidos, constitucionalmente, aos partidos políticos.

Mormente, do direito, reservado em absoluto às ditas associações políticas, de apresentação de candidaturas a Deputados à Assembleia da República (art. 151º, nº 1).

¹²⁰ No mesmo sentido, Calera, *op. cit.*, p. 61: “as críticas liberais consideram que todas as formas de cidadania diferenciada em função do grupo padecem de uma deficiência intrínseca, na medida em que situam o grupo acima do indivíduo”.

¹²¹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 126: “a existência de direitos de grupos (...) nunca poderá implicar a coletivização dos direitos dos membros, nem prejudicar os direitos e as liberdades individuais destes perante os próprios grupos (...). O reconhecimento de direitos a uma minoria religiosa, como a Comunidade Muçulmana, não implica aceitação normativa da restrição dos Direitos Fundamentais das mulheres e do princípio da igualdade dentro desse grupo”.

¹²² Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1039: “abrangem posições subjetivas ativas, mas em que a sua titularidade se mostra pertinente à proteção de uma comunidade de pessoas, grupalmente considerada em função de um nexos de pertença – étnico, religioso, linguístico ou qualquer outro”.

¹²³ Em sentido oposto, Canotilho, *Para uma revisão...*, pp. 538 e 539: “não é qualquer direito fundamental que transporta um conteúdo de dignidade da pessoa humana. Vejam-se, por exemplo, alguns direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores na Constituição portuguesa que nem sequer são direitos de natureza individualizável, mas direitos de associações sindicais e direitos de comissões de trabalhadores (CRP, arts. 54º e 56º)”.

E ainda, no que a estas entidades político-associativas diz respeito, do direito de antena, do direito de resposta e do direito de réplica política (art. 40º)^{124 125}.

V – Por último, menos ainda - se possível for - são configuráveis Direitos Fundamentais e Direitos Humanos pretensamente exclusivos das pessoas coletivas de natureza pública.

Construções que se justificariam, eventualmente, num quadro totalitário, mas não, seguramente, em Estados, ou numa Comunidade Internacional, de clara matriz liberal¹²⁶.

Na realidade, as posições jurídicas ativas examinandas situam-se, necessariamente, no exterior, face, frente, ou até, se necessário, contra, o poder, nunca no respetivo interior¹²⁷.

E nem pelo facto de o poder se encontrar, hodiernamente, multi-personalizado e pulverizado - desconcentrado, devolvido, descentralizado - deixa de surgir como poder.

Revelando-se, assim, abstruso, que beneficie de faculdades conferidas pela ordem constitucional ou pela ordem internacional àqueles que, precisamente, não dispõem de poder e, exatamente, porque não dispõem de qualquer outro poder¹²⁸.

¹²⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 126: “entendemos não se tratar de direitos subjetivos fundamentais: são (...) verdadeiras competências, ou seja, poderes concedidos no quadro normativo de uma organização política ou administrativa, económica ou social (...). Devem ser equiparados a garantias institucionais (...). São insuscetíveis de atribuição individual”.

¹²⁵ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 424 e 420: “Direitos Fundamentais coletivos”: “o direito de antena (art. 40º) pertence aos partidos políticos e às organizações sindicais e profissionais; o exercício do controlo de gestão pertence às comissões de trabalhadores (art. 54/5/b); a participação na legislação do trabalho é um direito das comissões de trabalhadores (art. 54/5/d) e das associações sindicais (art. 56/2/a), o direito á contratação coletiva é reservado às associações sindicais (art. 56/3)”; e “não está excluída a extensão da capacidade a outras entidades dotadas apenas de subjetividade jurídica parcial (ex. pessoas coletivas sem personalidade jurídica)”.

¹²⁶ No mesmo sentido, Calera, *op. cit.*, p. 53: “o liberalismo, individualista por definição, tem enormes (...) reticências em relação aos direitos coletivos, que coloca sob suspeita, porque entende que podem ser um risco para os direitos individuais”.

¹²⁷ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1092: “os Direitos Fundamentais, no Direito Constitucional, visam defender a liberdade e a autonomia da sociedade, não defender segmentos do poder contra outros segmentos do poder”; Morais, *Curso...*, pp. 551 e 552: “as pessoas coletivas públicas não são titulares de Direitos Fundamentais, na medida em que estes foram historicamente reconhecidos à pessoa humana para serem feitos valer frente aos poderes públicos (...). Quando entes autónomos públicos exibem ‘direitos’ de autonomia (...) frente ao Estado, dever-se-à falar, tecnicamente, não em direitos, mas em garantias institucionais”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 422: “a tese negativa baseia-se fundamentalmente em dois argumentos: (1) os Direitos Fundamentais arrancam da ideia de uma esfera de liberdade perante os poderes públicos (...); (2) é incompatível considerar o Estado (...) como destinatário dos Direitos Fundamentais e, simultaneamente, como titular dos mesmos Direitos Fundamentais”.

¹²⁸ Em sentido oposto, Medeiros, *O Estado...*, p. 35: “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 perspetiva da relação entre o particular e o poder público e passando antes a relevar no interior da própria Administração”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 123 e 124: “a razão dessa admissibilidade está na progressiva pulverização da ideia organizatória de Estado (...). No

E, mais pragmaticamente, não é admissível, tão-pouco, que os indivíduos se vejam obrigados a partilhar uma tutela, frequentemente escassa, tipicamente ineficaz e cronicamente lenta, dos seus direitos elementares, com semelhantes realidades públicas.

4.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO MERAMENTE FORMAL

I - A fundamentalidade assume, indubitavelmente, uma dimensão externa, traduzida na inserção dos direitos *in casu* na Constituição formal.

Todavia, não dispensa, cumulativamente, uma valência interna, material, conexas com a dignidade da pessoa humana.

Ora, no seio dos direitos, liberdades e garantias, no suposto núcleo dos Direitos Fundamentais, emergem realidades que o não são, por não possuírem essa segunda característica¹²⁹.

II - Paradigmaticamente, é o que se observa quanto aos direitos de antena, de resposta e de réplica política dos partidos da oposição parlamentar (art. 40º).

É o que se vislumbra em relação a alguns direitos de natureza supostamente análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17º), como o direito de oposição democrática (art. 114º, nº 2)¹³⁰.

âmbito de uma conceção não individualista dos Direitos Fundamentais, aplicar estes direitos às pessoas coletivas subordinadas, sujeitas a posições de poder, por analogia com a situação de sujeição dos indivíduos em face do Estado”; embora, “só na medida em que a competência (ou a atividade do ente subordinado vise diretamente (também) prosseguir interesses humanos individuais, no sentido de ter como função proteger ou promover a liberdade e a dignidade das pessoas”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 422 e 423: “a natureza dos Direitos Fundamentais não é, na Constituição de 1976, puramente individualista, prosseguindo certas pessoas coletivas de Direito Público interesses protegidos por Direitos Fundamentais específicos”. “A doutrina e a jurisprudência revelam muito maior abertura quanto ao reconhecimento de Direitos Fundamentais às associações públicas enquadráveis na Administração autónoma (ex. ordens profissionais)”.

¹²⁹ No mesmo sentido, Medeiros, *O Estado...*, p. 37: “no próprio catálogo dos Direitos Fundamentais encontram-se enunciados direitos cuja conexão com a dignidade humana, ainda que perspectivada nos seus últimos pormenores, é muitíssimo remota”.

¹³⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 57: “os direitos consagrados na Constituição (dentro ou fora do catálogo) só são Direitos Fundamentais se, também eles, satisfizerem o critério de fundamentalidade material (...). Pode, por conseguinte, dar-se o caso de (...) haver alguns direitos nos artigos 24º a 79º da Constituição que não sejam Direitos Fundamentais”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 87 e 88: “os preceitos que consagram os direitos de antena, de resposta e de réplica política dos partidos da oposição parlamentar são de excluir da matéria dos Direitos Fundamentais. De facto, apesar da sua formulação subjetiva, estes preceitos não consagram posições jurídicas subjetivas

E é, também, o que ocorre com os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54º, nº 5).

Concretamente, os direitos de receber todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade (al. a)), de exercer o controlo de gestão nas empresas (al. b)), de participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho (al. c)), de participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respetivo sector (al. d)), de gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa (al. e)), ou de promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas (al. f)).

Ou, ainda, cumulativamente, com os direitos das associações sindicais (art. 56º, nº 2).

Os direitos de participar na elaboração da legislação do trabalho (al. a)), de participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores (al. b)), de pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução (al. c)), de fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei (al. d)), de participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho (al. e)) e o direito de contratação coletiva (art. 56º, nº 3).

III - Do exposto decorre, afinal, a insusceptibilidade de qualificação, como Direitos Fundamentais - ou, por analogia, como Direitos Humanos - da quase-integralidade dos, constitucionalmente designados, direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

E assim, por implicação lógico-jurídica, a redução da examinanda categoria aos direitos de liberdade, aos direitos de liberdade pessoais e aos direitos de liberdade políticos.

4.6. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO ESTRITAMENTE MATERIAL

Simetricamente, não se inscrevem entre os Direitos Fundamentais os sediados no direito interno ordinário, mesmo se vocacionados para defesa da dignidade da pessoa humana.

Considerando que a respetiva principologia dificilmente poderia ser idêntica à dos direitos de fonte constitucional.

Mas, sobretudo, atendendo a que o seu regime é incapaz de ser o dos direitos constitucionalmente sediados.

E, menos ainda, o dos direitos, liberdades e garantias, ou dos direitos de natureza análoga.

individuais, não se destinam diretamente a garantir bens jurídicos pessoais, nem mesmo se referem a uma ideia de Homem e à sua dignidade; diferentemente, visam estabelecer normas de organização política”.

Designadamente, em razão da inexistência naqueles - ao contrário destes - de qualquer precetividade, vinculatividade, restringibilidade, suspendibilidade e revisibilidade¹³¹.

4.7. DIREITOS A PRESTAÇÕES RESULTANTES DE ATO LEGISLATIVO

Os designados direitos a prestações derivados de atos legislativos¹³² não se recortam, igualmente, e, neste caso, não se recortam duplamente, como Direitos Fundamentais.

De um lado, porque, formalmente, detêm simples previsão legal, e não constitucional.

De um outro lado, porque revestem exclusiva natureza patrimonial, e não pessoal¹³³.

Mais: os direitos a prestações resultantes de ato legislativo não se confundem, tão-pouco, com os designados direitos sociais, porque estes últimos beneficiam - ou podem beneficiar - de uma expressa alusão constitucional, que os converte - ou pode converter - em expectativas, fácticas, de possíveis futuros direitos¹³⁴.

¹³¹ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 403 e 404: “em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais (...). “O problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial do princípio é a de considerar como direitos extra-constitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”.

¹³² No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 24: “direito a subsídio de desemprego, de reinserção, etc...”.

¹³³ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 157: “nem são Direitos Fundamentais (não respeitam os critérios de fundamentalidade material), nem são situações jurídicas permanentes (...) nem pessoais (são, ao invés, direitos patrimoniais, que podem ser transmitidos, cedidos, expropriados), nem inalienáveis (são, pelo contrário, sujeitos ao comércio jurídico)”.

¹³⁴ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 44: “os direitos económicos, sociais e culturais estão colocados no plano constitucional (são Direitos Fundamentais), não se podem os mesmos confundir com os direitos a prestações criados por lei”.

4.8. INTERESSES DIFUSOS

Os interesses difusos recortam-se como figura jurídica heterogénea, mas, sobretudo, híbrida, porque possui matriz coletiva e não individual¹³⁵ - ou, sequer, individualizável¹³⁶.

Reportando-se a bens comunitários, não obstante a reflexividade individual dos mesmos.

O que os separa, inexoravelmente, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.

4.9. GARANTIAS INSTITUCIONAIS

I - Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos são, apenas, direitos subjetivos¹³⁷.

Não assumindo dimensão objetiva, nem mesmo a título complementar ou secundário¹³⁸.

As garantias institucionais detêm, pelo contrário, natureza, exclusivamente, objetiva, não se consubstanciando, pois, em qualquer tipo de atribuição individualizada de direitos.

¹³⁵ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1036: “posições jurídicas que não adquirem um grau suficiente de densificação subjetiva a ponto de por eles se permitir exigir o aproveitamento específico do respetivo bem”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 38: “distinguem-se dos Direitos Fundamentais por não constituírem situações jurídicas ativas das pessoas e, naturalmente, por lhes faltar o carácter fundamental e pessoal”.

¹³⁶ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 397: “só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais”; e Gouveia, *Manual...*, p. 1036: “ainda que não seja de excluir que nalgumas situações os interesses difusos, vistos em termos gerais, possam acolher Direitos Fundamentais, como é o caso em que a violação de bens comunitários adquire uma intensidade tal que questione bens individualizáveis, como a saúde individual”.

¹³⁷ Em sentido oposto, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 71: “os Direitos Fundamentais caracterizam-se pela dupla dimensão subjetiva e objetiva (...), têm um alcance que excede a relação entre o titular de direito fundamental e o titular do dever ou sujeição cuja concretização realiza diretamente aquele direito (...); a par da titulação individual, da afetação constitucional de meios jurídicos à realização do fim de respeito da dignidade humana de cada pessoa concreta, evidencia-se também a faceta normativa: os Direitos Fundamentais são igualmente normas jurídicas constitucionais que integram uma ordem objetiva”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 26: “os Direitos Fundamentais teriam duas dimensões; uma dimensão objetiva (dimensão de princípio, de valor ou dimensão institucional do Direito Fundamental) e uma dimensão subjetiva (aí surgindo as várias posições jurídicas subjetivas presentes nesse direito fundamental”.

¹³⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 88: “as garantias institucionais não constituem uma modalidade dos Direitos Fundamentais e muito menos um sintoma de uma mudança de significado dos Direitos Fundamentais no sentido de ganharem a natureza dominante de princípio de organização estadual”.

Mais: são situações em que as normas constitucionais estabelecem deveres jurídicos para o poder¹³⁹, sem que, simetricamente, consagrem direitos individuais¹⁴⁰.

II - As garantias institucionais sinalizam o reconhecimento, pela ordem jurídico-constitucional, da existência, ou da relevância, de determinadas realidades perenes¹⁴¹.

Realidades essas plasmadas, ou em instituições jurídicas de natureza pública ou, mais frequentemente, em institutos jurídicos de natureza privada¹⁴², como a família, o casamento, a propriedade, a segurança social, ou, outrossim, a laicidade do Estado.

As garantias institucionais assumem, enquanto efeito jurídico mais saliente, a preservação dessas instituições e desses institutos ou, no mínimo, um acréscimo da sua rigidez, em decorrência da respetiva consagração na Constituição formal¹⁴³.

III - Não se conformando como Direitos Fundamentais, não se aplica às garantias institucionais o regime constitucional estabelecido para aquelas.

Nem, por maioria de razão, o regime específico dos direitos, liberdade e garantias ou dos direitos de natureza análoga¹⁴⁴.

¹³⁹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1053: “são preceitos que contêm princípios objetivos ou normas dirigidas ao Estado, impondo-lhe deveres relacionados com o cumprimento dos deveres fundamentais conexos”.

¹⁴⁰ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 134: “deveres sem direitos”; e Novais, *As restrições...*, p. 101: “sendo certo que uma norma de direito fundamental impõe sempre um dever jurídico ao Estado, nem sempre a esse dever jurídico corresponde um direito de um particular”.

¹⁴¹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1036: “representam o reconhecimento de instituições da realidade social e económica que, pela sua importância, merecem uma proteção constitucional”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, pp. 89 e 90: “a garantia institucional consiste no comando constitucional de preservação da integridade dos elementos estruturantes e atributivos de tipicidade de instituições e institutos dotados de forma jurídica assente em complexos normativos”.

¹⁴² No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 90: “tanto se pode tratar de formas de vida em sociedade ordenadas por complexos de normas de direito público (instituições) como por normas de direito privado (institutos) (...). “É maior entre os institutos do que entre as instituições”.

¹⁴³ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 91: “o efeito da garantia institucional é, para além de uma proibição de abolição pura e simples, o de impedir todas as supressões ou modificações parciais suscetíveis de desvirtuar os elementos que se revelem estruturantes e que confirmam tipicidade à instituição ou ao instituto”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 39: “o Estado encontra-se perante o seguinte quadro: tem o dever de proteção da instituição; tem o poder de conformação jurídica da instituição; está impedido de eliminar ou de desfígurar a instituição”.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 397: “sob o ponto de vista da proteção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjetivas autónomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias”; e Correia, *Direitos*

4.10. DIREITOS FUNCIONAIS

Os direitos funcionais - usualmente referidos, em termos mais abrangentes, por situações funcionais - separam-se dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos em razão do seu posicionamento no interior do poder, e, nunca, frente, ou face, ou contra, esse poder.

Separam-se por inerirem, exclusivamente, ao estatuto funcional, ao estatuto associado às funções que desempenham - e não ao estatuto pessoal, individual - dos titulares dos cargos públicos¹⁴⁵.

4.11. DEVERES FUNDAMENTAIS E DEVERES HUMANOS: REMISSÃO

I - Finalmente, os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos recortam posições jurídicas de carácter passivo.

Implicam adstrições, vinculações, obrigações, imposições, desvantagens, ou, no limite, discriminações.

E surgem, cumulativamente, não tipificados, não determinados, não exequíveis e, por consequência, não vinculativos, e não justiciáveis.

Mais: recortam-se, em rigor, como deveres legais, não como deveres constitucionais e, só em casos muito excepcionais, como deveres internacionais trataduais.

II – Atenta a sua importância, e considerada a dificuldade técnica subjacente ao correspondente exame, para o termo deste estudo se remete um tratamento desenvolvido.

Fundamentais..., p. 93: “o regime constitucional das garantias institucionais está longe de ter alcançado a afinação do regime constitucional dos Direitos Fundamentais”.

¹⁴⁵ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, p. 1038: “posições subjetivas, ativas e passivas, inerentes à titularidade de um órgão público, de acordo com o cargo desempenhado”.

5. TIPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

5.1. DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS

I - A *summa divisio* entre os Direitos Fundamentais, e, em simultâneo, entre os Direitos Humanos, é a constituída, de um lado, pelos direitos de liberdade e, de outro lado, pelos direitos sociais - ou direitos socialistas^{146 147}.

Não obstante, só os direitos de liberdade se afirmam como efetivos Direitos Fundamentais, ou como efetivos Direitos Humanos.

De facto, apenas esses direitos se apresentam, cumulativamente, enquanto direitos de origem natural, racionais, declarativos, necessários, permanentes, universais, vinculativos, sinalagmáticos, ideologicamente neutros e associando liberdade com responsabilidade¹⁴⁸.

II – No quadro dos direitos de liberdade ressaltam os direitos pessoais e os direitos civis.

Direitos pessoais, numa terminologia, essencialmente, interna europeia continental, ou direitos civis, numa designação, sobretudo, internacional e interna anglo-saxónica¹⁴⁹.

III - No respetivo interior, observam-se, ainda, com o estatuto de direitos pessoais e direitos civis especiais, os direitos de personalidade.

Os direitos do homem individual, do homem isolado, não do homem político, não do homem social.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 26: “direitos de raiz socialista (económicos, sociais e culturais)”.

¹⁴⁷ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 20: “a adjetivação social não tem, portanto, como por vezes se admite, um sentido de socialização ou coletivização, tomado em contraposição a individual ou a privado”.

¹⁴⁸ Em sentido próximo, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 353: “se há uma ‘Constituição material’ do constitucionalismo no seu conjunto, essa é representada pelos direitos de carácter liberal”.

¹⁴⁹ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 394: “direitos civis (...) são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade”.

Direitos que resultam, imediata, direta, e exclusivamente, do seu nascimento, da vivência da própria vida, ou, no limite, da subsequente morte.

E que, por consequência, surgem designados, enfaticamente, por direitos pessoalíssimos, ou por direitos personalíssimos^{150 151}.

Os direitos de personalidade são-no independentemente da respetiva fonte, da sua inserção, na Constituição, no Direito Internacional ou, inclusivamente, no próprio direito interno ordinário¹⁵².

Porém, neste último caso, considerada a forma sub-constitucional, não assumem a natureza jurídica, cumulativa, de Direitos Fundamentais ou de Direitos Humanos¹⁵³.

IV - Os direitos políticos definem-se, analogamente aos direitos pessoais e civis, como direitos de liberdade¹⁵⁴.

Todavia, agora, o indivíduo não se limita à respetiva defesa no exterior, frente ao poder.

O indivíduo organiza também, internamente, esse poder, modelando a forma do governo.

E decidindo, assim, em articulação com os outros membros da comunidade, sobre a tipologia, extensão e alcance dos direitos que pretende, doravante, ver declarados ou estabelecidos *ex novo*.

Ao indivíduo meramente atomístico, junta-se, posteriormente, o indivíduo cidadão.

¹⁵⁰ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 284: “nos direitos personalíssimos, o que se toma em consideração e se protege é a pessoa em si, com independência da vida social e das suas relações com os demais”.

¹⁵¹ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 396: “hoje, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da conceção de um direito geral da personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os Direitos Fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa (...). “Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de Estado (p. ex., direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)”.

¹⁵² No mesmo sentido, Mendes, *Direitos, liberdades e garantias...*, p. 111: “são direitos de personalidade muitos – direi a maioria – dos direitos, liberdades e garantias. Sem dúvida, o direito à vida, à integridade moral e física; também o direito à liberdade (...). Isto é assim quanto à liberdade geral (...) é-o quanto às liberdades particulares”.

¹⁵³ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 34: “são as situações jurídicas básicas do Homem reconhecidas pela lei civil (...): o direito ao nome, a reserva do conteúdo das cartas-missivas confidenciais, o direito à imagem, a reserva sobre a intimidade da vida privada (respetivamente, artigos 72º, 75º, 79º, 80º, Código Civil)”.

¹⁵⁴ No mesmo sentido, e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 145: “liberdade para intervir na formação dos critérios de decisão política. É a liberdade participação”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 95: “os direitos políticos (que consideramos globalmente integráveis nos direitos de liberdade)”.

V - Os direitos políticos focam-se, elementarmente, no direito de sufrágio - *rectius*, na universalização do direito de sufrágio.

Sufrágio eleitoral e, de forma mitigada - com a exceção da Suíça - sufrágio referendário.

Não obstante, compreendem, igualmente, outros direitos participativos ou de cidadania.

Exemplificativamente, o direito de iniciativa popular, o direito de petição o direito de participação na vida pública, o direito de acesso a cargos públicos, ou, inclusivamente, embora apenas no plano europeu, o direito a uma boa administração.

A universalização dos direitos políticos exige, ainda, o alargamento de outros direitos que, não só assumem implicações políticas, como supõem um exercício não individualizado, caso dos direitos de associação, de reunião, de manifestação, ou de greve.

Finalmente, a opção pela não-participação assume - ou pode assumir - dimensão política.

Na verdade, os direitos políticos são passíveis de ser, ou de não ser, exercidos, porquanto consagram sempre faculdades de participação, e nunca deveres jurídicos participativos¹⁵⁵.

VI - Em contrapartida, os designados direitos sociais não se afirmam, intrinsecamente, nem como Direitos Fundamentais, nem como Direitos Humanos.

Porque surgem artificiais, positivos, constitutivos, contingentes, transitórios, grupais, condicionáveis, invinculativos, leoninos, ideologicamente empenhados, e vocacionados para substituição da liberdade pela igualdade¹⁵⁶.

Recortando-se, contrapostamente aos direitos subjetivos de liberdade, enquanto simples expectativas.

E mais: enquanto simples expectativas fácticas, de futuros e eventuais Direitos Fundamentais, ou de futuros e eventuais Direitos Humanos¹⁵⁷.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 155: “as liberdades de atuação incluem (...) também, em princípio, a liberdade de não agir, que é muitas vezes tão importante como o poder de agir”.

¹⁵⁶ Em sentido oposto, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 500: “à medida que o leque de direitos se foi alargando, incluindo direitos políticos, direitos económicos, sociais e culturais, esses direitos deixaram de ser considerados como direitos naturais fundamentais, pré-existentes à ordem jurídica”.

¹⁵⁷ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 538: “num confronto com os direitos de liberdade, constituem à partida características diferenciadoras dos Direitos Fundamentais sociais a juventude, a instrumentalidade, a debilidade e a não prioridade”.

5.2. DIREITOS E LIBERDADES E GARANTIAS

I – Tipicamente agregados, e frequentemente dotados de um regime unitário ou minimalisticamente diferenciado, quer no quadro dos Direitos Fundamentais, quer no conspecto dos Direitos Humanos, não se revela impossível, todavia, proceder à distinção entre, de um lado, os direitos e as liberdades, e, de um outro, as correspondentes garantias.

II - Os direitos e as liberdades recortam-se, num sentido médio, como direitos, como direitos subjetivos e, mais especificamente, como direitos subjetivos de natureza pública.

Surgem relacionados, indissociavelmente, com os próprios bens jurídicos em questão e assumem, dessarte, no examinado trinómio, um posicionamento substantivo e principal.

É viável, contudo, subdistinguir, ainda, entre os direitos-direitos e os direitos-liberdades.

Os primeiros, consubstanciando faculdades, reconhecidas pela ordem jurídica, do próprio indivíduo sobre bens determinados¹⁵⁸.

Os segundos, traduzindo, por parte dessa ordem jurídica, meras permissões de ação individual¹⁵⁹.

III - As garantias, por último, ostentam carácter adjetivo, instrumental e secundário¹⁶⁰, ao vocacionarem-se, em exclusivo, para a tutela daqueles direitos e daquelas liberdades¹⁶¹.

5.3. OUTRAS TIPOLOGIAS JUSFUNDAMENTAIS E JUSHUMANITÁRIAS

I - Direitos Fundamentais e Direitos Humanos gerais designam-se os partilhados por todos os homens, sem exceção.

¹⁵⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 114: “posição que tem como objeto imediato um bem específico da pessoa”.

¹⁵⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 115: “designam e definem espaços de decisão e de ação individual livres da interferência estadual”.

¹⁶⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 530: “direito fundamental processual” (art. 20º); e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 114: “função instrumental, contendo normas de competência ou regras de ação estadual para proteção de outros direitos, que constituem, para este efeito, posições primárias”.

¹⁶¹ Em sentido diverso, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 396: “as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de proteção dos direitos” “Traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”.

E, ao invés, especiais os direitos atribuídos apenas a um segmento delimitado dos membros da mesma comunidade, sem prejuízo da sua universalidade e normatividade.

II - Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos individuais são os que podem ser exercidos pelo seu titular, ou de forma isolada, ou de forma conjunta com outros titulares.

E coletivos são aqueles que, pela natureza das coisas, e não obstante a sua natureza individual¹⁶², apenas são suscetíveis de um exercício conjugado com o exercício de direitos idênticos de outros titulares.

III - Direitos Fundamentais e Direitos Humanos explícitos denominam-se os que se encontram expressos nas fontes jurídicas, respetivamente, internas ou internacionais.

E implícitos todos aqueles que resultam de subsequentes procedimentos de inferência lógica, que não de valoração analógica, desenvolvidos com base em fontes expressas¹⁶³.

¹⁶² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 116: “o titular do direito (do poder e do interesse básico) não deixa de ser cada um dos indivíduos”.

¹⁶³ Em sentido diverso, Gouveia, *Manual...*, p. 1062: “Direitos Fundamentais implícitos, que se apresentam como o resultado de uma interpretação extensiva das fontes constitucionais”.

6. HIERARQUIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I – O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais inscrevem-se num mesmo e, sobretudo, num único, ordenamento jurídico.

Não obstante, as posições jurídicas ativas públicas que os integram, não se posicionam, em todos os casos, num mesmo plano hierárquico, não detêm a mesma força jurídica, não obedecem aos mesmos princípios jurídicos, não ostentam um mesmo regime jurídico e não assumem uma mesma relevância valorativa.

II - Em primeiro lugar, porque essas posições se inscrevem em fontes do Direito diversas, ou internacionais, ou internas, situadas, hierarquicamente, em patamares diferenciados.

Nuns casos, em tratados *ius cogens*, noutros casos na Constituição e, noutros casos, ainda, em tratados comuns - embora não, em rigor, em quaisquer atos legislativos ordinários.

Em segundo lugar, porque se apresentam enquadradas por princípios claramente distintos.

De um lado, os direitos de liberdade estão adstritos á integralidade dos princípios, a saber, da universalidade, igualdade, confiança, proporcionalidade e responsabilidade.

De outro lado, os designados direitos sociais são apenas enquadrados, e apenas futuramente, e apenas potencialmente, enquadrados, por alguns dos aludidos princípios.

Em terceiro lugar, porque os regimes jurídicos estabelecidos, interna e internacionalmente, para estes dois grupos de realidades jurídicas são, manifestamente, não apenas distintos, mas opostos.

Com efeito, só os direitos de liberdade patenteiam exequibilidade, vinculatividade, e uma especial exigência em sede de restrição e no domínio da suspensão ou da derrogação - consoante se trate da esfera internacional, ou da esfera interna - bem como justicialidade.

E, em quarto lugar, porque à mencionada diferenciação hierárquica, principológica e regimental, subjazem, ainda, subjazem necessariamente, critérios de natureza valorativa, como, aliás, em todo o jurídico¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Em sentido próximo, Costa, *A hierarquia...*, p. 21: “no sentido, porventura, e justamente, duma hierarquia substancial”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 170 e 171: “subordinação ou prevalência material, por referência a uma regra jurídica que a determina ou impõe”.

III – Na verdade, a ordem do Direito apresenta, estruturalmente, natureza tridimensional¹⁶⁵, incluindo, em permanente relação, o ser - o facto - o dever ser - o comando - e o dever ser do dever ser - o valor.

Encontra a sua origem no facto, no facto humano, no facto humano social e, dentro deste, no facto jurídico.

Esse facto jurídico, por seu turno, antecede o comando jurídico, a norma ou a decisão jurídicas.

E, por último, semelhante comando depende de um valor jurídico extrínseco e superior ao dever ser, que constitui o respetivo paradigma, e que o dirige para a Justiça.

Facto, comando e valor, traduzem, conseqüentemente, as três dimensões nucleares do Direito, formando, no seu conjunto, uma unidade necessária, permanente e intangível¹⁶⁶.

IV – Acresce que, o fundamento jurídico estruturante - ou o super-princípio - transversal dos Direitos Humanos, e dos Direitos Fundamentais, é a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, uma noção valorativa, por excelência, tanto no plano interno, como no plano internacional, se bem que, supervenientemente, positivada e, parcialmente, tipificada¹⁶⁷.

Essa dignidade emerge, pois, como a condição *sine qua non* para a existência de quaisquer específicos Direitos Humanos, ou de quaisquer específicos Direitos Fundamentais.

O que não significa que revista análoga importância - ou, até, verdadeira importância - em relação à totalidade dessas posições jurídicas ativas públicas.

De facto, os direitos apenas se definem como humanos, ou como fundamentais, quando se encontre em causa, imediatamente em causa, diretamente em causa, intensamente em causa, essa dignidade da pessoa humana.

Logo, a valoração *sub judice* emerge claramente distinta¹⁶⁸ para os direitos de liberdade, que se recortam como verdadeiros direitos subjetivos públicos, e para os designados direitos sociais, que surgem, em termos adequados, como meras expectativas de direitos.

Exemplificativamente, não são passíveis de idêntica valoração, no que tange aos Direitos Humanos, um direito à liberdade (art. 9º, nº 1, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos) e um direito de greve (art. 8º, nº 1, al. d), Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

¹⁶⁵ Neste sentido, por todos, Reale, *op. cit.* pp. 64, segs..

¹⁶⁶ Neste sentido, Rodrigues, *Introdução ao Direito...*, p. 25.

¹⁶⁷ Em sentido próximo, Marmelstein, *op. cit.*, p. 11: “positivismo ético”.

¹⁶⁸ Em sentido oposto, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, p. 661: “não se pode afirmar, num plano axiológico, que exista *a priori* e em abstrato um primado dos direitos, liberdades e garantias, sobre os direitos sociais (...). Estes não são, portanto, direitos de segundo grau”.

Nem, no que toca aos Direitos Fundamentais, se apresenta igual a relevância valorativa de um direito à vida (art. 24º) e a de um direito ao desporto (art. 79º).

Aliás, irresponsável demonstração da menor relevância dos designados direitos sociais é o facto de estes não encontrarem, nem assento expresso, nem tão-pouco, alusão constitucional, mesmo em inequívocos Estados de Direito, ou Estados democráticos, como se verifica nos Estados da América e, inclusive, mais próximo de nós, na Alemanha.

Acresce que, no seio dos próprios direitos de liberdade, dos direitos pessoais ou civis, de uma parte, e dos direitos políticos, de outra parte, estes últimos não ostentam valoração idêntica à dos anteriores, não obstante a sua indesmentível relevância.

Como, no limite, não a assume cada um dos direitos pessoais, ou cada um dos direitos civis, individualizadamente considerados, por referência aos remanescentes¹⁶⁹.

V - Consequentemente, impõe-se um esforço doutrinário de hierarquização de todos esses Direitos Fundamentais e de todos esses Direitos Humanos, sobretudo, quando se observa uma acelerada - e indesejável - extensão do seu universo¹⁷⁰.

Sobremaneira, em ordem a impedir ou a mitigar, a subsistência ou o agravamento, de um quadro de insegurança e de confiança jurídicas, decorrente do recurso, quase-exclusivo, ao mecanismo, casuístico, da ponderação de bens¹⁷¹.

Não se nega que esta ponderação, específica, entre conflituais posições jurídicas ativas públicas, e entre os bens que lhes subjazem, emerge, frequentemente, necessária¹⁷².

O que se afirma é que essa ponderação deve recortar-se como um momento final, residual, e menor, de um procedimento, maior, iniciado com a determinação constitucional, normativa, de limites, e com a fixação, ordinária, e igualmente normativa, de restrições.

¹⁶⁹ No mesmo sentido, Medeiros, *O Estado...*, p. 40: “é muitíssimo duvidoso que se possam superar os conflitos entre Direitos Fundamentais sem recorrer a considerações valorativas (...). Dificilmente se pode ignorar, entre outros fatores, o diferente peso que, na ordem constitucional, têm os diversos Direitos Fundamentais”.

¹⁷⁰ Em sentido diverso, Medeiros, *O Estado...*, p. 39: “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 postula, neste sentido, a adoção de critérios hierárquicos de superação das antinomias. Uma tal via suscita, no entanto, as mais vivas objeções”.

¹⁷¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 544: “não há, todavia, na Constituição portuguesa, no seio das estruturas respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, uma ordem hierarquizada que permita resolver a generalidade dos problemas prático-normativos de Direitos Fundamentais”.

¹⁷² Em sentido próximo, Medeiros, *O Estado...*, p. 40: “em lugar do objetivo da otimização igualitária dos direitos em conflito, que está subjacente à ideia de concordância prática, deve efetuar-se uma ponderação do caso concreto (...). “É muito duvidoso (...) que o princípio da concordância prática seja uma espécie de ovo de colombo, podendo antes entender-se que as expressões que apontam para o objetivo da otimização e da concordância constituem fórmulas vazias ou nulidades líricas”.

Mais: com uma definição desses critérios jurídicos por poderes dotados da exigível legitimidade democrática, não por Tribunais, mormente, pelo Tribunal Constitucional¹⁷³.

6.1. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

I - Os Direitos Humanos integram, incontornavelmente, a ordem jurídica portuguesa vigente (*maxime*, art. 7º, 8º e 16º)¹⁷⁴.

Fazem-no, contudo, enquanto Direitos Humanos, não enquanto Direitos Fundamentais¹⁷⁵.

Efetivamente, os Direitos Fundamentais apresentam-se próximos dos Direitos Humanos, mas revelam-se, em simultâneo, insuscetíveis de uma sinonímia absoluta, porquanto, se os primeiros emanam da Constituição, os segundos procedem do Direito Internacional.

Logo, quando a Constituição recebe os Direitos Humanos, estes não mudam a respetiva natureza, não se transformam, por essa circunstância, em Direitos Fundamentais, nem a noção, material, de Direitos Fundamentais, conhece quaisquer mutações.

Os Direitos Fundamentais permanecem Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos continuam, apesar dessa receção constitucional, de natureza estritamente formal, a configurar-se Direitos Humanos¹⁷⁶.

¹⁷³ Em sentido oposto, Costa, *A hierarquia...*, p. 16: “é nessa sua concordância possível, antes que numa sua apriorística ‘hierarquização’ que (como a doutrina vem acentuando) haverá de resolver-se tal conflito”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 69: “nem nivelção dos direitos, nem hierarquia dentro do sistema - diferenciação”; *A estruturação...*, V. I, pp. 173 e 174: “sem prejuízo da necessidade – que temos por imperiosa – de diferenciação de direitos (...) o que normalmente se admite é a relevância daquele sentido intermédio e impróprio de hierarquia (a que, juntamente com outros dados colhidos de uma leitura sistemática e unitária da Constituição, talvez caiba melhor o nome de graduação”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 416: “a ideia de ordem decrescente merece-nos reservas, porque pode sugerir a existência de um diferente grau ou valor quando, na realidade, se trata de um regime qualificado, aliado, de resto, à natureza específica dos direitos”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 352: “a ideia de hierarquização dentro dos Direitos Fundamentais, com uma pretensa natural superioridade dos direitos, liberdades e garantias e, dentro destes, eventualmente, dos pessoais, é contrária à ideia de Direitos Fundamentais em Estado de Direito, não é compatível com a vivência prática dos Direitos Fundamentais”.

¹⁷⁴ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 116: “princípio da amizade da Constituição ao Direito Internacional dos Direitos do Homem”.

¹⁷⁵ Em sentido contrário, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 39: “são perfilhados pela ordem jurídica portuguesa com o carácter e o valor jurídico de Direitos Fundamentais constitucionais” (art. 16º, nº 1).

¹⁷⁶ Em sentido oposto, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 63: “a cláusula aberta do nº 1 do artigo 16º obriga à adoção de um conceito material de qualificação de Direitos Fundamentais para efeito de na sua base selecionar aqueles que merecem ingressar na categoria, não obstante o seu posicionamento meramente exterior à Constituição formal”.

O que significa que lhes é aplicável o Direito Internacional, designadamente, a Convenção de Viena de 1969, sobre o Direito dos Tratados entre Estados - ou a Convenção de Viena de 1986, sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais.

O que significa que a respetiva génese é regulada pelo Direito Internacional, e que ao longo de todo o período de vigência continuam a disciplinar-se pelo Direito Internacional.

Designadamente, em sede de interpretação, de integração, de condicionamentos, de revisão, ou de cessação de vigência¹⁷⁷.

II - A supremacia dos Direitos Humanos, internacionais, frente aos Direitos Fundamentais, internos, apresenta-se inquestionável.

Desde logo, como implicação da própria existência do Direito Internacional, ou mesmo, porventura, do surgimento de um embrionário constitucionalismo global¹⁷⁸.

Depois, como efeito da sobressaliência desse Direito Internacional, ou de alguns dos seus domínios mais estruturantes, sobre a integralidade dos Direitos Constitucionais Internos^{179 180}.

Adstringindo quer um novo constituinte originário, quer o legislador da transição ou da revisão, quer, por maioria de razão, o legislador ordinário, o administrador e o juiz¹⁸¹.

III - Efetivamente, o *ius cogens* surge como uma norma imperativa de Direito Internacional geral, uma norma aceite e reconhecida pela Comunidade Internacional dos Estados no seu todo, uma norma cuja derrogação não é permitida, e que só pode ser modificada por nova norma de Direito Internacional geral com idêntico carácter (art. 53º, Convenção de Viena de 1969, sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

¹⁷⁷ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, p. 1029: “os Direitos Humanos, autonomamente consagrados num outro ramo de Direito (o Direito Internacional Público) acabaram por se cruzar com a positivação constitucional dos Direitos Fundamentais, externamente acelerando um conjunto de soluções que internamente chegariam primeiro”.

¹⁷⁸ No mesmo sentido, Barra, *Mecanismos...*, p. 211: “é possível aludir ao constitucionalismo global ou internacional, conceito que rompe com a perspetiva clássica de Constituição, enquanto termo reservado ao constitucionalismo nacional”.

¹⁷⁹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 117: “o próprio conceito de norma *ius cogens* impõe a sua supremacia em relação a todas as outras normas, que não possuem essa natureza, sejam elas internacionais ou internas”.

¹⁸⁰ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1029: “os Direitos Humanos ganham uma especial acuidade, porque diretamente comunicam com o Direito Constitucional, sendo até (...) o seu natural prolongamento”.

¹⁸¹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p., 117: “o *ius cogens* deve ser encarado como um limite material de revisão constitucional”.

E, se se destaca um conspecto no qual a figura do *ius cogens* adquire, pela sua natureza, uma relevância máxima, esse conspecto não pode ser, senão, o dos Direitos Humanos¹⁸².

Melhor: o dos Direitos Humanos de liberdade, sobretudo, o dos Direitos Humanos civis.

Logo, nem a existência, nem a supremacia, do *ius cogens*, concitam quaisquer dúvidas¹⁸³.

Dúvidas poderia suscitar, entretanto, a evidência de alguns voluntarismos estaduais e a correspondente relevância de relativismos vários, designadamente, o de origem islâmica.

Efetivamente, o examinando *ius cogens* pressupõe, ainda, a determinação de “uma norma aceite e reconhecida pela Comunidade internacional dos Estados no seu todo” (art. 53º, Convenções de Viena de 1969 e de 1986, sobre o Direito dos Tratados).

Porém, tais relativismos, não se afiguram aceitáveis, dado que a vinculatividade absoluta do *ius cogens* decorre, antes de mais, da respetiva matriz, originária, de Direito Natural.

Matriz que não resulta prejudicada por um seu hodierno perfil de Direito positivado, tipificado, vinculativo e - embora apenas em determinados âmbitos - justicializado¹⁸⁴.

IV - Outro segmento dos Direitos Humanos que prima, incondicionalmente, sobre os Direitos Fundamentais, é, num contexto regional, o dos Direitos Humanos da União Europeia, plasmado na Carta de Direitos Fundamentais (*sic*) da União Europeia¹⁸⁵.

Sem embargo de, nesta sede, a construção jurídica adotada se revelar bizarra, porque a mencionada supremacia não se encontra consagrada, expressamente, em qualquer texto.

V - Por último, a prevalência dos Direitos Humanos sobre os Direitos Fundamentais revela-se, em Portugal, no que concerne à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁸² No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 288: “tanto os debates da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados (1968-1969) quanto as interpretações doutrinárias a este respeito desenvolvidas após a Convenção de Viena de 1969 relacionaram as normas imperativas relativas aos Direitos Humanos ao teste da identificação do *ius cogens*”.

¹⁸³ Em sentido diverso, Costa, *A hierarquia...*, p. 22: “resta saber (...) se às convenções internacionais sobre Direitos do Homem, de que Portugal é parte, não deverá reconhecer-se inclusive um estatuto (hierárquico) privilegiado, atenta a específica receção ou reconhecimento que a Constituição faz, no art. 16º, nº 1”.

¹⁸⁴ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 35: “não parece que a Comunidade Internacional e o Direito Internacional estejam em condições de alargar os espaços de comunhão jurídica efetiva entre os diversos ordenamentos, ficando as mudanças relevantes dependentes, em larguíssima medida, da seleção e da interiorização autónoma dos princípios levadas a cabo por cada um”.

¹⁸⁵ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 464: “as hipóteses de discrepância entre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e os elencos nacionais de Direitos Fundamentais são assaz remotas, dada a fundamental coincidência entre a primeira e os segundos. Em todo o caso (...), deve prevalecer a Carta, por efeito da primazia do Direito da União”.

Efetivamente, a Constituição não se limita a oferecer-lhe uma inequívoca vinculatividade. A Constituição erige-a em parâmetro jurídico interpretativo e, em simultâneo, integrativo. Posicionando-a num plano hierárquico superior, necessariamente, ao do próprio texto fundamental interpretando e integrando¹⁸⁶.

Se bem que não em patamar superior ao dos restantes instrumentos de Direitos Humanos, sobretudo, dos que contêm *ius cogens*, tanto mais que as normas, costumeiramente vinculativas, inspiradas pela Declaração Universal, assumem tal natureza *ius cogens*.

Nem, quiçá, num patamar superior àquele onde se sedia o Direito da União Europeia.

VI - Questão distinta, na articulação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é a do posicionamento das normas ínsitas nos tratados internacionais que se não afirmem nem como *ius cogens*, nem como Direito da União Europeia (art. 8º, nº 2).

Efetivamente, mesmo hoje, nem todos os Direitos Humanos consubstanciam *ius cogens*, incluindo-se nessa categoria jurídica, em rigor, apenas os direitos civis e, quiçá, os direitos políticos, nunca os designados direitos económicos, sociais e culturais.

Nenhuma razão existe, assim, para a prevalência desses virtuais Direitos Humanos sobre os Direitos Fundamentais e, mais concretamente, sobre os direitos pessoais e políticos¹⁸⁷.

VII - Finalmente, no confronto com os atos legislativos ordinários, a supremacia dos Direitos Humanos seria, num primeiro exame, manifesta.

Ocorre, porém, que os Direitos Fundamentais assumem por fonte, exclusiva, a Constituição formal, não os atos infra-constitucionais internos¹⁸⁸.

Inexistindo, desse modo, sequer, hierarquia.

¹⁸⁶ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 63: “para outros autores (...) têm de se extrair as devidas consequências do estatuto supraconstitucional da Declaração (donde a eventual insupraconstitucionalidade de normas da Constituição)”.

¹⁸⁷ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 120: “o art. 16º, nº 1, ao não fazer qualquer distinção entre o Direito consuetudinário e o convencional, aponta no sentido de que a Constituição admite a supremacia de todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, se for mais protetor que o Direito Constitucional”.

¹⁸⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 106: “os Direitos Fundamentais constituem um sistema de valores ou ordem objetiva de valores e as normas que os enunciam são normas fundamentais. Na medida em que caíam sob o seu âmbito de incidência, as restantes normas (...) devem ser-lhe (sub) ordenadas enquanto hermeneuticamente possível, ou, quando isso não seja objetivamente factível, taxadas de inconstitucionalidade”.

6.2. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, E DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

I - Os direitos de liberdade preferem, em qualquer âmbito, em qualquer lugar, em qualquer circunstância, e em qualquer momento, sobre os designados direitos sociais.

Efetivamente, enquanto os direitos de liberdade se afirmam como direitos subjetivos, como direitos a exigir, e se necessário, a exigir judicialmente, os designados direitos sociais não ultrapassam, nunca, o patamar das expectativas, e das expectativas meramente fácticas de, futuros e eventuais, direitos.

Assim, tanto em sede de Direitos Humanos como de Direitos Fundamentais, a articulação entre, de um lado, os direitos civis ou pessoais e os direitos políticos, e, de um outro lado, os direitos económicos, sociais e culturais, apresenta-se, inequivocamente, definida.

II – Porém, mesmo admitindo que ambos os tipos de realidades se configurariam como verdadeiros direitos subjetivos, a referida hierarquização manter-se-ia, ainda, inalterada.

De facto, os bens jurídicos que lhes subjazem assumem um jaez inequivocamente distinto.

A liberdade - direitos civis e pessoais - é, decerto, mais pertinente do que a solidariedade - direitos sociais - não podendo essa solidariedade colocar em causa semelhante liberdade.

E a democracia - direitos políticos - é, seguramente, mais relevante do que a solidariedade - direitos sociais - não podendo tal solidariedade colocar em risco essa democracia¹⁸⁹.

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

A prevalência dos Direitos Humanos civis e políticos sobre os Direitos Humanos económicos, sociais e culturais resulta da diversa, da radicalmente diversa, natureza jurídica de uns e de outros.

¹⁸⁹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 137: “a liberdade é o referencial central para fundamentar os direitos (...); tanto a igualdade, como (...) a solidariedade, têm de identificar-se e definir-se em relação a ela”; e Botelho, *A tutela...*, p. 93: “construção jurídica e ontológica ocidental, alicerçada na primazia da pessoa sobre o grupo e na ideologia individualista liberal”.

Os primeiros, patentes no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, afirmam-se como direitos subjetivos públicos internacionais, em consequência de uma personalização do indivíduo que, contemporaneamente, não admite dúvidas.

Os segundos, presentes no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, recortam-se, mais mitigadamente, como expectativas, fácticas, de direitos eventuais e futuros¹⁹⁰.

6.4. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS CIVIS E DIREITOS POLÍTICOS

I – No espectro dos Direitos Humanos, isto é, dos direitos no âmbito internacional, importa proceder, ainda, à hierarquização entre os direitos civis e os direitos políticos.

II - Desde logo, sobressaem os direitos civis impassíveis de derrogação (art. 4º, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Concretamente, o direito à vida (art. 6º) - apesar da não proibição, genérica, da pena de morte - o direito à integridade pessoal (art. 7º), o direito à personalidade jurídica (art. 16º), o direito à liberdade, nas suas valências de proibição da escravidão (art. 8º), de proibição da servidão (art. 8º) e de insusceptibilidade de prisão por dívidas (art. 11º), o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18º) e os princípios penais da legalidade e do tratamento mais favorável (art. 15º).

III – Depois, erguem-se outros direitos civis - outros direitos pessoais, outros direitos de personalidade - outros direitos, desse modo, igualmente, nucleares.

Assim, o direito ao nome (art. 24º), o direito à nacionalidade (art. 24º), os direitos à liberdade e à segurança (art. 9º), as remanescentes garantias de natureza penal e natureza processual penal (art. 9º, 10º e 14º), o direito à honra e reputação (art. 17º), o direito à vida privada e familiar (art. 17º), o direito ao domicílio (art. 17º) e o direito à correspondência (art. 17º).

IV – Subsequentemente, posicionam-se os direitos civis que, apesar de uma mesma natureza, implicam, não um exercício individualístico, mas um exercício coletivo, ou um exercício tendencialmente coletivo.

¹⁹⁰ No mesmo sentido, Balera; Silveira; Couto, *op. cit.*, p. 41: “enquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos cria a obrigação estadual de tomar as providências necessárias (...), o de Direitos Económicos, Sociais e Culturais prevê a adoção de medidas (...) que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos”.

Casos dos direitos à família e ao casamento - e respetiva dissolução - do direito de reunião (art. 21º) e do direito de associação (art. 22º).

Ou, ainda, embora em plano menos relevante, ou mais circunscrito, a liberdade de circulação (art. 12º) e a liberdade de emigração (art. 12º).

V – Por último, neste binómio dos direitos de liberdade, recortam-se os direitos políticos.

Assim, o direito de sufrágio eleitoral - e quiçá, referendário - (art. 25º), o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos (art. 25º), e o direito de acesso a funções públicas (art. 25º).

Efetivamente, no confronto entre os direitos civis e os direitos políticos, não obstante a eminência de ambos, a hierarquização afigura-se óbvia.

VI - Estranhamente, num instrumento internacional nuclear atinente aos direitos civis - isto é, aos direitos pessoais - não se enxerga qualquer alusão ao direito de propriedade privada, ou, mais ainda, ao direito de iniciativa privada¹⁹¹.

Todavia, o fundamento dessa omissão é político, e não jurídico, decorrendo da clivagem - sobretudo no contexto da Guerra Fria - entre uma perspetiva liberal, individual, privada, omissiva, negativa e defensiva do direito de propriedade, e uma perspetiva pública, coletiva e social, ou mesmo comunista, dessa propriedade¹⁹².

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

I - No que concerne, agora, aos Direitos Fundamentais, a diferenciação fixada pela Constituição pátria, para, de uma parte, os direitos, liberdades e garantias e, de outra parte, os direitos económicos, sociais e culturais, reflete um óbvio significado jurídico, patenteando a clara supremacia dos primeiros sobre os segundos¹⁹³.

¹⁹¹ Em sentido diverso, Martins, *op. cit.*, p. 176: “a propriedade individual parece ter sido absorvida pela propriedade dos Povos (art. 47º)”.

¹⁹² No mesmo sentido, Cabrita, Isabel, *Direitos Humanos...*, p. 63: “deveu-se ao desacordo existente sobre a definição, conteúdo e alcance do mesmo (...). Por detrás do desacordo em relação ao direito de propriedade encontram-se as diferentes culturas e sistemas económicos existentes no mundo contemporâneo”.

¹⁹³ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 333 e 334: “regime jurídico-constitucional de proteção privilegiada”; “clara intenção de privilegiar relativamente os direitos de liberdade no conjunto dos

II – Assim, desde logo, os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, ostentam um diferente quadro no que se reporta aos princípios.

Uns, respondendo a exigências de universalidade (art. 12º e 15º), igualdade (art. 13º), proporcionalidade (art. 18º e 19º), confiança (art. 18º), responsabilidade (art. 22º) e proteção (art. 20º).

Os outros, circunscrevendo-se - ou circunscrevendo-se, de forma expressa - aos princípios da universalidade e igualdade.

Depois, os direitos, liberdades e garantias exibem um regime jurídico (art. 17º), manifestamente, oposto ao que rege os designados direitos económicos, sociais e culturais.

A saber, uma distinta força jurídica (art. 18º)¹⁹⁴, um diverso quadro de restrições ao gozo de direitos (art. 18º e 270º), um diferente modelo de suspensão do exercício de direitos (art. 19º), uma auto-tutela num caso existente e no outro inexistente (art. 21º), uma perspetivação outra da reserva legislativa (art. 165º) e finalmente, uma construção simétrica no domínio da revisão constitucional (art. 288º).

III – Os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, quer pessoais, quer políticos, surgem, por seu turno, em linha rigorosamente direta com os correspondentes direitos, liberdades e garantias (art. 17º)¹⁹⁵.

Superiorizando-se, pois, analogamente, aos designados direitos económicos, sociais e culturais.

Direitos Fundamentais”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 242: “primado dos direitos, liberdades e garantias”; e *Direitos Fundamentais...*, p. 69: privilégio do regime jurídico qualificado”.

¹⁹⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 398: “aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias atribui-se uma força vinculante e uma densidade aplicativa (aplicabilidade direta), que apontam para um reforço da mais-valia normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 415: “a pedra de toque é o grau de efetividade jurídica outorgada à primeira dessas categorias”.

¹⁹⁵ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 398: “esta classificação e este regime vão servir de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos ao longo da Constituição”.

6.6. HIERARQUIA ENTRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS OU DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA

I - Os direitos, liberdades e garantias, bem como os direitos de natureza análoga, não apresentam, eles próprios, nem uma homogênea relevância ética¹⁹⁶, nem um idêntico alcance no que se reporta à dignidade da pessoa humana que, em cada caso, especificamente, lhes subjaz¹⁹⁷.

Uma priorização entre esses Direitos Fundamentais nucleares revela-se, pois, indispensável¹⁹⁸.

II – Assim, em primeiro lugar, emergem os direitos, liberdades e garantias pessoais impassíveis de suspensão (art. 19º, nº 6).

Concretamente, o direito à vida (art. 24º), o direito à integridade pessoal (art. 25º), o direito à identidade pessoal (art. 26º), a liberdade de consciência e a liberdade de religião (art. 41º), o direito à capacidade civil (art. 26º), o direito à irretroactividade da lei criminal (art. 29º), o direito de defesa dos arguidos (art. 32º) e o direito à cidadania (art. 26º)¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Em sentido oposto, Medeiros, *O Estado...*, p. 40: é possível “admitir-se, neste contexto concreto, o estabelecimento de uma hierarquia axiológica móvel”.

¹⁹⁷ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1106: não se pode cair no extremo (...) de pensar que os Direitos Fundamentais, apenas por o serem, se apresentam, todos, com a mesma dignidade material”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 300 e 98: “os direitos não podem valer exatamente o mesmo - até porque se referem com intensidades diversas ao fundamento comum da dignidade da pessoa humana”. “Alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade, que modela todo o conteúdo destes: o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência (...), como a generalidade dos direitos pessoais, são atributos essenciais da dignidade dos homens concretos”.

¹⁹⁸ Em sentido próximo, Costa, *A hierarquia...*, p. 21: referindo-se, enquanto critérios de hierarquização, ao “núcleo mais radical de direitos pessoais”, aplicabilidade direta” e “limites materiais de revisão”; e Alexandrino, *A estruturação...*, pp. 416 e 417: “dentro desse vasto conjunto formado pelos direitos, liberdades e garantias (...) é ainda possível identificar distintos níveis de proteção formal, em função de critérios como: 1) o da insusceptibilidade de suspensão do respetivo exercício em situações de exceção; 2) o da presença de uma autorização expressa de restrição ou, em geral, de um critério que possa adequadamente sustentar-se no sistema de reservas; 3) o da assistência de especiais mecanismos de proteção jurisdicional; 4) ou o da proteção contra o exercício do poder de revisão”.

¹⁹⁹ Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 49: “relação entre o art. 19º, nº 6 e o art. 288º, al. d): a essencialidade das posições subjetivas que a Constituição reconhece ao elencá-las no nº 6 do art. 19º tem como consequência que esses direitos sejam totalmente intocáveis em sede de revisão constitucional”.

III – Em segundo lugar, destacam-se outros direitos, liberdades e garantias, ainda de natureza pessoal, ou pessoalíssima, e igualmente nucleares.

Especificamente, os direitos à liberdade e à segurança (art. 27º) e os direitos anexos a essa liberdade física, relativos à prisão preventiva (art. 28º), à aplicação da lei criminal (art. 29º), aos limites das penas e das medidas de segurança (art. 30º), ao *habeas corpus* (art. 31º), ou às remanescentes garantias de processo criminal (art. 32º) e as garantias inerentes à extradição e à expulsão (art. 33º).

Ou, o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º), o direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º), o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 35º), o direito ao bom nome e reputação (art. 26º), o direito à imagem (art. 26º), e o direito à palavra (art. 26º) e o direito a uma adequada utilização da informática (art. 36º).

IV - Em terceiro lugar, vislumbram-se os direitos, liberdades e garantias pessoais, e, bem assim, os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais, de exercício individualizado.

Nomeadamente, o direito de propriedade privada (art. 62º), o direito de iniciativa privada (art. 61º), a liberdade de expressão e de informação (art. 37º), a liberdade de aprender e de ensinar (art. 43º) e a liberdade de criação cultural (art. 42º).

V – Em quarto lugar, recortam-se os direitos, liberdades e garantias pessoais que, apesar de individuais, implicam, contudo, um exercício coletivo, ou tendencialmente coletivo.

A saber, os direitos à família, casamento e filiação (art. 34.º), os direitos de reunião e de manifestação (art. 45º), a liberdade de associação (art. 46º) e a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (art. 38º).

E, ainda, em plano mais episódico, os direitos de deslocação e de emigração (art. 44º), ou o direito de asilo (art. 33º), e as liberdades de escolha de profissão e de acesso à função pública (art. 47º).

Por último, nesta sede, os remanescentes direitos, liberdades e garantias pessoais, bem como, os direitos de natureza análoga pessoais, considerando que, indiciariamente, beneficiam de uma tutela análoga (art. 20º, nº 5, e 17º).

E que, assim, se sobrepõem aos direitos políticos, aos direitos laborais, bem como aos equiparados direitos políticos de natureza análoga e direitos laborais de natureza análoga.

VI - Em quinto lugar, em grupo distinto, integram-se os direitos, liberdades e garantias de participação política e os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias de participação política²⁰⁰.

Concretamente, o direito de participação na vida pública (art. 48º), o direito de acesso a cargos públicos (art. 50º), direito de sufrágio (art. 49º), o direito de referendo de âmbito nacional e direito de iniciativa popular de referendo de âmbito nacional (art. 115º), o direito de iniciativa legislativa popular (art. 167º).

E, embora, em rigor, de participação administrativa e não de participação política, os direitos e garantias dos administrados (art. 268º), os direitos de referendo local e de iniciativa popular de referendo local (art. 240º) e o direito de participação em plenário de cidadãos eleitores (art. 245º).

VII - Em sexto lugar, em plano autónomo, porque adjetivo ou instrumental, e não, como a generalidade dos anteriores, substantivo ou principal, desenham-se as outras garantias.

Especificamente, o direito de acesso ao Direito e aos Tribunais (art. 20º), o direito de petição e ação popular (art. 52º), o direito de recurso ao Provedor de Justiça (art. 23º) e, bem assim, o direito de resistência (art. 21º).

VIII – E, finalmente, em sétimo lugar, posicionam-se os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, direitos que, tecnicamente, não se perfilam, de nenhum modo, como direitos de liberdade, nem, porventura, sequer, como Direitos Fundamentais.

Assim, o direito à segurança no emprego (art. 53º), o direito de greve (art. 57º) e, *maxime*, a liberdade sindical (art. 55º).

²⁰⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 326: “os direitos políticos (...), em face da previsão da possibilidade de suspensão do seu exercício, denotam ser uma espécie de direitos mais debilitada”.

7. HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

I - A gênese dos Direitos Fundamentais e, sobretudo, dos Direitos Humanos, apresenta-se recente.

Não obstante, surgem antigos, múltiplos e heterogêneos, enquanto meros Direitos do Homem²⁰¹, os respetivos antecedentes.

II - Numa abordagem histórica dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos torna-se dominante o recurso à locução gerações, ou, inclusive, mais recentemente, camadas²⁰².

Manifestamos preferência, todavia, pela expressão dimensões, ou, porventura, valências.

De um lado, porque o surgimento dos direitos, sobretudo, a dos Direitos Humanos, não obedece a qualquer cronologia rígida nem, tão-pouco, se opera em blocos compactos²⁰³.

De outro lado, porque a emersão de um novo conjunto de direitos não se traduz no desaparecimento, nem na minorização ou na depreciação, dos anteriormente vigentes.

Na verdade, os Direitos Fundamentais e o Direitos Humanos não se sucedem, nem se substituem reciprocamente, cumulam-se, se bem que tal implique o surgimento de mútuos condicionamentos.

III – No campo das ideias políticas, as três sucessivas grandes correntes são a liberal - dominante - a democrática - indissociável, hoje, da anterior - e a social - minoritária.

A essas concepções filosóficas correspondem, juridicamente, de um lado, os direitos de liberdade, ou seja, os direitos pessoais ou civis e os direitos políticos e, de outro lado, os direitos sociais, isto é, os direitos económicos, sociais e culturais²⁰⁴.

²⁰¹ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 30: “raízes filosóficas remontam e encontram-se intimamente ligadas aos avatares históricos do pensamento humano”.

²⁰² No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 502: “a ideia fundamental (...) é de diferentes camadas de direitos”.

²⁰³ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 122: “é uma terminologia discutível porque poderia entender-se que as gerações se extinguem e são substituídas pelas seguintes”.

²⁰⁴ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 60: “as três grandes correntes ideológicas que têm contribuído para a formação do conceito jurídico de Direitos Fundamentais são a liberal (...), a democrática e a socialista”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 167: “matriz liberal (direitos de liberdade), democrática (direitos políticos) ou social (direitos sociais)”.

IV - Assiste-se, contudo, a uma permanente críspação entre as dimensões liberal e social.

De facto, originariamente, tanto os Direitos Fundamentais, como os Direitos Humanos, traduzem, por referência aos Direitos Naturais, uma óbvia construção de continuidade²⁰⁵.

Mas o consenso sobre a respetiva natureza jurídica e os inerentes conteúdos cessa, e cessa irrevogavelmente, com o aparecimento dos designados direitos sociais²⁰⁶.

Emergindo uma clivagem profunda entre as duas valências, que se converte, hodiernamente, na problemática central dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Na verdade, o liberalismo e o socialismo são escolhas filosófico-políticas incompatíveis.

A liberdade individual é, manifestamente, incompatível com uma solidariedade socialista.

E a igualdade formal, ou igualdade-igualdade, ou igualdade-presente, é incompatível com uma igualdade material, ou uma igualdade-desigualdade, ou uma igualdade-prospetiva²⁰⁷.

7.1. HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história interna, a história estadual, a história constitucional, a história relativa aos Direitos Fundamentais, precede, em quase três centúrias, a homóloga história internacional, referente aos Direitos Humanos.

Reflexo, inevitável, de uma génese e evolução mais lentas de um Direito Internacional de fonte plurilateral, face a Direitos Internos de fonte quase exclusivamente unilateral.

²⁰⁵ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 20: “podia-se falar na existência de uma única conceção de Direitos Humanos - a teoria dos Direitos Naturais dos indivíduos ou conceção liberal dos Direitos do Homem - que concebia os direitos como realidades *a priori*, inerentes ou naturais a qualquer Homem”.

²⁰⁶ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 20: “mesmo no mundo ocidental, a definição de Direitos Humanos apenas reuniu consenso durante os séculos XVIII e XIX”.

²⁰⁷ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 95: “não é legítimo (...) averbar a crédito da conceção socialista, confundida com a marxista-leninista, os aspetos socializantes que (...) constituem hoje igualmente o património das novas conceções liberais (...). À margem da liberal-burguesa e da marxista-leninista, existe uma conceção liberal moderna dos Direitos Fundamentais, que pode considerar-se a conceção dominante nos países da Europa Ocidental”.

7.1.1. HISTÓRIA ESTRANGEIRA

7.1.1.1. IDADE ANTIGA

I – A primeira manifestação, escrita, correspondente aos futuros Direitos Fundamentais, surge não no Ocidente, mas no Oriente, com o Código de Hamurabi (1780, a.C.)^{208 209}.

Código que é um dos primeiros instrumentos jurídicos escritos da Idade Antiga, destacando-se mesmo pela sua rigidez formal - porquanto redigido sobre pedra.

Não consagra o princípio da universalidade, nem menos ainda, o da igualdade, dado que a sociedade sumérica é dividida em classes rigidamente estratificadas: *Awilum* (homens livres, proprietários de terras, que não dependem do palácio ou do templo); *Muskenum* (estrato intermediário, composto por funcionários, que possuem algumas vantagens no uso de terras; e, sobretudo, *Wardum* (escravos, suscetíveis de compra e venda até ao momento em que adquiram a sua liberdade).

Reflete, ainda assim, uma nova preocupação de proporcionalidade, decorrente da afirmação, pela primeira vez num instrumento jurídico-normativo escrito, de um princípio de talião.

II – Todavia, os Direitos Fundamentais, são, essencialmente, uma criação do Ocidente²¹⁰.

Resultante, primeiro, dos contributos da Grécia clássica, de Roma e do Cristianismo, mais tarde, do Renascimento, do Direito Natural laicizado, do liberalismo, das Revoluções inglesas, americana e francesa, e, por fim, do socialismo, *maxime* da Revolução russa²¹¹.

²⁰⁸ No mesmo sentido, Barra, *Mecanismos...*, p. 199: “um dos primeiros textos sobre os Direitos do Homem em sentido abstrato”.

²⁰⁹ É ordenado elaborar por Hamurabi, sexto rei da Suméria (atual Iraque), e, supervenientemente, o fundador do Império Babilónico. Trata-se de um monumento monolítico, com 2,25 m de altura, 1,50 m de circunferência na parte superior e 1,90 m na base, talhado em rocha de diorito, sobre o qual se dispõem 46 colunas de escrita cuneiforme acádica, com 282 leis distribuídas por 3600 linhas. Durante as invasões da Babilónia (1200, A. C.) é colocado na cidade de Susa (Irão atual), e nesse local é descoberto, por uma expedição francesa (1901), tendo sido integralmente traduzido e encontrando-se, atualmente, no Museu do Louvre.

²¹⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 12: os Direitos Fundamentais “são uma criação da civilização ocidental”.

²¹¹ Em sentido distinto, Ascensão, *O ‘fundamento do Direito’...*, p. 17: “a civilização ocidental pode apontar na sua origem dois homens, como expoentes máximos: Sócrates e Cristo”.

7.1.1.1.1. GRÉCIA

I - A gênese ocidental dos Direitos Fundamentais ancora-se, em primeiro lugar, na reflexão grega do período clássico, designadamente, nas noções de dignidade humana e de autonomia individual²¹².

Mas, como é típico do mundo antigo, a Grécia revela-se uma sociedade holista²¹³, uma sociedade não atomista, na qual o todo se sobrepõe ao particular, na qual o grupo prefere sobre os indivíduos que o integram²¹⁴.

A liberdade configura-se não enquanto direito de participação - e, mais especificamente, de participação política - mas enquanto dever participativo²¹⁵, o que implica, na verdade, a inexistência de Direitos Fundamentais²¹⁶.

II – Acresce que, a Grécia não se revê, nem no universalismo, nem na universalidade.

Não é universalista, porque os direitos em exame se reduzem aos direitos dos gregos, e, porventura, apenas aos dos atenienses²¹⁷.

²¹² No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 13: “os valores da dignidade, da autonomia individual e da participação política (...) começaram a ser bebidos na cultura grega.

²¹³ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, pp. 72 e 62: “o contexto da filosofia antiga (...) releva globalmente do holismo (primado do todo)”; “as obrigações face ao todo aparecem em primeiro lugar (o dever a cumprir, a tarefa a executar): os direitos resultam (só e eventualmente) deles”.

²¹⁴ No mesmo sentido, Ascensão, *O ‘fundamento do Direito’...*, p. 17: “com linguagem moderna, diremos que todas as civilizações antigas foram totalitárias (...). A preservação do grupo era justificação autossuficiente (...). Havia homens, mas não havia sequer o termo correspondente a pessoa. Este só vai surgir por uma evolução de *persona*: digamos que, pela variação semântica de personagem. Através da personagem se chegará à pessoa”.

²¹⁵ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, pp. 1002 e 1003: “os direitos atribuídos ao indivíduo são fortemente funcionalizados no interesse da coletividade; e Haarscher, *op. cit.*, p. 59: “os gregos só concebem uma ‘boa vida’ (objetivo da filosofia moral) através da participação nos assuntos da cidade (...). Um grego será dito livre se, e somente se, não for governado por outro homem (...) se participar na deliberação e na própria ação política”.

²¹⁶ Em sentido próximo, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 33: “não se admite a existência de nenhum direito que não derive de situações objetivas estabelecidas pelo ordenamento jurídico da comunidade”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 16: “não dispunham de garantias de autonomia na sua vida privada, inseridos como estavam numa comunidade intensamente solidária na arte, na religião, nos jogos e nas discussões, em geral, em todos os aspetos da existência”.

²¹⁷ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, pp. 60 e 61: “não se trata de defender os direitos dos indivíduos como tais, mas, pelo contrário, de traçar uma fronteira muito clara, primeiro entre os Gregos e os Bárbaros”.

E não é universal, porque confere direitos a uma minoria²¹⁸ - mínima - de indivíduos, excluindo, parcialmente, os metecos²¹⁹ e, integralmente, as mulheres e os escravos²²⁰.

7.1.1.1.2. ROMA

I – Em Roma, sobretudo no período inicial da República, o modelo holístico permanece.

A liberdade assume clara natureza comunitarizada, perfilando-se, como verdadeira ameaça para a coesão grupal, encontrando-se, em rigor, concentrada no *paterfamilias*²²¹.

Logo, só muito mais tarde, no contexto autocrático do Império, se afirma uma maior relevância do próprio indivíduo, da respetiva vida, e da sua inerente liberdade pessoal²²².

II - No pensamento romano, em sede de - futuros - Direitos Fundamentais, destaca-se, essencialmente, o estoicismo.

Corrente filosófica que, encontrando origem na Grécia, com Cleantes de Assos e Crisipo de Solis, é, subsequentemente, trazida para Roma, por Diógenes da Babilónia, assumindo como expoentes máximos, Séneca, Epíteto, Lucano, o próprio Marco Aurélio e, sobretudo, Cícero.

III - O estoicismo implica uma rutura, evidente, com todo o pensamento grego clássico.

Em primeiro lugar, considerada a emergência de uma perspetiva humanista²²³, com a centragem no indivíduo, em detrimento da sociedade na qual o mesmo se inscreve.

²¹⁸ No direito grego, o adjetivo *eleutheros* e o substantivo que dele deriva descrevem (...) a posição do homem livre contraposta à do escravo”; assim, Ferrari, *op. cit.*, p. 1001.

²¹⁹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1002: “uma cidadania atenuada é reconhecida aos metecos, estrangeiros, de origem grega ou bárbara, mas residentes por longo tempo”.

²²⁰ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 380 e 381: “quando se põe a pergunta da existência da ideia de Direitos do Homem na Antiguidade, a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural”.

²²¹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1003: “*civitas* e *libertas* encontram-se, indissociavelmente, ligadas (...). A *libertas* é funcionalizada para a conservação da forma de Estado e de governo”.

²²² No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1004: “involução autocrática, favorecendo o empenhamento na vida privada (...), como alternativa à política e aos deveres políticos clássicos”.

²²³ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 81: “no estoicismo, o racionalismo, nascido com Sócrates e Platão, adquire traços (...) individualistas. É pela Razão (...) que o indivíduo (...) pode conhecer e seguir a Lei Natural”.

Em segundo lugar, atenta a manifesta superação da noção antiga de liberdade, com o inerente aparecimento de uma noção de liberdade moderna, ou, em rigor, de liberdade²²⁴.

Em terceiro lugar, com uma abordagem, agora, de carácter universalista, cosmopolita - dir-se-ia, globalizada - abordagem na qual o Homem substitui o anterior cidadão²²⁵.

Em quarto lugar, com a determinação das primeiras bases de um futuro Direito Natural²²⁶.

E de um Direito Natural laico, traduzindo apenas a existência de uma ordem racional, e não, necessariamente, divina, do universo.

Em quinto lugar, com a afirmação de uma igualdade natural entre os Homens, emergente dessa Razão comum²²⁷.

IV - O estoicismo não se afirma, originariamente, como filosofia jurídica, mas como filosofia moral, como um conjunto de regras de orientação do indivíduo em direção ao bem, ao justo, ao virtuoso.

Porém, com Cícero, inicia-se essa - longa e incerta - transição da Moral para o Direito.

Na verdade, este advoga que a natureza do Direito resulta da própria natureza humana, configurando uma designada lei eterna, gravada no coração dos Homens, conhecida por estes através da Razão, e posicionada num plano superior ao Direito Positivo^{228 229}.

²²⁴ No mesmo sentido, Haarscher *op. cit.*, p. 61: “a liberdade dos modernos é válida em direito para todos, e exerce-se na vida privada (os direitos políticos servem para melhor se proteger do Estado sujeitando-o ao controlo da sociedade)”; e Barra, *Mecanismos...*, p. 201: “a liberdade do Homem livre, que até então se confundia com o exercício dos direitos cívicos, transmuta-se, à falta de melhor, em liberdade interior”.

²²⁵ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 75 e 130: “o cosmopolitismo estóico introduz (...) um elemento absolutamente novo de universalidade radical: o homem é cidadão – ideal – do universo, o universal é (...) o seu local de pertença”. “O universalismo dos Direitos do Homem deve muito, primeiro ao cosmopolitismo estóico”

²²⁶ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 88: “afirmando a existência de uma natureza humana comum, lançam as bases para a construção de um Direito Natural universal, direito que é considerado superior aos diversos direitos positivos de cada Povo e cujo fundamento é a natureza do Homem”.

²²⁷ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 381: “no pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal”; e Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 88: “partindo do pressuposto de que todos os homens participam na Razão (*logos*), os estóicos deduziram a existência de uma igualdade natural entre todos os homens”.

²²⁸ Nesse sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 77.

²²⁹ Em Cícero, “a lei natural é o comando (moral) com origem na razão universal (*logos*), imutável, eterna e comum, mas que se manifesta na consciência do Homem (...). Isto significa que qualquer homem pode conhecer a lei natural, desde que siga as evidências da boa razão (*recta ratio*)”; assim, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 381; e, “a lei verdadeira é a razão coincidente com a natureza na qual todos participam (*ratio naturae quae est lex divina e humana*)”; assim, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 90.

V – Não obstante, em Roma, nesse Direito Positivo, subsiste o instituto da escravatura, contraditório com o Direito Natural e, necessariamente, com a própria ideia de liberdade. Apesar de, a escravatura não significar, em rigor, a coisificação, absoluta, do indivíduo²³⁰.

7.1.1.1.3. CRISTIANISMO

I - O cristianismo sinaliza, para os futuros Direitos Fundamentais, o reforço da componente universalista²³¹ e da dimensão igualitária²³², atenta a comum filiação dos homens num mesmo Deus.

E traduz, igualmente, uma forma de limitação do poder temporal²³³, bem como, em consequência, de uma embrionária afirmação de autonomia individual frente a esse poder.

II - Em contrapartida, na ótica histórica dos Direitos Fundamentais, o cristianismo reflete uma grave involução, considerada a perda da anterior laicidade de inspiração estóica²³⁴.

Assim, o Monarca é, agora, entendido como um vigário de Deus, como um seu delegado terreno, perante o qual responde, no termo do respetivo reinado, pelos atos praticados²³⁵.

²³⁰ No mesmo sentido, citando Justo, A. Santos, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 16: “o *status* jurídico do escravo no Direito Romano não era homogêneo, sendo considerados coisas (*res*), enquanto objeto de direitos patrimoniais do *dominus*, mas também homens (*homines*), capazes de agir, negociar e constituir relações familiares (embora em termos limitados) e até pessoas (*personae*), designadamente nas relações religiosas e funerárias”.

²³¹ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 130: “o universalismo dos Direitos do Homem deve muito (...) ao cristianismo (todos os homens são filhos de um mesmo Deus), ou seja (...) ao monoteísmo judaico (e essencialmente ao pensamento dos profetas)”.

²³² No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 30: “afirmação cristã da igualdade essencial de todos os homens ante Deus”.

²³³ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 94: “afirmando que todo o poder vem de Deus, estabelece um novo fundamento para o poder e estabelece limitações quanto aos fins do poder”.

²³⁴ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 17: “o Homem (...) participa no divino através da Razão, a qual, iluminada e completada pela Fé (*recta ratio*), lhe indica o caminho a seguir”.

²³⁵ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, pp. 325 e 326: “tem origem em S. Paulo a ideia de que o Rei é vigário de Deus”; “o princípio de que o Rei é vigário de Deus e desempenha o seu lugar na Terra, traz, entre nós, as seguintes limitações: - O Rei é obrigado a prosseguir os fins para que Deus lhe outorgou o poder (...); - Para isso deve atuar a exemplo do Senhor e não a seu belo prazer; - Da maneira como se desempenhou desses fins terá de dar contas a Deus”.

E o Direito Natural é visionado enquanto Direito, mas enquanto um Direito intrinsecamente, exclusivamente, divino²³⁶.

Mais: essa intervenção divina assume uma dupla vertente, de lei eterna e de lei natural²³⁷.

7.1.1.1.4. ÉDITO DE MILÃO

Entretanto, em Roma, quase no termo da Idade Antiga (313), desenha-se um importante antecedente escrito dos Direitos Fundamentais, embora assumindo objeto limitado.

O Édito de Milão - ou Édito da Tolerância - é emitido por Constantino, no Ocidente, e por Licínio, no Oriente, com o propósito de estabelecer a laicidade do Império Romano, colocando, dessa forma, um termo à perseguição do cristianismo e devolvendo aos cristãos os lugares de culto e as propriedades confiscadas.

Mais tarde, Licínio marcha contra Constantino e, para garantir a lealdade do respetivo exército, dispensa-o da observância deste Édito, permitindo-lhe a expulsão dos cristãos.

Mas, quando Constantino reganha, definitivamente, o controlo militar do Império, ordena a execução de Licínio, restabelecendo a vigência, agora plena, do Édito de Milão (324).

7.1.1.2. IDADE MÉDIA

7.1.1.2.1. IDEIAS POLÍTICAS

I - A Idade Média recorta-se, no que tange à construção dos Direitos Fundamentais, como período histórico menor.

²³⁶ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 58: “de acordo com o ensinamento do Doutor Angélico (Santo Agostinho), existem quatro espécies de leis - a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana”.

²³⁷ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 58: “a lei eterna é a própria razão de Deus, governadora e ordenadora de todas as coisas. Dela procedem a lei natural e a lei divina. A primeira definiu-a S. Tomás como uma participação da lei eterna na criatura racional que lhe permite distinguir o bom e o mau; como a impressão da luz divina no Homem. Também a lei divina é uma participação da lei eterna. Simplesmente, a lei divina, constituída pelo Velho e Novo testamento foi por Deus expressamente revelada para que o Homem pudesse sem vacilações nem dúvidas ordenar-se em relação ao seu fim sobrenatural, que é a bem-aventurança eterna”.

Assistindo-se apenas à consolidação²³⁸ do modelo do período anterior, *maxime*, no que concerne à fundamentação jusnaturalista religiosa do poder²³⁹ e do próprio indivíduo²⁴⁰.

Mais: o sistema político medieval assume origem, estruturalmente, consuetudinária, apresentando-se a sociedade, rigidamente, estratificada, e sendo negada aos indivíduos - por desnecessária - a titularidade de quaisquer posições subjetivas ativas²⁴¹.

II - Entre os filósofos, destaca-se, manifestamente, São Tomás de Aquino (1225-1274)²⁴².

Na sua obra *Summa Theologiae*, concebe a tripartição do Direito em *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, afirmando a necessária supremacia das duas primeiras sobre esta última²⁴³.

Mais: nesse contexto, admite a suscetibilidade de resistência individual, nos casos em que se verifique violação, muito grave, da lei natural pela lei positiva²⁴⁴.

Porém, o tomismo desconhece a noção de direitos subjetivos, e, por maioria de razão, de Direitos Fundamentais²⁴⁵, afirmando a mera existência de deveres individuais.

E, em rigor, de deveres individuais de índole moral, que não de deveres individuais de natureza jurídica²⁴⁶.

²³⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 17: “o Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média”.

²³⁹ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 324: “na Idade Média, a ideia básica é a de que todo o poder vem de Deus”.

²⁴⁰ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 61: “o Direito Natural medievo aparece hoje muitas vezes denominado de Direito Natural teológico”.

²⁴¹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1005: “a mobilidade social é nula ou mínima, também porque seria interpretada como inatural a alteração do equilíbrio tradicional”.

²⁴² No mesmo sentido, Chorão, *op. cit.*, p. 89: “a noção filosófica de pessoa deve muito, como é sabido, às pesquisas teológicas relativas aos mistérios cristãos da Trindade e da Encarnação em que se distinguiram, além de outros, Agostinho (354-430), Boécio (480-525) e Tomás de Aquino (1224-1274)”.

²⁴³ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 30: “do pensamento tomista desprende-se a exigência de submeter o Direito Positivo aos preceitos do Direito Natural, expressão da natureza racional humana”.

²⁴⁴ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 30: “o dever de obediência ao Direito Positivo pressuporá a sua conformidade com o Direito Natural, gerando-se, em caso de conflito, um direito de resistência frente ao arbítrio dos que governam”.

²⁴⁵ Em sentido próximo, Martinez, *As liberdades fundamentais...*, p. 47: “a preocupação de defesa das liberdades fundamentais levou até a filosofia medieval a admitir o direito à revolta e o tiranicídio. Mas o direito à revolta, reconhecido pelos canonistas, pode entender-se não como direito subjetivo, mas como meio objetivo de defesa da comunidade contra a tirania”.

²⁴⁶ Em sentido próximo, Homem, *op. cit.*, p. 75: “a estrutura deste pensamento jusnaturalista assenta (...) na primazia dos deveres sobre os direitos, portanto, da Moral sobre o Direito”.

III - O mesmo não acontece, em Inglaterra, escassos anos depois, com o franciscano Ockham (1285-1347), e a sua obra elementar - no domínio examinando - *Opus Nanaginta Dierum* (1328).

O autor é um dos principais expoentes - embora não o iniciador²⁴⁷ - do nominalismo, escola filosófica defensora de que os objetos da experiência se apresentam como simples *nomina*, não possuindo realidade extrínseca à própria linguagem que os descreve.

Sustenta, igualmente, que o próprio universal inexistente por si, que é apenas um nome dotado de significado geral, mas carente de qualquer conteúdo real, e, por consequência, que esse real é composto, é exclusivamente composto, pelos indivíduos.

Construção que implica uma recentragem, ao tempo desconhecida, de todo o discurso filosófico, nestes últimos.

IV - Ockham sobressaliente, do mesmo modo, o valor da liberdade individual, da suscetibilidade de escolha sem uma intervenção exterior²⁴⁸.

Da liberdade de um indivíduo que surge titular de *potestas*, de faculdades, de poderes²⁴⁹.

De uma liberdade que se afigura determinante, até, para a aceitação, ou para uma eventual não-aceitação, da inclinação de amar a Deus.

Ora, ao afastar a vontade individual da vontade divina, Ockham opera a superação do tradicional conceito de Direito Natural.

E mesmo se não nega a existência de Deus, nem recusa, tão-pouco, o Direito Natural²⁵⁰, apresenta-se, num dos virtuais sentidos deste termo, como um pré-positivista.

V - Ao surgimento da liberdade individual inere a necessidade de criação de mecanismos em ordem à respetiva defesa.

²⁴⁷ Os primeiros autores nominalistas são Roscelin de Compiègne e Abelardo (século XII). A controvérsia em torno da natureza das ideias inicia-se na sequência da redescoberta, parcial, do pensamento aristotélico, através da tradução e comentário de Boécio (século VI) ao *Isagoge* aristotélico de Porfírio (século III), no qual se encontra a discussão do estatuto ontológico dos universais, surgindo, a esse respeito, duas posições muito distintas, o realismo - de que o tomismo é uma das vertentes - e o nominalismo.

²⁴⁸ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 98: “enquanto a filosofia clássica tem como fundamento a ordem cósmica, a natureza das coisas, a filosofia de Ockham assenta no indivíduo”.

²⁴⁹ Em sentido próximo, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 97: “define o direito como o poder atribuído a cada um de reivindicar os bens do mundo exterior”.

²⁵⁰ No mesmo sentido, Mcgrade, *op. cit.*, p. 175: “conciliar a orientação externa do Direito Natural com a intencionalidade do indivíduo que Ockham enfatiza como sendo o único critério válido para a moral”.

Aqui, frente ao Pontificado e à sua pretensa - e frontalmente contestada - infalibilidade²⁵¹, mais tarde, frente a qualquer autoridade, face a qualquer outro poder.

Numa primeira formulação da moderna noção de Direito, de direito subjetivo²⁵² e, desse modo, numa primeira aproximação, ideológica, ao conceito de Direitos Fundamentais.

7.1.1.2.2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO: *MAGNA CHARTA LIBERTATUM*

I – Entretanto, é assinada a *Magna Charta Libertatum* (1215), documento que, em múltiplas das suas dimensões, se afirma como um texto constitucional quase-moderno²⁵³.

E que, dessarte, antecipa as - igualmente precoces - Revoluções Inglesas do século XVII, bem como as - muito mais tardias - Revoluções Americana e Francesa do século XVIII²⁵⁴.

II - A *Magna Charta Libertatum*, a novíssima Constituição Inglesa, ergue-se como o primeiro e, durante mais de quatro centúrias, singular²⁵⁵, texto de Direitos Fundamentais.

²⁵¹ “Embora, enquanto Deus, Cristo fosse senhor e juiz de tudo, tendo a omnímota plenitude de poder, contudo, enquanto homem passível e mortal, não teve uma plenitude nas coisas temporais a ponto de tudo poder [...] se, pois, Cristo quis abdicar da plenitude de poder durante o tempo que veio servir e não ser servido, segue-se que não concedeu a plenitude de poder a seu vigário, o Papa”; Ockham, *cit. in* Boehner, *op. cit.*, p. 59.

²⁵² Em sentido diverso, Villey, *op. cit.*, p. 287: “os direitos subjetivos dos indivíduos preencheram o vazio resultante da perda do Direito Natural. A ordem social aparece agora constituída, não por uma rede de proporções entre os objetos partilhados entre as pessoas, mas por um sistema, por um lado, de poderes subordinados uns aos outros e, por outro, de leis provenientes dos poderes”.

²⁵³ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1008: “a técnica é fortemente analítica, quer no elencar dos comportamentos e faculdades objeto de tutela, quer na individualização dos beneficiários, mas, a extraordinária modernidade do texto consiste na sua capacidade para se elevar acima das classes ou dos corpos locais e de imputar a tutela a todos os homens livres”.

²⁵⁴ Em sentido próximo, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 34: “decisivo papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, e valor de um símbolo no processo de positivação dos Direitos Fundamentais”.

²⁵⁵ Mesmo se são conhecidos alguns antecedentes, de menor relevância, quer fora de Inglaterra - como a *Carta Magna Leonesa* (1188), em Espanha, ou a *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* (1220) e o *Statutum in favore principum* (1232), no contexto do Sacro Império Romano-Germânico - quer, inclusive, em território inglês - designadamente, a *Charta* de Henrique I (1100), as *Charter of Stephen* (1135 e 1136), e as *Constitutions of Clarendon* (1164); assim, Ferrari, *op. cit.*, pp. 1006 e 1007; e Mendes, *Direitos, liberdades e garantias...*, p. 96.

De facto, nela é reconhecido um conjunto de posições jurídicas ativas, individuais, frente ao Rei, operando-se, dessa sorte, a limitação²⁵⁶ de um poder, até ao momento, absoluto²⁵⁷.

E se, em rigor, não é possível utilizar-se a locução Estado, existe já, certamente, Coroa²⁵⁸.

Do mesmo modo que existe, e num sentido agora mais próximo do hodierno, um Povo.

III - Em primeiro lugar, assume um âmbito nacional, não obstante o quadro pluralista medieval em que se inscreve - diferentemente dos forais e outros instrumentos similares²⁵⁹.

Prescrevendo que “a cidade de Londres gozará de todas as suas antigas liberdades e usos próprios, tanto por terra como por mar. Da mesma forma, desejamos e concedemos que as restantes cidades, burgos, povoações e portos, gozem de todas as suas liberdades e usos próprios” (art. 13º)²⁶⁰.

IV - Em segundo lugar, não se apresenta, tão-somente, como um instrumento de limitação do poder régio, mas, mais compreensivamente, como de reestruturação da organização do Reino de Inglaterra.

O que decorre, imediatamente, do Preâmbulo: “sabei todos que, perante Deus, para bem da nossa alma e das almas dos nossos antepassados e herdeiros, em louvor a Deus e para maior glória da Santa Igreja, e para melhor ordenação do nosso Reino” (parágrafo 2º).

²⁵⁶ Em sentido próximo, Silva, Susana Tavares da, *op. cit.*, p. 18: “o contributo inovador dos documentos pactícios do constitucionalismo medieval britânico para a emergência dos Direitos Fundamentais radica sobretudo na manifestação primitiva de uma “limitação do poder” revelado no “reconhecimento convencional de direitos a determinadas classes sociais”.

²⁵⁷ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 15: “nas vestes de garantias jurídicas concretas de limitação do poder, os precedentes mais claros dos direitos individuais de liberdade dirigidos contra o Estado”.

²⁵⁸ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 14: “no plano jurídico, não se pode falar em Direitos Fundamentais antes dos séculos XVI-XVII (...) porque, sem a prévia personalização do Estado não poderia ser concebida uma figura (...) que pressupunha precisamente um relacionamento entre duas entidades jurídicas: uma pessoa individual e o Estado”.

²⁵⁹ Em sentido oposto, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 33: “não faltam documentos nos quais o Monarca, cujo poder é teoricamente ilimitado, reconhece alguns limites ao seu exercício a favor da Igreja, dos senhores feudais, ou das comunidades locais”.

²⁶⁰ No mesmo sentido, Martinez, *As liberdades fundamentais...*, pp. 47 e 48: “a *Magna Charta* inglesa data de 1215 já se refere às antigas liberdades da cidade de Londres e de outras cidades”.

V - Em terceiro lugar, a *Magna Charta* afirma uma dimensão institucional e não meramente pessoal.

Desenha-se, certamente, como um texto pactício, como um acordo entre o Monarca - o Rei João Sem Terra – e membros de certos grupos sociais, concretamente, do alto clero e da alta nobreza.

Porém, nem vincula, exclusivamente, esse concreto Rei, nem adstringe, apenas, aqueles que, com ele, assinam o documento.

Ao invés, beneficia de confirmação, expressa, da parte de todos os Monarcas subsequentes, operando-se a conversão em Direito consuetudinário de natureza geral²⁶¹.

Em linha com o tradicional procedimento de criação normativa do sistema jurídico inglês.

Mais: semelhante pactismo desenha-se, inclusive, como antecedente efetivo - senão mesmo, como principal inspirador - de toda a posterior modelação contratualista liberal.

VI - Em quarto lugar, ostenta, em parte muito relevante do seu texto, um carácter geral e abstrato.

Efetivamente, apesar da forma de acordo, não se esgota, de nenhum modo, em meras prestações e contraprestações das partes, assumindo um verdadeiro sentido normativo²⁶².

Assim: “não lançaremos taxas militares ou tributos do nosso Reino sem o consentimento geral” (art. 12º).

E: “para obter o consentimento geral para o estabelecimento de um tributo (...), convocaremos individualmente e por carta os arcebispos, bispos, abades, duques e barões principais” (art. 14º).

Mais: “todos os direitos e liberdades que concedemos serão respeitados no nosso Reino nas nossas relações com os nossos súbditos. Que todos os homens do nosso Reino, sejam clérigos ou leigos, as respeitem de igual modo nas suas relações com os seus próprios vassallos” (art. 61º).

Por fim: “é nosso real desejo e nossa real ordem que (...) que todos os homens do nosso Reino tenham e respeitem todas essas liberdades, direitos e concessões legítima e

²⁶¹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1008: “confirmada, segundo o uso medieval, nos subsequentes cem anos, por exemplo, em 1265, por Henrique III, e em 1337, por Eduardo III”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 20: “confirmada pelo Rei Eduardo I (*Confirmatio Cartarum*, de 1297) e por outros reis, sucessivamente, transformando-se em uma ‘Lei Fundamental’ inglesa”.

²⁶² Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 20: “o Rei, a par de compromissos concretos, obrigava-se a respeitar para sempre um conjunto vasto de ‘direitos’ e ‘liberdades’, como os direitos à vida, à herança, à administração da justiça, garantias de processo criminal, liberdade de circulação e de comércio, etc.”

pacificamente, na sua totalidade, para si mesmos e para os seus herdeiros, em quaisquer assuntos e locais, e para sempre” (art. 63º).

VII - Em quinto lugar, atribuí direitos aos próprios indivíduos, e não aos grupos sociais - concretamente, clero a nobreza - nos quais aqueles se inscrevem²⁶³.

“A todos os homens livres do nosso Reino concedemos da mesma forma, por Nós e pelos nossos herdeiros para todo o sempre, todas as liberdades que a seguir se enunciam, para que as tenham e possuam de Nós e de nossos herdeiros para eles e para os seus” (art. 1º).

VIII - Em sexto lugar, a *Magna Charta* estende a universalidade em moldes, ao tempo, desconhecidos²⁶⁴.

Na realidade, os direitos previstos não são atribuídos, exclusivamente, aos membros da nobreza e do clero, mas, em rigor, a todos os homens livres.

Sendo certo, ademais, que a própria noção de homem livre conhece, supervenientemente, uma gradativa evolução e alargamento²⁶⁵.

“A todos os homens livres do nosso Reino concedemos da mesma forma (...) todas as liberdades que a seguir se enunciam, para que as tenham e possuam de Nós e de nossos herdeiros para eles e para os seus” (art. 1º).

Aliás, idêntica conceção de universalidade se observa, ainda, séculos mais tarde, aquando das Revoluções Inglesas, e, necessariamente, das Revoluções Americana e Francesa.

Com efeito, quer os liberais ingleses, quer os liberais americanos, quer os liberais franceses, pertencem a uma única classe social, a burguesia, com a inerente exclusão de todas as restantes - nomeadamente, no que concerne ao gozo dos seus direitos políticos²⁶⁶.

²⁶³ Em sentido oposto, Gouveia, *A afirmação...*, p. 57: “em matéria de Direitos Fundamentais, o pouco que pudesse existir com esse nome, era unicamente atribuído a grupos, como sucede ao observarmos o caso britânico, e sempre dentro de uma lógica coletiva, de proteção de classes sociais, nada disso se aproximando sequer dos verdadeiros direitos fundamentais da época contemporânea”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 382: “a finalidade da *Magna Carta* era (...) o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o Rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao Rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia”.

²⁶⁴ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 20: “o seu carácter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (direitos e regalias da nobreza, liberdades e prerrogativas da Igreja, liberdades e costumes municipais, direitos corporativos)”.

²⁶⁵ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 383: “embora este preceito (art. 39º) começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais - os cidadãos *optimo jure* - acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem livre se tornou extensivo a todos os ingleses”.

²⁶⁶ No mesmo sentido, Petris, *op. cit.*, p. 1801: “o Congresso dos Estados Unidos não constituiu ‘o povo’ dos Estados Unidos, mas uma sua mera representação semiótica”.

IX – Em sétimo lugar, carrega a positivação destes direitos superando, definitivamente, o anterior paradigma dos Direitos do Homem.

Logo, as realidades em exame abandonam o quadro estrito das ideias políticas, ou da pura filosofia política, para se converterem em direitos subjetivos e em direitos constitucionais²⁶⁷.

X – Em oitavo lugar, opera uma tipificação desses mesmos direitos, não se limitando à simples referência, ou a uma mera alusão, indeterminadas e inespecíficas.

Na verdade, se bem que embrionário, lacunoso, circunscrito, e tecnicamente imperfeito, nem por isso deixa de configurar, já, um designável catálogo de Direitos Fundamentais.

XI – Em nono lugar, recorta-se como um texto vinculativo, não como uma proclamação de direitos, nem, tão-pouco, como uma simples declaração de direitos.

Adstringindo o Monarca, face aos signatários e a todos os remanescentes destinatários do texto, e obrigando, também, esses signatários relativamente a terceiros não signatários.

Assim: “todos os direitos e liberdades que concedemos serão respeitados no nosso Reino nas nossas relações com os nossos súbditos. Que todos os homens do nosso Reino, sejam clérigos ou leigos, as respeitem de igual modo nas suas relações com os seus próprios vassallos” (art. 61º).

É, pois, *hard law*, não *soft law*.

XII - E, em décimo lugar, a *Magna Charta Libertatum* consagra, explicitamente, não apenas um mecanismo de tutela jurídica mas, inclusive, um mecanismo de tutela não-estadual, algures entre a tutela mista e a auto-tutela.

“Damos e concedemos aos barões a seguinte garantia: os barões elegerão vinte e cinco entre eles, para que conservem e façam cumprir, com todo o poder que tenham, a paz e as liberdades concedidas e confirmadas para eles pela presente Carta” (art. 61º).

²⁶⁷ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 73: “não se pode falar propriamente de Direitos Fundamentais até à Modernidade (...). Antes existia a ideia de dignidade, de liberdade ou de igualdade, que encontramos dispersas em autores clássicos como Platão, Aristóteles ou São Tomás, mas estas não se unificam nesse conceito”.

XIII – Na especialidade, o conteúdo jusfundamental mais saliente desta pré-Constituição inglesa esteia-se nas garantias pessoais e, sobretudo, nas do foro criminal e processual criminal²⁶⁸.

De onde: “nenhum homem livre poderá ser detido ou encarcerado, ou privado dos seus direitos ou dos seus bens, nem considerado fora da lei, nem desterrado ou privado da sua posição de qualquer outra forma, nem usaremos de força contra ele nem ordenaremos a outros que o faça, a não ser em virtude de sentença judicial dos seus pares e de acordo com a lei do Reino” (art. 39º).

E: “por falta simples, um homem livre será multado unicamente em proporção com a gravidade da infração e de modo proporcional por infrações mais graves, mas não de forma tão gravosa que o prive do seu meio de subsistência” (art. 20º).

7.1.1.3. IDADE MODERNA

Com a Modernidade afirma-se, inexoravelmente, uma novíssima concepção de Direito.

E, com semelhante concepção, surgem, agora na sua plenitude, os Direitos Fundamentais.

7.1.1.3.1. PRÉ-LIBERALISMO

7.1.1.3.1.1. RENASCIMENTO

O Renascimento é o contributo essencial - e radical - desta transição para a Modernidade.

Autonomizando o indivíduo face ao poder e atribuindo-lhe, agora, direitos subjetivos²⁶⁹.

²⁶⁸ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 492: “as origens do *due process of law* costumam reconduzir-se aos esquemas garantísticos da *Magna Carta*, designadamente ao artigo 39º deste documento”.

²⁶⁹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 89 e 90: “formar-se-á e consolidar-se-á a ideia de direito subjetivo”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 17: “o pensamento humanista da modernidade cristã não é ainda capaz de gerar a ideia de Direitos Humanos Fundamentais no sentido atual (...). O indivíduo é apenas o beneficiário dessa ordenação, não é ainda o verdadeiro sujeito de direitos públicos - os Direitos do Homem não são, em todo o seu alcance, direitos subjetivos”.

7.1.1.3.1.2. JUSRACIONALISMO

I – Um dos aspetos estruturantes desse Renascimento prende-se com a superação de um anterior jusnaturalismo de fundamentação divina.

Num primeiro momento, por um jusracionalismo, ainda religioso, mas de matriz racional.

Num segundo movimento, por um jusracionalismo de filiação, essencialmente, laica²⁷⁰.

E, finalmente, por ancoragens exclusivamente laicas, de jaez pactista, ou contratualista²⁷¹.

II – Assim, a Escola do Direito Natural centra esse jusnaturalismo na própria pessoa²⁷².

Procedendo, em simultâneo, à separação entre a ordem Moral e o Direito Natural²⁷³, afirmando a plena juridicidade deste último ou, outrossim, a respetiva prescristividade²⁷⁴.

E distinguindo-o do Direito positivo, exclusivamente, pela sua diferente origem, o Direito Natural brotando da Razão, e esse Direito Positivo encontrando como fonte o poder²⁷⁵.

²⁷⁰ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 61: “o Direito Natural da Idade Moderna, a que se dá, de hábito, o nome de profano (...) ou laico” (...), visto que não é preciso recorrer a Deus para fundamentar a sua validade”.

²⁷¹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 92: “na origem do poder estamos ante a substituição das explicações carismáticas, baseadas na origem divina do Poder e das tradicionais ou históricas baseadas na permanência de uma dinastia, por justificações pactistas ou contratualistas”.

²⁷² No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 91: “uma diferente abordagem da dignidade da pessoa humana, agora derivada da própria condição de pessoa”.

²⁷³ No mesmo sentido, Homem, *op. cit.*, p. 77: “momento decisivo na transformação da ciência do Direito na Idade Moderna é aquele em que se opera a transformação do objeto da filosofia moral, dos deveres e obrigações morais, em direitos e faculdades individuais que resultam do estado de natureza do homem, isto é, dos direitos naturais”.

²⁷⁴ No mesmo sentido, Homem, *op. cit.*, p. 74: “para estes autores, o Direito Natural não é apenas uma ideia ou um conjunto de princípios abstratos. É, pelo contrário, um corpo de princípios e de regras. Frequentemente fundado no Direito Romano e no Direito Canónico, que aqueles mestres identificavam como base de uma ordem vinculativa dos Povos e dos Estados”.

²⁷⁵ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 26; “o que distingue rigorosamente o Direito Natural do Direito Positivo é que este último é o produto de uma vontade (a do poder) (...), enquanto o primeiro é a expressão da Razão”.

III – Para Suárez (1548-1617), o Direito Natural apresenta, ainda, gênese divina, porquanto, se é conhecido através da Razão humana, a Razão é criada, igualmente, por Deus²⁷⁶.

Conformando-se, assim, como um jusracionalismo intrinsecamente religioso, e não laico.

Mais: no seu pensamento, como tradicionalmente, observam-se apenas deveres, e não, ainda, direitos - ou, menos ainda, Direitos Fundamentais.

IV - Com Grócio (1583-1645) surge, finalmente, esse jusracionalismo de natureza laica.

Efetivamente, sem recusar a existência de Deus, não faz, porém, depender de semelhante existência o Direito Natural²⁷⁷.

Pelo contrário, ancora o Direito Natural na própria Razão, independentemente da respectiva origem²⁷⁸.

7.1.1.3.1.3. CONTRATUALISMO

I - Posteriormente, sedimenta-se o contratualismo, pactismo, ou doutrina do pacto social.

Que assume por pressuposto - naturalmente, ficcionado²⁷⁹ - um estado original de natureza e a ausência nele de qualquer autoridade política

E que sustenta que é a necessidade de proteção dos seus direitos a bens jurídicos essenciais que conduz a generalidade dos indivíduos que o integram a um acordo no sentido da existência de um governo comum.

²⁷⁶ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 103: “as normas divinas não são conhecidas pela revelação mas pela Razão que Deus colocou no homem desde a sua criação e que faz parte da natureza humana. A legislação divina está inscrita na Razão do homem”.

²⁷⁷ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.* p. 97: “a evidência do Direito Natural surge totalmente emancipada de toda a crença, pois que se diz que ela subsistiria mesmo no caso da não existência de Deus, ou, o que é o mesmo, que ela se assemelha às evidências próprias das matemáticas”.

²⁷⁸ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 110: “Grócio tentou fundar diretamente (...) o direito sobre a regra da razão, quer dizer, sobre a regra moral que se torna última fonte do sistema racionalista”.

²⁷⁹ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 124: “o estado de natureza e o contrato social nunca existiram como tais (a situação dos Estados Unidos na época da sua criação representa o que existe de mais próximo de uma atualização de essas duas noções)”.

II - De Mariana (1535-1624) apresenta-se como um precursor - ou mesmo, como o precursor dos precursores - do contratualismo.

Advogando, inclusive, que o contrato social assume como fim específico não, ou não diretamente, a defesa da própria liberdade, ou da própria segurança, mas sim, essencialmente, a defesa da propriedade.

Mais: em *De rege et regis institutione* (1598), admite o tiranicídio, sempre que o Monarca, sem consentimento da comunidade, proceda à criação de impostos, confisque a propriedade individual, ou, noutra plano, proíba a reunião de um Parlamento livremente eleito.

III - Sem embargo, é com o iluminismo e, sobretudo, com o liberalismo²⁸⁰, que essa doutrina conhece o respetivo apogeu.

O iluminismo - ou ilustração - é o movimento de uma alargada elite intelectual europeia que procura mobilizar o poder da Razão e, simultaneamente, combater o Estado absoluto.

Como seus primeiros ideólogos perfilam-se Locke (1632-1704), Spinoza (1632-1677) e Bayle (1647-1706).

Culminando na *Encyclopédie* (1751-1772), editada por Diderot (1713-1784), com contribuições de centenas de filósofos, como Montesquieu (1689-1755), ou Voltaire (1694-1778).

7.1.1.3.1.4. ÉDITO DE NANTES

Entretanto, mais de um milénio após o Édito de Milão, a questão religiosa é, de novo, objeto de ordenação escrita²⁸¹.

O Édito de Nantes (1598) - ou Édito da Pacificação - assinado pelo Rei da França, Henrique IV, prescreve que, embora a confissão católica subsista como religião oficial do Estado, a minoria calvinista passa a deter a liberdade de praticar o seu próprio culto.

²⁸⁰ “O Professor Gomes da Silva tem como duvidoso, face à ideia comum das épocas iluminista e liberal, de direitos naturais do indivíduo, que elas constituam dois períodos verdadeiramente autónomos”; assim, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 24.

²⁸¹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 93: “as primeiras manifestações históricas dos Direitos Fundamentais como filosofia (...) alcançarão uma plasmação positiva no Édito de Nantes, em França, nos finais do século XVI”.

7.1.1.3.2. LIBERALISMO

7.1.1.3.2.1. IDEIAS POLÍTICAS

O liberalismo não significa uma mera evolução na continuidade do pensamento ocidental.

O liberalismo conforma, antes, uma verdadeira revolução jurídico-política, consubstanciada na emancipação, na emancipação plena, do indivíduo²⁸² frente ao poder.

Mais: uma definitiva supremacia dessa esfera individual face a semelhante poder²⁸³.

A centralidade é, agora, o indivíduo, não mais o Estado, nem, sequer, a sociedade civil²⁸⁴.

De onde, a afirmação de inequívocos direitos subjetivos públicos, de efetivos Direitos Fundamentais e, apenas secundariamente, de deveres subjetivos, de Deveres Fundamentais²⁸⁵.

7.1.1.3.2.1.1. LOCKE

I – O liberalismo é, no conspecto das ideias políticas, seminalmente, Locke (1632-1704).

Sem embargo, é um liberalismo que coexiste com o - entretanto surgido - jusracionalismo.

De facto, para o autor, a liberdade humana encontra o respetivo fundamento não apenas na Razão, mas numa Razão que assume, ainda, um específico carácter divino²⁸⁶.

²⁸² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 51: “o liberalismo pressupõe o indivíduo como ponto de partida. Por isso, explica contratualmente a sociedade e o Estado”.

²⁸³ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.* p. 44: “sistema de valores fundamentalmente individualista”.

²⁸⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 18: “primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais”.

²⁸⁵ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 122: “no que diz respeito aos indivíduos, vêm primeiro os direitos e depois os deveres; no que respeita ao Estado, vêm primeiro os deveres e depois os direitos”.

²⁸⁶ Locke, *op. cit.*, p. 80: “a lei que governou Adão foi a mesma que governou toda a posteridade, a lei da Razão”.

II - Em Locke, a origem da sociedade centra-se na família, na relação conjugal e na sequente relação paternal-filial²⁸⁷.

Trata-se, assim, de uma sociedade espontânea, conformando um designado estado de natureza²⁸⁸, rigorosamente igualitário, sem poder político ou subordinação individual²⁸⁹.

A sua superação e a emersão de um estado contratualizado, decorrem, essencialmente, de exigências de segurança²⁹⁰, sentidas, quer pelo indivíduo, quer pela respetiva família²⁹¹.

A tal segurança corresponde, por seu turno, a expressa renúncia a uma parte da liberdade.

Renúncia essa que, para além de consentida²⁹², deve apresentar-se tão circunscrita quanto necessário, recortando-se o correspondente Estado tão minimalista quanto possível²⁹³.

²⁸⁷ Locke, *op. cit.*, p. 99: “a primeira sociedade foi aquela que se estabeleceu entre marido e mulher, a qual, por sua vez, deu origem à de pais e filhos”.

²⁸⁸ Locke, *op. cit.*, pp. 35 e 51: “temos de considerar aquela condição em que todos os homens naturalmente se encontram. E que é um estado de liberdade perfeita de ordenarem as suas ações e disporem como entenderem, seja das suas propriedades, seja das suas pessoas, sem necessitarem da permissão ou dependerem da vontade de qualquer outro homem, dentro dos limites da lei da natureza”; “a liberdade natural de um homem consiste em não estar submetido, na terra, à vontade ou à autoridade legislativa de outros homens, não seguindo outra regra para além daquela que lhe prescreve a lei da natureza”.

²⁸⁹ Locke, *op. cit.*, p. 35: “um estado de igualdade. Nele, todo o poder e toda a jurisdição são recíprocos, e nenhum homem os possui mais do que os outros. Pelo facto de todas as criaturas de uma mesma espécie e estatuto gozarem instintivamente das mesmas vantagens da natureza e das mesmas faculdades, todas são iguais, umas entre as demais, e nenhuma delas se encontra numa posição de subordinação ou de sujeição em relação a quem quer que seja”.

²⁹⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 53: a segurança “constitui o pressuposto da liberdade (...). A segurança pública constitui uma (e a principal, embora não a única) prestação que se exige do Estado”.

²⁹¹ Locke, *op. cit.*, pp. 143 e 230: “se no estado de natureza o homem é tão livre como se afirmou (...) então por que razão renunciará à sua liberdade? Por que razão cederá o seu império e se submeterá ao domínio e ao controlo de outro poder qualquer? A resposta a estas questões é óbvia. No estado de natureza o homem possui, de facto, um tal direito, contudo o seu exercício é extremamente incerto, uma vez que está constantemente exposto à invasão dos outros. Todos são reis, tanto quanto ele, e cada homem é o seu igual. Ora, a verdade é que, na sua maioria, os homens não são exatamente cumpridores escrupulosos da equidade e da justiça”. “A razão pela qual os homens se reúnem em sociedades, não é outra, senão, a preservação das suas propriedades”.

²⁹² Locke, *op. cit.*, p. 51: “a liberdade de um homem em sociedade decorre, em primeiro lugar, da condição de não se encontrar sujeito a qualquer outro poder legislativo, para além daquele que tenha sido estabelecido na comunidade com o seu consentimento e, em segundo lugar, da condição de não se encontrar sob o domínio de qualquer outra vontade ou lei, a não ser daquelas que vierem a ser adotadas pelo poder legislativo por ele estabelecido e de acordo com a confiança que lhe foi atribuída”.

²⁹³ No mesmo sentido, Velarde, *op. cit.*, p. 36: “a liberdade como bem básico a proteger. Só pode ser limitada em razão da organização necessária na ordem social, que há-se ser (...) a mínima indispensável”; “a autoridade deve justificar cada uma das suas ações quando limitam a liberdade individual”.

Mais: admite-se uma denúncia desta contratualidade, por via do direito de resistência²⁹⁴.

Embora apenas em circunstancialismos excepcionais, quando o poder político incumpra os seus compromissos de Direito Natural, quando incumpra o contrato de cidadania^{295 296}, quando ocorra - na sua terminologia - uma dissolução do governo²⁹⁷.

III - O liberalismo, em Locke, configura indeclinavelmente, uma sociedade de direitos, uma sociedade de Direitos Fundamentais.

Pressupõe, sobremaneira, a liberdade individual, uma liberdade individual face ao Poder.

Porém, uma liberdade individual indissociável, igualmente, da propriedade individual²⁹⁸.

Uma sociedade de homens livres é, necessariamente, uma sociedade de proprietários²⁹⁹.

IV - Apesar disso, nem a referida liberdade, nem a inerente propriedade, são absolutas.

²⁹⁴ No mesmo sentido, Homem, *op. cit.*, p. 79: “a teorização do direito de resistência é uma das chaves para compreender o processo de afirmação dos Direitos do Homem”.

²⁹⁵ Locke, *op. cit.*, pp. 231 e 230: “os legisladores que tentarem violar ou assenhorar-se da propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, estarão a colocar-se num estado de guerra perante toda a comunidade. E, numa tal circunstância, o povo fica dispensado de qualquer dever de obediência, restando-lhe o refúgio comum que Deus concedeu a todos os homens contra a força e a violência”. Mais: “o povo não só tem o direito de escapar à tirania, como tem, também, o direito de a impedir”.

²⁹⁶ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 92: “pode gerar um direito dos membros da sociedade derivado do pacto de revogar esse poder, com o que configura então um direito de resistência frente à opressão”; e Haarscher, *op. cit.*, pp. 24 e 25: “não é necessário perguntar se os indivíduos têm o direito de se revoltarem contra uma autoridade tirânica, pois foi esta última a primeira a revoltar-se contra a ordem instituída pelo contrato”.

²⁹⁷ Locke, *op. cit.*, pp. 224 e 237: “sempre que qualquer homem, ou grupo de homens, se propuser legislar, sem ter sido encarregado dessa tarefa pelo povo, as leis que adoptar carecerão de autoridade, e por isso o povo não terá nenhuma obrigação de lhes obedecer. Numa tal circunstância permanecerá livre de qualquer sujeição. Por isso mesmo (...) terá plena liberdade de resistir à força de todos aqueles que, sem qualquer autoridade, lhes pretenderem impôr o que quer que seja”. “A verdade é que, nestas circunstâncias, os danos resultantes da resistência ao invasor de modo algum poderão ser imputados àquele que defende os seus direitos”. “O covil de Polifeno oferecer-nos-ia um modelo perfeito desse tipo de paz e desse tipo de governo, se a Ulisses e aos seus companheiros mais não restasse do que resignarem-se a ser devorados”.

²⁹⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 52: “mais do que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objetiva e uma garantia da liberdade”.

²⁹⁹ No mesmo sentido, Barreto, *op. cit.*, p. 6: “para Locke (...) o cerne dos direitos civis e políticos encontrava-se no direito de propriedade, que iria sedimentar, proteger e assegurar o produto do exercício da autonomia, da liberdade e do trabalho humano”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 384: “esta conceção do individualismo possessivo influenciará (...) a teoria liberal dos Direitos Fundamentais, que os considerará sempre como direitos de defesa do cidadão perante o Estado”.

Especificamente, em consequência da designada condição *lockeana* (*lockean proviso*)³⁰⁰.

Refletida na ideia de que, no limite dos limites, no limiar da subsistência, se perfila sempre um dever de auxílio daquele que não detém quaisquer recursos alternativos³⁰¹.

Mesmo se um tal dever assume, em rigor, não o carácter de um verdadeiro dever jurídico, mas, tão-somente, o sentido de um dever de natureza moral - de um dever de caridade³⁰².

7.1.1.3.2.1.2. KANT

Numa linha filosófica, continuada, de liberdade e de autonomia individuais³⁰³, destaca-se Kant (1724-1804).

O principal contributo do autor traduz-se, aqui, no desenvolvimento do jusracionalismo.

De um lado, enquanto racionalização da própria Razão, com a sua ancoragem em princípios apriorísticos³⁰⁴.

De outro lado, enquanto recentragem na pessoa humana³⁰⁵ e, sobretudo, na dignidade que lhe é, eminentemente, conexa³⁰⁶.

³⁰⁰ No mesmo sentido, Waldron, *op. cit.*, p. 89: “para Locke a aquisição de propriedade não é incondicional. A apropriação pelo trabalho é admissível até onde é suficiente o deixado em comum para os outros. Isto é, tradicionalmente, designado por (...) condição lokeana (*lockean proviso*)”.

³⁰¹ No *First Treatise* - e não no *Second Treatise* - “Locke insiste que alguém em necessidade desesperada pode esperar que alguém o ajude, porquanto não possui meios para subsistir de outra forma”; assim, Waldron, *op. cit.*, p. 89.

³⁰² No mesmo sentido, Waldron, *op. cit.*, p. 91: “os pobres deveriam estar gratos pela caridade, mas não poderiam exigi-la”.

³⁰³ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 32: “para Kant todos os direitos naturais se compreendem no direito à liberdade, enquanto esta possa coexistir com a liberdade dos demais, segundo uma lei universal”.

³⁰⁴ No mesmo sentido, Ascensão, *O 'fundamento do Direito'...*, p. 21: “a sua filosofia crítica lança um véu de dúvida sobre a “razão pura” e as possibilidades de esta apreender a realidade. Todo o passado é deste modo posto entre parênteses, fazendo entrar a filosofia numa crise que se prolonga até aos nossos dias”; e Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 32: “culminação de um processo teórico dirigido a depurar as doutrinas jusnaturalistas de elementos empíricos e pseudo-históricos, ao fundar o Direito Natural exclusivamente sobre princípios *a priori* enquanto exigências absolutas da razão prática”.

³⁰⁵ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 91: “momento de charneira para a devolução da autonomia à dignidade humana”.

³⁰⁶ No mesmo sentido, Ascensão, *O 'fundamento do Direito'...*, p. 21: “colocava algo ao abrigo da sua própria crítica: a pessoa, que lhe aparecia como um dado irrecusável. Aprofunda, por isso, a noção de pessoa, lançando então a contraposição que ficou célebre: as coisas têm preço, mas a pessoa tem dignidade. Nasce daqui a referência generalizada à dignidade da pessoa”.

Ao afirmar que esse ser humano e, em geral, todo o ser racional, existe como um fim em si próprio, nunca como um instrumento, nunca como um meio, do Estado, ou de terceiros.

7.1.1.3.2.2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO: REVOLUÇÕES LIBERAIS

I - O exposto ideário constitui o substrato elementar das Revoluções Liberais, inglesas, americana e francesa³⁰⁷.

Mesmo se estas assumem características muito distintas entre si - quando não opostas³⁰⁸.

A esse ideário se agrega, entretanto, necessariamente, a ideia de Estado de Direito³⁰⁹, instrumento jurídico-político sem o qual, perante a ausência de limitação do poder pelo mesmo propiciada, os Direitos Fundamentais se reduzem a meros Direitos do Homem³¹⁰.

II – As Revoluções Liberais consubstanciam, assim, a primeira fase da positivação dos anteriores Direitos do Homem, com a respetiva conversão em Direitos Fundamentais³¹¹.

³⁰⁷ No mesmo sentido, Haberle, *Novos horizontes...*, p. 53: “John Locke, pai do Estado Constitucional”.

³⁰⁸ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 95: “desde o século XVII pode falar-se num modelo inglês e desde o século XVIII de modelos americano e francês”; e Van der Elst, *cit. in* Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 108: “o nível proclamatório, o nível da positivação e o nível da jurisdicionalização”.

³⁰⁹ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 19: “estreito nexo de interdependência genética e funcional entre o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais, já que o Estado de Direito exige e implica, para o ser, garantir os Direitos Fundamentais, enquanto estes implicam, para a sua realização, o Estado de Direito”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 43: “desde os fins do século XVIII, a ideia de Constituição e a ideia de Direitos Fundamentais representam irradiações de um mesmo propósito filosófico-jurídico: o estabelecimento de limites normativos ao poder estadual como modo de preservar a liberdade individual”.

³¹⁰ Em sentido diverso, Martinez, *As liberdades fundamentais...*, p. 49: “nem a noção de liberdades políticas, nem a ideia do seu respeito efetivo constituem inovações trazidas pelos doutrinadores que prepararam as Revoluções Inglesas do século XVII e a Revolução Francesa. Mas talvez (...) se nos deparem elementos novos a introduzir no respetivo conceito. E esses elementos novos respeitam ao subjetivismo das liberdades, que deixam de radicar-se na pura objetividade da lei natural para assentarem numa atitude individual dos governados perante os governantes; e respeitam também os meios de assegurar o respeito das liberdades”.

³¹¹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 377: “sem essa positivação jurídica os Direitos do Homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 109: “sem a positivação os direitos não se completam, são apenas ideias morais, valores”.

Ocorrendo o segundo momento dessa fenomenologia, no âmbito internacional, quase três séculos mais tarde, após o término da II Guerra Mundial, com os Direitos Humanos³¹².

A examinada positivação implica, de um lado, a redução a escrito dos Direitos Naturais e, de outro, a sua inserção num texto de valor constitucional, a sua constitucionalização³¹³.

Mais tipicamente, numa Constituição formal e, mais frequentemente, numa Constituição formal e, em simultaneidade, numa Constituição rígida.

No período inicial, positivação significa, tão-só, uma declaração de Direitos do Homem preexistentes.

Contudo, mais tarde, pode significar, ainda - mitigadamente - a criação, *ex novo*, de direitos, sem origem num prévio Direito Natural³¹⁴.

III – As Revoluções Liberais, consubstanciam, igualmente, uma tipificação dos Direitos Fundamentais.

Exigindo a identificação, diferenciada, especificada, e razoavelmente determinada, desses direitos.

E não uma mera alusão, e não, apenas, cláusulas genéricas, ou conceitos indeterminados.

Mormente, por razões de determinabilidade, prescritividade, vinculatividade, incondicionalidade e justicialidade, mas, não menos, por certo, de segurança jurídica³¹⁵.

Numa perspetiva técnica, essas tipologias podem organizar-se, ou não, em catálogos³¹⁶.

³¹² No mesmo sentido, Gouveia, *A afirmação...*, p. 62: “aceleração da consagração dos Direitos Fundamentais já conhecidos dos Estados mais evoluídos, que primeiro os exteriorizaram, para os instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos”.

³¹³ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 378: “significa a incorporação de direitos subjetivos do Homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos Direitos Fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos”.

³¹⁴ No mesmo sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, pp. 53 e 54: “para os Direitos Fundamentais naturais a sua positivação é meramente declarativa, esses direitos já existem antes do Estado os reconhecer e no caso de serem desrespeitados obrigam ao afastamento das normas ou princípios implicados por ilegitimidade (...). Para os Direitos Fundamentais criados livremente pelo legislador constitucional, a sua positivação, diferentemente, é já constitutiva, sem a qual esses direitos nunca lograriam obter eficácia vinculante”.

³¹⁵ Em sentido próximo, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 60 e 61: “mais um valioso trunfo a jogar nas garantias propiciadas desde o constitucionalismo (...). A opção pela tipificação representa mais uma batalha vitoriosa no combate ao formalismo e ao arbítrio do poder”.

³¹⁶ No mesmo sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 63: “as tipologias em que não é possível localizar um mas dois ou vários critérios de tipificação, apesar de concretizarem o mesmo conceito

IV – As Revoluções Liberais, nos modelos anglo-saxónicos, traduzem, cumulativamente, justicialização, suscetibilidade de exigência, jurisdicional, dos Direitos Fundamentais.

Noutros modelos, como, emblematicamente, o francês, a positivação e a tipificação ocorrem, mas inexistente semelhante justicialização, numa escolha que, embora permita superar um enfoque meramente proclamatório, se apresenta muito insatisfatória.

V – As implicações decorrentes da positivação, tipificação ou justicialização, geradas pelo surgimento dos Direitos Fundamentais, não se perfilam incompatíveis com a ancoragem escatológica dos mesmos - ou da sua generalidade - num anterior Direito Natural³¹⁷.

Ao positivarem-se, ao tipificarem-se, ao justicializarem-se, os anteriores Direitos do Homem, preservando embora o essencial da sua materialidade, convertem-se, formalmente, em direitos positivos, típicos e justiciáveis, em Direitos Fundamentais³¹⁸.

Assim, o que deve impugnar-se é, tão-só, uma virtual negação do Direito Natural pelo Direito Positivo, ou, sobretudo, a ocorrência de grave desconformidade entre ambos³¹⁹.

Efetivamente, se a Razão deve prevalecer sobre a desrazão, ou, no limite, sobre a não-razão, o Direito Natural deverá, sempre, preferir sobre qualquer Direito Positivo³²⁰.

abstrato, designam-se por catálogos, conjuntos não ordenados rigorosamente, em que se nota, normalmente, a prevalência ou a hegemonia de um desses critérios”.

³¹⁷ Muitos jusnaturalistas viram nos Direitos Humanos modernismo excessivo e traição à linguagem e à metodologia do Direito Natural, além de uma defesa de causas políticas demasiadamente progressistas, e os defensores dos Direitos Humanos devolvem a desconfiança e o anátema, considerando caduca a perspectiva jusnaturalista (...), a sua metodologia e vocabulário inadaptados e o seu comprometimento com regimes autoritários”; assim, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 64.

³¹⁸ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 105: “é evidente que se trata de uma contradição difícil de ultrapassar, teoricamente, a defesa, ao mesmo tempo, de direitos naturais e a sua positivação”

³¹⁹ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, p. 1030: “fundamento jus-racionalista, já que o Estado deveria apenas declarar, e não criar, tais direitos, estes se apresentando, por um lado, como o produto da natureza humana, descoberta pela razão racionante, com base nas concepções contratualistas então triunfantes”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 31: “moralidade e (...) moralidade legalizada formam o âmbito de estudo necessário à compreensão dos Direitos Fundamentais”.

³²⁰ Em sentido diverso, Homem, *op. cit.*, p. 87: “à medida que as leis dos Estados liberais realizam as aspirações burguesas, fica cada vez mais nítida a questão cultural do século XIX: o jusnaturalismo aparecia, sobretudo, invocado pelas concepções políticas anti-liberais, reacionárias e anti-revolucionárias”.

7.1.1.3.2.2.1. REVOLUÇÕES INGLESAS

I - Com as Revoluções Inglesas do século XVII, que encontram os principais marcos a Revolução Puritana (1640) e a Revolução Gloriosa (1688-1689), ocorrem, definitivamente, a positivação, a tipificação e a jurisdicionalização dos Direitos Fundamentais.

Num quadro, aliás, de metamorfose da integralidade do próprio Direito Constitucional³²¹.

Sem prejuízo de uma linha de continuidade, manifesta, com um procedimento jurídico-político inaugurado quatro séculos e meio antes³²².

Mais especificamente, através dos textos normativos, de matriz constitucional e jusfundamental, *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (de 1679) e, sobretudo, *Bill of Rights* (1689)³²³, aos quais se agrega - em plano algo distinto - o *Riot Act* (1714).

II - Os Direitos Fundamentais ingleses assumem, enquanto destinatários, diretos e imediatos, os próprios ingleses.

Tornando-se indispensável compreender - e aceitar - a incompatibilidade, profunda, entre o empirismo ou pragmatismo ingleses, e as generalizações ou abstrações continentais³²⁴.

Este conjunto de textos não detém, pois, nem pretende deter, uma natureza universalista.

³²¹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1011: “a positivação dos direitos subjetivos, a sua articulação enquanto categoria, e, mais ainda, a sua centralidade na configuração da forma institucional, numa palavra, a conceção liberal da liberdade e a sua capacidade para servir de limites aos poderes públicos, emergem, simultaneamente, no contexto inglês dos Seiscentos”.

³²² No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 95 e 96: “o modelo inglês está vinculado à história e arranca de uma evolução do constitucionalismo medieval e do velho e bom direito dos ingleses (...); direitos dos ingleses, que arrancam dos velhos privilégios medievais, a partir da *Magna Carta* em diante, através de uma dupla ação parlamentar e judicial”.

³²³ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 34: “o artigo 39º da *Magna Carta* (...), seria, quatro séculos mais tarde, o ponto de partida da *Petition of Rights*, de 1628, e também do *Habeas Corpus Act* de 1679 (...). Dez anos depois o *Bill of Rights* (...) encerra este ciclo de documentos ingleses de positivação que arranca com a *Magna Carta*”.

³²⁴ No mesmo sentido, Caetano, *Manual...*, p. 268: o *Bill of Rights* “não tem fundamento filosófico, nem ambiciona validade universal, é um ato relativo às relações entre o Povo britânico e a Coroa, visando a reivindicação de certas liberdades para os ingleses, concebidas ainda à maneira antiga, isto é, como simples proteção dos indivíduos contra o arbítrio do Monarca, mediante a formulação de direitos e de deveres recíprocos, em normas gerais e impessoais contidas numa Carta”; e Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 120: “o *Bill of Rights*, apesar de proteger direitos subjetivos individuais contra o poder do Estado, não concebe esses direitos como direitos naturais dos indivíduos, mas como direitos dos ingleses”. Ou seja, o *Bill of Rights* pretendia apenas proteger os direitos e liberdades dos cidadãos ingleses numa certa época”.

Mais: nem deveriam, nunca, assumi-la, porquanto a noção de Direitos Fundamentais corresponde ao Direito Constitucional, não ao Direito Internacional, não aos Direitos Humanos³²⁵.

Numa ótica jusfundamental adequada, o exigível é a universalidade, não o universalismo.

III - Os textos constitucionais ingleses significam, de imediato, a positivação e a tipificação dos Direitos Fundamentais.

Mas traduzem, ainda, a justicialização dos mesmos - sem a qual semelhantes progressos se revelam estéreis.

O único entorse relevante é o constituído pela negação, eventual, da liberdade religiosa.

De um lado, porque o Chefe de Estado inglês é, também, o Chefe da Igreja de Inglaterra.

E, de outro, porque se assiste, em território inglês, até a um momento tardio, à discriminação e, inclusive, a uma perseguição violenta, dos indivíduos de fé católica³²⁶.

IV - A *Petition of Rights* invoca, sobretudo, os direitos existentes em textos legislativos anteriores, promulgados nos reinados de Eduardo I e Eduardo II (Preâmbulo), reafirmando-os, nalguns casos, e alargando-os, nalguns outros.

Notavelmente, no que concerne às garantias processuais, e, em grau superior, às penais.

“Também se declarou e estabeleceu, por autoridade do Parlamento, no vigésimo oitavo ano do reinado de Eduardo III, que nenhuma pessoa, fosse qual fosse a sua posição social ou condição, poderia ser expulsa das suas terras, nem detida, encarcerada, privada do direito de transmitir os seus bens por sucessão, ou apresentada à justiça, sem lhe ter sido dada a possibilidade de se defender num processo regular” (Preâmbulo).

E, ainda, no que se reporta ao consentimento popular e parlamentar em sede de impostos.

“Foi declarado e decretado por lei, promulgada no reinado de Eduardo I, e conhecida pelo nome de *Lei tallagio non concedendo*, que o Rei ou os seus herdeiros não lançariam ou cobrariam qualquer imposto ou taxa neste reino sem o consentimento dos arcebispos, bispos, condes, barões, cavaleiros, burgueses e outro homens livres dos municípios deste Reino” (...). Que (...) os vossos súbditos herdaram essa liberdade de não poderem ser obrigados a contribuir para qualquer taxa, derrama, tributo ou qualquer outro imposto sem o consentimento geral da comunidade, através do Parlamento” (Preâmbulo).

³²⁵ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 67: “em Inglaterra (...) a doutrina dos direitos naturais inspirou a *Glorious Revolution* de 1688. Sob essa influência histórica, os direitos humanos (*rights*) têm uma raiz individual, subjetivam posições jurídicas”.

³²⁶ “No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 96: “a liberdade religiosa não faz parte dos direitos dos ingleses, e inclusivamente os católicos, papistas, serão perseguidos”.

A *Petition of Rights* traduz-se, pois, na solicitação - quiçá, numa injunção - ao Monarca, de observância, ou noutros casos, de desenvolvimento, de tais Direitos Fundamentais.

“Que ninguém seja obrigado, doravante, a fazer dádivas, emprestar dinheiro ou fazer uma contribuição voluntária, nem a pagar imposto ou taxa alguma, exceto com o consentimento de todos, concedido por Lei do Parlamento; que ninguém seja chamado para julgamento nem obrigado a prestar juramento, nem chamado para realizar serviços, nem detido, inquietado ou molestado, por causa destes tributos ou da recusa de os pagar; que nenhum homem livre seja detido ou encarcerado da forma atrás indicada” (art. 10º).

V – O *Habeas Corpus Amendment Act*, sem embargo de um limitado objeto, não se perfila menos relevante.

Atendendo a que se reporta a uma garantia, das mais essenciais - sobretudo, ao tempo - de proteção de um dos mais elementares direitos pessoais, o direito à liberdade física³²⁷.

Assim: “quando alguém for portador de um *habeas corpus*, dirigido a um alguazil, carcereiro ou qualquer outro funcionário, em nome de um indivíduo colocado sob sua custódia, e o referido *habeas corpus* for apresentado a esses funcionários ou deixado para eles no cárcere, ficam estes obrigados a manifestar a causa da detenção no prazo de três dias a contar da apresentação” (art. I).

E mais: “nenhuma pessoa posta em liberdade em virtude de um *habeas corpus* pode ser detida outra vez pelo mesmo delito, a não ser por ordem e decisão do tribunal onde aquela ou aquelas forem obrigadas a comparecer, ou de qualquer outro que seja competente para a causa em questão” (art. V).

VI – O *Bill of Rights* emana, diretamente, da *Glorious Revolution*, pondo termo a um breve período histórico, com Jaime II, de regresso ao absolutismo.

Assumindo, enquanto finalidade - uma vez mais - a reposição dos Direitos Fundamentais dos ingleses preteritamente existentes, ergue-se, porém, como o texto inglês jusfundamental definitivo³²⁸.

Mais: consubstancia, até uma superação do sistema medieval, bem patente na designação *Convention Parliament*³²⁹ atribuída, no momento histórico analisando, ao referido órgão.

³²⁷ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 52: “o aspeto primeiro e mais relevante na história dos Direitos Fundamentais parece ter sido o da proteção contra a detenção e incriminação arbitrárias, muitas vezes determinadas por razões de ordem confessional: o *habeas corpus* é, neste sentido, uma espécie de direito fundamental originário”.

³²⁸ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1014: “o *Bill of Rights* de 1689 assinala o verdadeiro e próprio advento da conceção liberal dos direitos, positivados na sua globalidade”.

³²⁹ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1014: “uma verdadeira fratura histórica, que assue a valência de verdadeiro *pactum societas*, como sugerido pela própria designação do Parlamento protagonista desta

Logo, nos seus termos, “as eleições para os Deputados do Parlamento devem ser livres” (art. VIII), “é ilegal o pretendido poder de suspender as leis e a aplicação das mesmas, em virtude da autoridade real e sem o consentimento do Parlamento” (art. I), e “as liberdades de expressão, discussão e atuação no Parlamento não podem ser julgadas nem investigadas por outro Tribunal senão o Parlamento” (art. IX).

Igualmente, “é ilegal a cobrança de impostos em benefício da Coroa ou para seu uso, sob o pretexto de prerrogativa real, sem o consentimento do Parlamento, por um período maior ou de forma diferente da que foi autorizada” (art. IV).

E, finalmente, “é direito dos súbditos apresentar petições ao Rei, sendo ilegal qualquer prisão ou processamento dos peticionários” (art. V), e “não se devem exigir fianças exageradas, impor multas excessivas, ou aplicar castigos cruéis ou desusados” (art. X).

VII – Para concluir, é em Inglaterra, no *Riot Act*, que são, pela primeira vez, juridicamente regulados, quer o estado de exceção, quer a inerente suspensão de Direitos Fundamentais.

Com efeito, este texto determina, em relação a quaisquer grupos de mais de uma dezena de pessoas, que se encontrem, ilicitamente, revoltosamente, e tumultuosamente, reunidos, a prévia leitura, pelas autoridades, de uma proclamação (Preâmbulo).

De tal proclamação resulta uma obrigação de dispersar, no período de uma hora, extensiva a quem impeça a leitura da mesma, ou a quem danifique edifícios durante esse motim.

Mais: da proclamação resulta, em caso de desobediência, expressa cominação de morte.

Prevedendo-se, ainda, a inimizabilidade penal para os aplicadores deste ato que violem, quer o direito à vida, quer o direito à integridade pessoal, dos referidos amotinados.

VIII - Em conclusão, a história originária dos Direitos Fundamentais é, sobretudo, a história dos Direitos Fundamentais dos ingleses.

É a história do nominalismo de Ockham e a história do liberalismo de John Locke, é a história da *Magna Charta Libertatum* inglesa e a história das Revoluções liberais inglesas.

As supostas grandes Revoluções do século XVIII, a Revolução Americana (1776) e, sobretudo, a Revolução Francesa (1789), limitam-se, pois, neste domínio, como em múltiplos outros do Direito Constitucional - senão quase todos - à invenção do inventado.

página da história, *Convention Parliament*: monarquia constitucional, governo parlamentar, reconhecimento definitivo e irreversível dos direitos”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 21: “a diferença entre a *Magna Carta* e o *Bill of Rights* resulta da destruição do sistema medieval pelo absolutismo moderno, que afastou o Rei do Povo e provocou a desnecessidade de proteção das liberdades individuais”.

7.1.1.3.2.2.2. REVOLUÇÃO AMERICANA

I - Mais de um século volvido sobre as Revoluções Inglesas, acontece a Revolução americana (1776).

Uma revolução que é desencadeada por um feixe de políticas públicas, britânicas, interpretadas, pelos respetivos destinatários, como verdadeira rutura, unilateral, do originário contrato social estabelecido entre a Coroa e as colónias³³⁰.

E que legitimam a invocação de um direito de resistência face à violação de tal contrato.

Logo: “o governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade (...). Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito, indubitável, inalienável e imprescritível, de o reformar, mudar, ou abolir, da maneira que julgar mais adequada a proporcionar o benefício público (art. 3º, Declaração de Direitos da Virgínia).

II - A Revolução Americana aparta-se da construção inglesa, fazendo emergir uma nova vocação, generalizadora, se bem que não internacionalista, dos Direitos Fundamentais³³¹.

Na sua origem, encontra-se, parcialmente, legislação que regula as anteriores colónias³³².

Mesmo se essa génese patenteia uma manifesta inspiração jusracionalista³³³, e sem embargo de o modelo jusfundamental americano não ostentar um carácter laico³³⁴.

³³⁰ No mesmo sentido, Brigola, *op. cit.*, pp. 11 e 12: “o espírito e a letra dos princípios políticos assim enunciados delineavam uma denúncia, pública e coletiva, por parte das comunidades americanas, do contrato secularmente estabelecido com a Coroa britânica (...); “a imagem de um contrato original entre o Rei e o Povo, resultante de um acordo livre e voluntário, marcara profundamente a cultura política americana no período colonial”.

³³¹ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 9: “transformação, com a revolução norte-americana, dos direitos dos ingleses em direitos dos homens”.

³³² No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 95: “modelo misto, que parte, sobretudo, dos textos das colónias no século XVII”.

³³³ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 9: “o poder declara, mas não constitui, os Direitos Fundamentais (...); não é o Estado que investe o indivíduo na sua natureza jurídica básica, mas a sua natureza humana que faz do indivíduo um sujeito de direitos que o Estado deve respeitar”.

³³⁴ No mesmo sentido, Ferrari, *op. cit.*, p. 1016: “nas *North Atlantic Colonies* a imigração é, em prevalência, determinada por motivos religiosos, e de inspiração puritana (...), não deixando lugar à enunciação enfática da liberdade (...), sobretudo de opinião e religiosa (...); as *Mid-Atlantic Colonies* (...) compreendendo grupos étnicos, sociais e religiosos mais variados, valorizam os direitos políticos (...) e exaltam as

Acresce que, tanto o princípio da universalidade, como o princípio da igualdade, detêm um carácter, quase exclusivamente, retórico.

Mormente, nas colónias - e futuros Estados - integradas por um elevado número de escravos e, bem assim, por uma larga massa de indivíduos livres com baixos recursos económicos, sem esquecer, anexamente, o - sempre irresolvido - problema dos índios.

III - Normativamente, a Revolução Americana plasma-se na Declaração de Direitos da Virgínia (1776), na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), e, maioritariamente, na Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

Constituição americana que encerra, igualmente, o designado *Bill of Rights* (1791), no qual se inscrevem as dez emendas iniciais e, bem assim, as supervenientes dezassete.

A última das quais, de 1992, e a derradeira, em sede de Direitos Fundamentais, de 1971, relativa à atribuição, em todos os Estados, do direito de voto aos maiores dezoito anos.

7.1.1.3.2.2.1. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA

I - Em 1776, cinco das então colónias inglesas da América, Virgínia, Maryland, Pensilvânia, Delaware e Carolina do Norte, elaboraram as suas Declarações de Direitos.

A da Virgínia (12 de junho)³³⁵ surge como a mais sistémica e densificada, emergindo, aliás, como quase-imediato antecedente da própria Constituição do Estado (29 de junho).

II - Conteudisticamente, esta Declaração inclui, sobretudo, os direitos pessoais típicos.

Mormente, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à propriedade, o direito à segurança - e, assaz curiosamente, um nomeclado direito à felicidade (art. 1º e 3º).

Contempla, outrossim, as liberdades de consciência, religião e culto (art. 18º) e a liberdade de imprensa (art. 14º).

E reporta-se, ainda, aos direitos políticos, *maxime*, ao direito de sufrágio (art. 5º e 6º).

liberdades individuais” ; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 95: “o modelo americano, mais impregnado pelos valores religiosos”.

³³⁵ Virgínia, paradoxalmente, fundada por e dotada de sucessivas Cartas Régias (1606, 1609 e 1612), nas quais “são introduzidos os princípios gerais do governo representativo e se garante o respeito da liberdade religiosa e de consciência”; assim, Ferrari, *op. cit.*, p. 1017; e que era “a mais antiga e tradicionalista colónia”; assim, Brigola, *op. cit.*, p. 12.

7.1.1.3.2.2.2.2. DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

I – Nesse mesmo ano de 1776, em 4 de julho, são criados os Estados Unidos da América.

“Nós, representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, suplicando ao Juiz Supremo do Mundo pela retidão das nossas intenções, em nome e com a autoridade que o nobre Povo destas colônias nos conferiu, anunciamos e declaramos solenemente que estas colônias unidas são e devem ser por direito Estados livres e independentes; que ficam exoneradas de toda a fidelidade perante a Coroa britânica e que qualquer vínculo político entre elas e o Estado da Grã-Bretanha é e deve ser totalmente dissolvido; e que, na qualidade de Estados livres e independentes, assiste-lhes toda a competência para declarar a guerra, assinar a paz, contrair alianças, estabelecer relações comerciais e levar a cabo quaisquer decisões ou ações, como compete aos Estados independentes. E para sustentação desta declaração, confiando plenamente na proteção da Divina Providência, empenhamos mutuamente as nossas vidas, os nossos bens e a nossa honra sagrada”.

II – O recém-formado Estado ancora-se na existência dos Direitos Naturais dos indivíduos das colônias.

Direitos, alegadamente negados, enquanto Direitos Fundamentais, pela Coroa britânica.

Assim: “todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos direitos inalienáveis, entre os quais se contam a vida, a liberdade e a busca da felicidade (parágrafo II).

E: “a história do atual Rei da Grã-Bretanha é uma história de sucessivas injúrias e usurpações, todas com o objetivo último de estabelecer um regime absoluto de tirania sobre estes Estados” (parágrafo II).

III - O restabelecimento dos Direitos Fundamentais antes existentes, emerge, pois, com a criação do novo poder político, como um dos vetores estruturantes - senão mesmo, o vetor - da independência.

7.1.1.3.2.2.2.3. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

I - Opostamente à Constituição inglesa, o texto americano não traduz uma concessão dos governantes aos governados.

Postula, antes, uma delegação, feita pelo detentor originário desse poder, o Povo, aos titulares dos órgãos políticos, por si mesmo criados, e que, em sua representação, agem.

“Nós, o Povo dos Estados Unidos (...), promulgamos e estabelecemos a Constituição” (Preâmbulo, parágrafo I).

E, do mesmo modo: “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados, ou ao Povo” (X emenda).

II - Em sede de Direitos Fundamentais, a nova Constituição americana estabelece direitos de liberdade, quer direitos pessoais - ou civis - quer direitos políticos.

Ignorando, porém, na íntegra, qualquer possível tipo de designados direitos sociais.

III – Entre os direitos pessoais, divisam-se o direito à vida (XIV emenda) - pese embora a não exclusão da pena de morte - o direito à liberdade (XIV emenda) - e, bem assim, a proibição da escravatura (XIII emenda) - a liberdade religiosa (I emenda), a liberdade de expressão (I emenda), o direito à inviolabilidade da vida privada (IV emenda), o direito de propriedade privada (V emenda), a liberdade de reunião (I emenda), o direito de petição (I emenda), o direito à segurança ou, com ele, o direito de possuir e de usar armas (II emenda), e as garantias penais e processuais penais (V, VI e VIII emendas) - inclusivamente, nos processos regidos pelo direito consuetudinário (VII emenda).

IV - Diversamente, os direitos políticos, encontram-se relacionados, na íntegra, com o direito de sufrágio (XII, XV, XVII, XIX, XXII, XXIV, XXV e XXVI emendas).

V – A Revolução Americana manifesta, desde o primeiro momento, uma preocupação de garantir efetivamente e, não apenas, de positivar ou tipificar, os Direitos Fundamentais.

Preocupação tutelar que encontra inequívoca tradução normativa na criação, original, de um sistema, desconcentrado, de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade³³⁶.

³³⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 17: “afirmação constitucional de garantias jurídicas fortes e ao serviço das quais foi colocado um sistema jurisdicional que conhece não só o controlo da constitucionalidade, mas também mecanismos específicos de proteção”.

7.1.1.3.2.2.3. REVOLUÇÃO FRANCESA

Em França, o contexto político - diversamente do inglês - reflete um puro absolutismo.

Não se observando antecedentes de limitação do poder régio nem, por consequência, de uma embrionária afirmação de Direitos Fundamentais.

Contudo, frente a uma grave situação financeira, o Monarca convoca, em 1789, os Estados-Gerais, que não reúnem há quase dois séculos - mais precisamente, desde 1614.

Mas, num contexto de intransigência da nobreza, procurando a manutenção dos seus privilégios, estes Estados-Gerais vão transformar-se em Assembleia Nacional, iniciando a Revolução Francesa.

7.1.1.3.2.2.3.1. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

I - A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional em 26 de agosto de 1789, apresenta-se - e apresentar-se-á sempre - como o texto elementar gaulês no domínio em exame.

Mas mais: a Declaração não se esgota na proclamação dos - erroneamente³³⁷ - designados Direitos do Homem e do Cidadão.

Determina a existência de uma nova Constituição política e, bem assim, o aparecimento, na Europa Continental, quer do Estado de Direito, quer do Estado democrático (art. 3º).

Ao afirmar, enfaticamente, que “a sociedade em que não se encontre assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16º).

II – A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão sinaliza a rutura com o ordenamento histórico, evidenciada numa proclamação, jusracional, genérica e abstrata, dos Direitos Fundamentais³³⁸.

Assim: “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem” (art. 2º).

³³⁷Em sentido oposto, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 10: “diferenciação entre liberdade civil (autonomia da vontade, propriedade, segurança: são os Direitos do Homem) e liberdade política (Direitos do Cidadão). Direitos pré-sociais e direitos ligados á existência da comunidade política”.

³³⁸No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 99: “exemplo puro de formação racionalista e abstrata dos direitos, como direitos naturais”.

Especificamente, como direitos imprescritíveis do Homem, relevam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2.º), sendo o direito de propriedade, aliás, significativamente, qualificado como inviolável e sagrado (art. 17º).

Se bem que se elenquem, ainda, a liberdade de consciência e religiosa (art. 10º), as liberdades de expressão e de imprensa (art. 11º), ou as garantias penais e processuais penais (art. 7º, 8º e 9º).

E se proclamem, até, Deveres Fundamentais, *maxime*, o dever de pagamento de impostos (art. 13º).

III - A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão sofre, porém, de uma contradição estrutural insanável.

Embora surgindo como um texto de Direitos Fundamentais, elaborado por um único órgão, de um único Estado, ostenta uma pretensão universalista e de Direitos Humanos³³⁹.

Pretendendo impor aos restantes Estados uma construção jurídica de origem unilateral, que, anos mais tarde, agora, paradoxalmente pelas armas, Napoleão tentará confirmar³⁴⁰.

IV – Na esteira dos textos ingleses e dos textos americanos originais, a afirmação dos princípios da universalidade (art. 1º) e da igualdade (art. 1º e 6º), esconde a persistência do sufrágio restrito, quer capacitário, quer censitário.

O que significa que os proclamados Direitos do Homem e do Cidadão são, afinal, os direitos de apenas alguns homens, e os direitos de apenas alguns dos chamados cidadãos.

V - Pior: em confronto com os dois modelos anteriormente examinados, à proclamação revolucionária francesa dos direitos não corresponde, sequer, uma verdadeira positivação.

De um lado, porquanto o documento analisado assume natureza de simples proclamação.

De outro lado, porque não se encontra ínsito no âmbito prescritivo dos textos constitucionais ulteriores, mas, tão-somente, nos respetivos preâmbulos.

Não patenteando, também, vinculatividade³⁴¹, ou, por maioria de razão, justicialidade³⁴².

³³⁹ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 102: “oferece um modelo para toda a Humanidade”.

³⁴⁰ No mesmo sentido, Posner, *op. cit.*, p. 12: “em França, os Direitos Humanos colapsaram com a ditadura de Napoleão e a restauração da Monarquia”.

³⁴¹ Em sentido próximo, Caetano, *Manual...*, p. 268: as Declarações setecentistas “revestem-se de certo estilo declamatório, e possuem um carácter vago e abstrato, que foi a principal causa da sua ineficiência”.

³⁴² No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...* p. 17: “sem jamais contarem com a assistência de mecanismos de controlo da constitucionalidade ou de garantias específicas de efetividade”; e Botelho, *A tutela...*, p. 114: “não propugnavam formalmente o direito à tutela jurisdicional”.

7.1.1.3.2.2.3.2. CONSTITUIÇÃO DE 1793

Ironicamente, uma menção aos designados direitos sociais emerge, pela primeira vez na história dos Direitos Fundamentais, na não-vigente Constituição de 24 de junho de 1793 - a Constituição do Terror³⁴³.

Assim: “o socorro público é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustentar os cidadãos infelizes, fornecendo-lhes trabalho, ou fornecendo os meios para existir àqueles que são incapazes de trabalhar” (art. 21º).

E: “a educação é necessidade de todos. A sociedade deve promover com todo o seu poder o progresso do conhecimento público e tornar a educação acessível a todos os cidadãos” (art. 22º).

7.1.1.3.3. SOCIALISMO

I - No século seguinte (XIX), em consequência direta da industrialização, e dos excessos evidentes do liberalismo³⁴⁴, afirmam-se os designados direitos sociais, ou, com maior rigor, os designados direitos socialistas.

De facto, a inspiração destes designados direitos sociais é, maioritariamente, socialista³⁴⁵, se bem que, correntes minoritárias do pensamento católico não surjam irrelevantes³⁴⁶.

II - Os designados direitos sociais encontram a sua origem formal no próprio *Manifesto Comunista* (1848), de Marx e Engels³⁴⁷.

³⁴³ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 37: “inicia-se com um catálogo de Direitos do Homem, muito importante (...), reconhecem-se os direitos ao trabalho, à proteção frente à pobreza e à educação”.

³⁴⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 57: “revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político”.

³⁴⁵ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 158: “a génese dos direitos sociais está intimamente relacionada com o pensamento socializante (marxismo e catolicismo social) emergente no século XIX”.

³⁴⁶ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 294: “partidos que propiciaram esta mudança”: “alguns eram democratas-sociais (reformistas, mas inspirados pelo marxismo), outros democratas-cristãos, outros ainda pragmáticos, como os partidos trabalhistas de inspiração britânica”.

³⁴⁷ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 38: “pode considerar-se como a carta destes novos direitos o Manifesto Comunista, redigido por Marx e Engels no ano de 1848”.

Igualmente, a Constituição da II República francesa (1848) alude, de forma expressa, a esses prospectivos direitos³⁴⁸ - designadamente, em sede laboral e de segurança social.

Todavia, essa alusão a tais direitos assume uma natureza jurídica proclamatória, não normativa, e não cogente, atenta a sua inserção, meramente preambular, constitucional.

III - Dessa forma, só ulteriormente ocorrem as respetivas positivação e tipificação - ou eventual justicialização - revestindo estas, não obstante, características peculiares.

Desde logo, porque são fixadas em legislação ordinária, nunca em textos constitucionais.

Depois, porque emergem, não em conspectos democráticos, mas em sistemas autoritários.

Assim, no Império alemão, é criado um sistema legal, nacional, e obrigatório, de previdência social, financiado, de modo tripartido, pelo Estado, pelos empregadores e pelos próprios trabalhadores (1880)³⁴⁹.

Contemplando, designadamente, a existência de um conjunto de seguros, relativos ao trabalho (1884), à doença (1883), à invalidez e à idade avançada (1889).

Otto von Bismarck, Chanceler da Alemanha, é, na verdade, o conceptor do Estado Social.

Subvertendo, de todo, o quadro que Marx e Engels desenham no *Manifesto Comunista*.

IV - Complementarmente, observa-se a adição ao catálogo jusfundamental de novos direitos da natureza pessoal, mas, agora, de exercício não individual, casos dos direitos de associação, de reunião, de manifestação, ou, paradigmaticamente, do direito de greve.

³⁴⁸ “Em razão da presença de uma componente de esquerda, quer na Assembleia, quer no *Bureau* de redação”; assim, Ferrari, *op. cit.*, p. 1030.

³⁴⁹ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 109: “o ‘Estado Social’ não nasceu com a constitucionalização dos direitos sociais ou de missões do Estado, mas com a positivação desses direitos na lei ordinária e com o intervencionismo do Estado na realização das correspondentes prestações, o qual foi inaugurado, a partir do último quartel do Século XIX com a ‘Sozialpolitik’ do Chanceler nacionalista e conservador Otto von Bismarck (...). Consicente da necessidade de limar as desigualdades sociais derivadas do processo de industrialização da Alemanha e de criar condições para uma cesão social que acompanhasse o gradual processo de unificação alemã”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 133: “fórmula alemã de socialismo de Estado, dominado pelas ideias de centralização e regulamentação estaduais”.

7.1.1.3.3.1. PÓS I GUERRA MUNDIAL

7.1.1.3.3.1.1. UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

I - Os direitos políticos, enquanto direitos de liberdade, existem desde o surgimento do liberalismo.

Logo, é inexato afirmar o surgimento de uma nova dimensão, ou valência - ou geração - de Direitos Fundamentais.

Mas, só com a ultrapassagem do paradigma liberal e burguês³⁵⁰ se observa a sua universalização, mormente, no que tange ao direito de sufrágio.

Fenómeno registado em quase todo o continente europeu e, inclusive, no exterior deste³⁵¹.

Não obnubilando, todavia, a circunstância de o número de Estados democráticos - ou até de Estados - ser, ao tempo, extremamente reduzido³⁵².

E não esquecendo, de forma idêntica, que semelhante universalização do direito de sufrágio ocorre, generalizadamente, apenas para o sexo masculino³⁵³.

II - Sincronicamente, enquanto decorrência indireta da mencionada universalização, surge, doravante, um novo modo de intervir na determinação dos remanescentes direitos.

À estrita função de defesa frente ao poder, anexa-se uma função de participação no poder, esbatendo-se, assim, a separação liberal, rígida, entre os governados e os governantes³⁵⁴.

³⁵⁰ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 394 e 395: “só são atribuídos aos cidadãos ativos” (...); “o artifício da distinção permitirá proclamar o princípio da igualdade mas, ao mesmo tempo, evitar o sufrágio universal”.

³⁵¹ Designadamente, nos Estados Unidos (1787), França (1852), Dinamarca (1870), Alemanha (1871), Noruega (1898), Finlândia (1905), Argentina (1912), Itália (1918) Reino Unido (1918), Holanda (1919), Suécia (1921), ou Espanha (1931).

³⁵² No mesmo sentido, Homem, *op. cit.*, p. 103: ao tempo da I Guerra, “o número de democracias estáveis no mundo não ultrapassa os dez países”.

³⁵³ Exceções, com consagração do voto feminino, são, sobretudo, a Finlândia (1905) e a Noruega (1915).

³⁵⁴ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 113: “favorecerá igualmente a participação no Estado parlamentar representativo, e permitirá a função de integração no Parlamento de todas as ideologias e sectores sociais que aceitem as regras do jogo”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 56: “ao valorizar-se um certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os Direitos Fundamentais, e, em particular, a igualdade de todos no uso e fruição desses direitos, passaram a estar intimamente ligados à forma de governo. A democracia torna-se, nesse contexto, numa condição e numa garantia dos Direitos Fundamentais, e, em geral, da própria liberdade do Homem”.

Os Direitos Fundamentais, os direitos pessoais e os direitos políticos - ou, eventualmente, os direitos sociais - serão, agora, aqueles que os seus próprios destinatários determinarem.

Mais: verifica-se, assim, uma mutação do próprio paradigma constitucional existente³⁵⁵.

Transitando-se de um Direito Constitucional essencialmente organizatório do Poder, para um Direito organizatório mas, cumulativamente, regulador dos Direitos Fundamentais.

III - Em contrapartida, a referida participação democrática enquadra-se nos direitos de liberdade, não nos designados direitos sociais.

Não significando, de nenhuma forma, a fusão, ou o ponto de encontro, entre ambos³⁵⁶.

Efetivamente, a liberdade e a igualdade não se confundem, nem, tão-pouco, se compatibilizam entre si³⁵⁷.

7.1.1.3.3.1.2. ALARGAMENTO DOS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS

I - Os designados Direitos Fundamentais sociais estendem-se, neste período, a um relevante número de Estados, sem que se observe, todavia, a sua generalização integral.

E, simultaneamente, beneficiam de assento constitucional e de um contexto democrático.

II – Os designados direitos sociais são positivados e tipificados, originalmente, na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917), incidindo, em maior grau, nos domínios concernentes à proteção das relações laborais.

Assim, a limitação da jornada de trabalho para oito horas diárias, a proibição do trabalho de menores de doze anos e limitação a seis horas para os menores de dezasseis anos, a jornada máxima noturna de sete horas, o descanso semanal, a proteção à maternidade, o salário mínimo, a igualdade salarial, o adicional de horas extras, a proteção da maternidade, o direito de greve, o direito de sindicalização, a higiene e a segurança no trabalho, a segurança social e, por fim, a proteção contra acidentes de trabalho (art. 123º).

³⁵⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 54: “um conjunto de direitos políticos que, enquanto direitos de participação na vida política, se distinguem bem dos direitos de defesa, característicos das liberdades e garantias tradicionais”.

³⁵⁶ Em sentido oposto, Haarscher, *op. cit.* p. 49: “o sufrágio universal constitui em muitos aspetos uma conquista socialista”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 112: “a democracia será o ponto de encontro do liberalismo e do socialismo”.

³⁵⁷ Em sentido próximo, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 57: “socialismo democrático”: “a grande utopia das últimas gerações”.

Mas, agregadamente, esses novos direitos compreendem o direito à educação, que pretende assumir carácter nacional, democrático, laico e gratuito (art. 3º), e, outrossim, o que decorre de uma - originária - função social da propriedade (art. 27º).

III - Na Europa, a consagração pioneira resulta da Constituição germânica de Weimar, elaborada na sequência da I Guerra Mundial e do fim do Império Austro-Húngaro (1919)³⁵⁸.

Efetivamente, esta lei básica alemã consagra múltiplos direitos de natureza não pessoal e não política, designadamente, relativos ao trabalho (art. 157º e 162º), à educação (art. 120º), ao ensino (art. 142º, 145º e 146º), ou à habitação (157º).

E, na esteira da Constituição sul-americana examinada, procede, igualmente, à socialização do direito de propriedade (art. 153º).

IV - Outras expressões do designado constitucionalismo social na Europa, durante o período entre Guerras, são, designadamente, as Constituições da Polónia (1921), Jugoslávia (1921), Áustria (1925) e Espanha (1931).

Não obstante uma putativa consagração - e, quiçá, um propalado aprofundamento - desses designados direitos sociais em quadros constitucionais não-democráticos, comunista, nacional-socialista, fascista, franquista, ou, inclusive, salazarista.

7.1.1.3.3.2. PÓS II GUERRA MUNDIAL

7.1.1.3.3.2.1. EUROPA

I - A catástrofe humanitária gerada pela II Guerra Mundial, bem como as exigências da reconstrução, obrigam a uma imprecedented intervenção estadual no território europeu³⁵⁹.

³⁵⁸ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 39: “o texto constitucional mais importante, e que melhor reflete o novo estatuto dos Direitos Fundamentais no trânsito do Estado liberal ao Estado social, é a Constituição alemã de Weimar de 1919”; Morais, *Curso...*, p. 117: “a primeira Constituição de um Estado democrático a conter uma ‘declaração’ consistente de direitos sociais”; e Ferrari, *op. cit.*, pp. 1034 e 1036: “um género de laboratório do constitucionalismo (...), tomando nota da complexidade social, económica e política do Estado do século XX”.

³⁵⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 57: “exigem-se ao Estado medidas de planeamento económico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social”; mesmo se o “programa para um *Welfare State* e para o pleno emprego, tinha sido (...) elaborado durante a II Guerra pelo Governo (...) de Churchill”; assim, Caenegem, *op. cit.*, p. 294.

É essa premência fáctica, mais do que quaisquer razões de índole filosófico³⁶⁰, que determina o notável alargamento dos designados direitos sociais neste período histórico.

E que se traduz na configuração de um Estado, agora, promotor de direitos, em cumulação - e frequentemente, em absoluta contradição - com um Estado não invasor desses direitos.

Pior: tais realidades surgem, ao tempo, não apenas como quase-inquestionáveis³⁶¹, mas, sobretudo, como passíveis de um alargamento conteudístico, eventualmente, infinito³⁶².

À respetiva emergência corresponde o socialismo económico e, num quadro democrático - único de que se cura - o *keynesianismo*, dominante no pensamento europeu subsequente ao conflito mundial.

II – Décadas mais tarde, com a dissolução do Bloco comunista e o termo da Guerra Fria (1990), os designados direitos sociais conhecem, no continente europeu, visível reforço.

Efetivamente, surgem previstos, agora, nas Constituições da generalidade dos novos Estados de Direito democrático, *maxime*, na própria Constituição russa (1993), mas, também, nas da Ucrânia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Roménia e Croácia.

7.1.1.3.3.2.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os designados direitos sociais não são, nunca, acolhidos nos Estados Unidos da América.

Com efeito, o tradicional pensamento liberal, ou, nalguns casos, libertário, anglo-saxónico, sobrepõe-se, e sobrepõe-se-á sempre, a qualquer tipo de pensamento social³⁶³.

³⁶⁰ Em sentido distinto, Gouveia, *Manual...*, p. 1040: “o individualismo filosófico do século XIX foi sensivelmente atenuado pelo solidarismo do século XX”; Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 502: “a evolução dos Direitos Humanos europeus foi realizada ao longo do século XX com base nas ideias de igualdade e de fraternidade”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 59: “essa nova dialética de reivindicação e de prestação exprime precisamente a superação do isolamento do homem liberal num quadro constitucional orientado para uma ordem que se pretende mais racional e sobretudo mais solidária e mais justa”.

³⁶¹ No mesmo sentido, Nunes, *op. cit.*, p. 19: “sobretudo na Europa, esta política assegurou, durante os trinta anos gloriosos (1945-1975), um bom ritmo de crescimento económico, sem oscilações significativas da atividade económica, com baixas taxas de desemprego e taxas aceitáveis de inflação”.

³⁶² No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 125: “o último estágio de intervenção, que pontificou até meados da década de noventa, levou alguns a qualificarem-no (...) de ‘Estado Taumaturgo’, como comparação aos lendários ‘reis milagreiros’, já que dele se exigira todo o tipo de tarefas imagináveis”.

³⁶³ No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.*, pp. 501 e 502: “nos Estados Unidos afirmam-se os direitos de cada um contra os outros e contra o Estado”; “a teoria dos Direitos Humanos americana continua com uma forte base individualista, de afirmação da autonomia e da diferença de cada ser humano em relação a todos os outros”.

O indivíduo, e os respetivos direitos naturais, sobretudo, os direitos pessoais ou civis, *maxime*, o direito de propriedade, preferem face à sociedade e, mais, frente ao Estado³⁶⁴.

Sem embargo de, em períodos de grave disfuncionalidade do modelo liberal³⁶⁵, e de emergência económica ou social, se assistir a intervenções estaduais, transitórias, como na sequência da Grande Depressão, nos anos trinta do século passado.

7.1.1.3.4. NEO-LIBERALISMO

O desenvolvimento do auto-nomeado Estado social não impede a subsistência do ideário liberal, que, progressivamente, constrói formas alternativas às do modelo social.

De facto, o modelo neo-liberal traduz um afastamento do paradigma liberal que o inspira.

De um lado, com a admissão, agora incondicionada e, quiçá, muito alargada, dos próprios Direitos Fundamentais, e desse modo, com a emergência do Estado de direito.

E, de outro lado, com a aceitação, agora inequívoca, de direitos políticos de alcance universal, e, por consequência, da inerente democracia.

Sem embargo de uma reiterada centragem nos direitos pessoais, ou, entre estes, de uma clara revalorização do direito de propriedade privada.

E, simetricamente, de uma recusa, firme, dos designados direitos sociais³⁶⁶.

³⁶⁴ No mesmo sentido, Wilson, *op. cit.*, p. 81 e 82: “o Povo Americano é, naturalmente, um Povo conservador. Não deseja tocar nas fundações estáveis da sua vida. Manifesta reverência pelos direitos de propriedade e pelos direitos contratuais, com base numa longa experiência de vida livre, na qual existiu sempre liberdade para adquirir essa propriedade da forma que desejassem, bem como vincular-se por tais contratos e respeitá-los. Nenhum outro Povo teve, alguma vez, semelhante liberdade, no estabelecimento das suas relações pessoais ou desse direito de propriedade”.

³⁶⁵ Em sentido oposto, Friedman, *op. cit.*, pp. 108 e 33: a Grande Depressão “não aconteceu devido a falhas das empresas privadas, mas, puramente, em virtude da incapacidade governamental, num sector que, de princípio, fora colocado sob a sua responsabilidade: cunhar moeda, regularizar o seu valor, assim como o das moedas estrangeiras”; porém, “foi largamente interpretada como um falhanço do mercado livre capitalista. Esse mito levou o público a juntar-se aos intelectuais numa mudança de perspectiva em relação às responsabilidades relativas dos indivíduos e do Governo”.

³⁶⁶ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 60: “a formulação liberal dos direitos circunscreve-os àqueles que supõem uma não interferência na livre autonomia da vontade individual”.

7.1.1.3.4.1. IDEIAS POLÍTICAS

7.1.1.3.4.1.1. SOCIEDADE DE MONT-PÈLERIN

Imediatamente após a II Guerra Mundial, no quadro de uma conferência económica internacional, é fundada, em Mont-Pèlerin, na Suíça, a Sociedade de Mont-Pèlerin (1947).

Entre os respetivos dinamizadores incluem-se Hayek, Mises, Popper, Stigler e Friedman.

E, ao longo das três décadas subsequentes, esta entidade desempenha, *maxime*, no contexto dos seus congressos anuais, importante papel na reflexão, afirmação e divulgação das ideias políticas e jusfundamentais neo-liberais³⁶⁷.

7.1.1.3.4.1.2. HAYEK

I - Hayek (1899-1992) é, seguramente, o mais influente autor de entre os neo-liberais.

II – Hayek assume a liberdade, individual, pessoal³⁶⁸, como o valor de entre os valores³⁶⁹.

Admite, naturalmente, a indispensabilidade de poder³⁷⁰, a necessidade de Estado, mas exige, em simultaneidade, uma limitação mínima por este daquela autonomia humana³⁷¹.

³⁶⁷ No mesmo sentido, Dixon, *op. cit.*, pp. 18 e 5: “a Société de Mont-Pèlerin é, de certo modo, a casa-mãe dos *think tank* neo-liberais”. “Desempenhou (...) um papel precursor essencial, estruturando a oposição intelectual a toda e qualquer forma de intervenção do Estado”.

³⁶⁸ Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 11: “o estado no qual o homem não é submetido a coerção pela vontade arbitrária de outro ou outros é frequentemente referido como liberdade ‘individual’ ou ‘pessoal’”; e *O caminho para a servidão*, p. 280: “o princípio orientador - que a única política realmente progressiva é uma política de liberdade para o indivíduo - continua a ser tão verdadeiro hoje quanto o era no século XIX”.

³⁶⁹ Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 6: “a liberdade não é apenas um valor particular, mas a fonte da condição da maioria dos valores morais”.

³⁷⁰ Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 12: “a função de uma política de liberdade deve ser, assim, a de minimizar a coerção, ou os seus efeitos negativos, mesmo se não consegue eliminá-la por completo”.

³⁷¹ Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 11: o “estado de liberdade” é a “condição dos homens nos quais a coerção de alguns deles por outros é reduzida ao mínimo possível em sociedade”.

Sustentando que a transferência da liberdade dos homens em benefício do poder e do Estado, sempre que desnecessária, implica servidão, autoritarismo, ou até, totalitarismo, mesmo quando semelhante poder se apresente, formalmente, como poder democrático³⁷².

Mais: advoga a interação entre valências da liberdade, afirmando que a perda da liberdade económica implica a perda da liberdade política e a perda da própria liberdade pessoal³⁷³.

III - Hayek sobrepõe o conceito de liberdade individual a qualquer ideia de justiça social.

Rejeitando a compressão da liberdade individual em benefício da solidariedade societária.

Desde logo, porque visualiza o conjunto dos indivíduos como uma comunidade, de origem natural, espontânea³⁷⁴, e nunca como uma sociedade, de matriz contratualizada.

Depois, porque a solidariedade social surge racionalmente absurda, atenta a inexistência de um critério que permita a respetiva determinação e a subsequente implementação.

Finalmente, porque com essa pretensa solidariedade nem sequer se obtêm o pretendido, considerando que, do modelo socialista, resulta, sempre, maior ineficiência económica.

Potenciando, assim, soluções mais denegadoras de direitos, designadamente de eventuais direitos sociais e, por consequência, mais desigualitárias, ou socialmente mais injustas.

IV – Hayek rejeita, assim, os designados direitos sociais, bem como o socialismo, ou o Estado social, modelos nos quais os direitos sociais encontram ancoragem ideológica³⁷⁵.

³⁷² Hayek, *Law, Legislation and Liberty...*, p. 36: “chegará um dia em que as pessoas irão olhar para a ideia de um corpo de homens, mesmo que autorizado pela maioria dos cidadãos, possuir o poder para ordenar tudo aquilo que deseje, com o mesmo horror que hoje sentimos relativamente à maioria das outras formas de governo totalitário”.

³⁷³ Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 38: “progressivamente, abandonamos essa liberdade das questões económicas sem a qual a nossa liberdade pessoal e política nunca existira no passado. Embora tenhamos sido advertidos por alguns dos maiores pensadores políticos do século XIX, por Tocqueville e Lord Acton, de que o socialismo significa escravidão, gradualmente fomos-nos aproximando na direção do socialismo. E agora, que já vimos uma nova forma de escravidão a surgir perante os nossos olhos, esquecemo-nos de tal forma dessa advertência que nem nos ocorre que ambas as coisas estejam relacionadas”.

³⁷⁴ Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 89: “nada há nos princípios fundamentais do liberalismo que faça dele um credo estático, regras inflexíveis ou imutáveis. O princípio fundamental segundo o qual, ao organizarmos os nossos assuntos, devemos recorrer tanto quanto possível às forças espontâneas da sociedade, e o menos possível à coerção, é passível de uma variedade infinda de aplicações”.

³⁷⁵ Hayek, *O caminho para a servidão*, pp. 49 e 50: “poucos se lembram hoje de que o socialismo, nos seus primórdios, era francamente autoritário. Os escritores franceses que estabeleceram as fundações do moderno socialismo não tinham qualquer dúvida de que as suas ideias só poderiam ser postas em prática por um governo ditatorial forte. Para eles, socialismo significava uma tentativa de ‘acabar com a revolução’, através de uma reorganização intencional da sociedade em termos hierárquicos, e pela imposição de um ‘poder espiritual’ coercivo”; e “é extraordinário que o mesmo socialismo outrora

Não obstante, admite a eventual existência de - o que designa por - segurança estadual³⁷⁶, se bem que, necessariamente, uma segurança estadual de um alcance assaz limitado³⁷⁷.

7.1.1.3.4.1.3. FRIEDMAN

I - Friedman (1912-2006) destaca-se enquanto o mais influente continuador de Hayek.

II – Defende, igualmente, a natureza espontânea da comunidade, na qual cada um dos indivíduos que a integram procura, de uma forma livre, a satisfação dos seus interesses³⁷⁸.

Uma procura egoísta, mas, reflexamente, conducente ao benefício geral, ou amplamente maioritário³⁷⁹.

III - Aceita a necessidade de limites relativos à liberdade de cada um dos indivíduos³⁸⁰.

Mas, apenas, desde que não seja invertida a articulação adequada - e democrática - entre os representados e aqueles que são, tão-somente, os seus transitórios representantes³⁸¹.

identificado como sendo a maior ameaça à liberdade, mas que começara declaradamente como reação contra o liberalismo da Revolução Francesa, tenha obtido a aceitação generalizada ao abrigo do estandarte da liberdade”.

³⁷⁶ Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 157: “não há qualquer incompatibilidade de princípio entre ser o Estado a proporcionar mais segurança a manutenção da liberdade individual”.

³⁷⁷ Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 156: “convém distinguir à partida os dois tipos de segurança: a limitada, que todos podem ter e que, por isso, não é um privilégio, mas um legítimo objeto de desejo; e a segurança absoluta, que numa sociedade livre não pode abranger todos e que não deveria ser outorgada como privilégio (...). O primeiro, a segurança contra a privação física extrema, a certeza de um sustento mínimo para todos; o segundo, a segurança de um determinado estilo de vida (...), “a segurança de um rendimento mínimo e a segurança de um determinado rendimento que se julga que a pessoa merece”.

³⁷⁸ Friedman, *op. cit.*, p. 198: “os valores de uma sociedade, a cultura, as convenções sociais, todas estas coisas se desenvolvem da mesma maneira, através da troca voluntária, da cooperação espontânea, a evolução dum estrutura complexa através da tentativa e erro, da aceitação e da rejeição”.

³⁷⁹ Friedman, *op. cit.*, p. 30: “Adam Smith diz: um indivíduo que só pretende o seu próprio lucro é levado por uma mão invisível a defender um fim que não fazia parte da sua intenção. Procurando defender o seu próprio interesse, ele promove, frequentemente com maior eficácia, os interesses da sociedade”.

³⁸⁰ Friedman, *op. cit.*, p. 105: “a liberdade não pode ser absoluta. Vivemos numa sociedade de interdependência. Algumas restrições à nossa liberdade são necessárias”.

³⁸¹ Friedman, *op. cit.*, p. 68: “uma sociedade que preserve e expanda a liberdade humana, mas que mantenha o Governo no seu lugar, fazendo dele o nosso servo e não o deixando tornar-se o nosso dono”.

IV - Entende a liberdade como um sistema, como um conjunto interligado de liberdades.

De onde, os limites à liberdade económica são passíveis de implicar condicionamentos em domínios conexos, como os da liberdade de expressão ou da liberdade de imprensa³⁸².

V - Friedman prefere, definitivamente, a liberdade a qualquer forma de solidariedade³⁸³.

Desde logo, porque a sobreposição da solidariedade no confronto com a liberdade implica, necessariamente, coerção estadual, e essa coerção coloca em risco a liberdade³⁸⁴.

Pior: porque essa coerção estadual surge infundamentável e eticamente insustentável³⁸⁵.

Depois, porque essa pretensa solidariedade se revela, a longo termo, ineficiente, ou mesmo, no limite, prejudicial aos próprios interesses dos seus presuntivos beneficiários.

VI – Todavia, e apesar da oposição vigorosa ao socialismo, e ao Estado social, uma ideia de solidariedade, mínima, estadual, não está, integralmente, afastada do seu discurso³⁸⁶.

7.1.1.3.4.1.4. NOZICK

I - Nozick (1938-2002) destaca-se enquanto continuador de Locke³⁸⁷ - mais do que de Hayek, ou Friedman³⁸⁸ - ambos originários economistas, convertidos à filosofia política.

³⁸² Friedman, *op. cit.*, pp. 105 e 103: “a liberdade é um todo (...), tudo o que reduz a liberdade num setor das nossas vidas é provável que afete a liberdade noutros sectores”. “As restrições na liberdade económica afetam inevitavelmente a liberdade em geral, mesmo em áreas como as da liberdade de expressão e de imprensa”.

³⁸³ Friedman, *op. cit.*, pp. 183 e 202: “no seu sentido literal, a igualdade de oportunidades - no sentido de identidade - é impossível”. “Uma sociedade que põe a igualdade - no sentido de igualdade de resultados - à frente da liberdade acabará por não ter nem igualdade nem liberdade”.

³⁸⁴ Friedman, *op. cit.*, p. 202: “a utilização da força para alcançar a igualdade destruirá a liberdade”.

³⁸⁵ Friedman, *op. cit.*, p. 198: “poucas pessoas acreditarão num código moral que justifique forçar as pessoas a prescindir de muito daquilo que produzem para financiar pagamentos a pessoas que não conhecem, para fins que poderão não aprovar”.

³⁸⁶ Friedman, *op. cit.*, p. 168: “aumentar a responsabilidade individual (...) mas (...) assegurar uma rede de salvação para todas as pessoas do país, de modo que ninguém tenha necessidade de passar privações e miséria”.

³⁸⁷ No mesmo sentido, Luño, *La fundamentacion...*, p. 41: Nozick “reporta-se expressamente a Locke”.

³⁸⁸ No mesmo sentido, Rosas, *op. cit.*, p. XV: “no caso de Nozick, o distributivismo do Estado Social, o libertarismo, é ‘fundamental’ na medida em que assenta numa conceção moral da pessoa humana, nos termos já referidos da autopropriedade”

Afirmando um individualismo de natureza libertária, um individualismo quase-absoluto. Quer frente ao poder, quer face a quaisquer grupos ou aos remanescentes indivíduos³⁸⁹.

II - Nozick advoga a redução da figura estadual a um Estado mínimo³⁹⁰ ou, mesmo, a um Estado ultra-mínimo³⁹¹.

Não obstante, do seu modelo encontra-se excluída, por um lado, uma construção de natureza anárquica³⁹², e, afastada, por outro lado, qualquer forma de *vindicta* privada³⁹³.

De facto, o Estado continua a existir³⁹⁴, e a deter o monopólio da tutela jurídica, salvo nas situações excecionais em que o recurso à auto-tutela individual se apresente inevitável.

³⁸⁹ Nozick, *op. cit.*, p. 21: “os indivíduos têm direitos e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo lhes pode fazer (sem violar os seus direitos). Estes direitos são de tal maneira fortes e de grande alcance que levantam a questão do que o Estado e os seus mandatários podem fazer, se é que podem fazer alguma coisa”.

³⁹⁰ Nozick, *op. cit.*, pp. 191 e 393: “o Estado mínimo é o Estado mais abrangente que se pode justificar. Qualquer Estado mais abrangente viola os direitos das pessoas”. “Este Estado moralmente preferencial, o único Estado moralmente legítimo, o único moralmente tolerável (...) é o que melhor realiza as aspirações utópicas de incontáveis sonhadores e visionários. Preserva o que todos podemos manter da tradição utopista e abre o resto dessa tradição às nossas aspirações individuais”.

³⁹¹ Nozick, *op. cit.*, p. 57: “o Estado guarda-noturno da teoria liberal clássica, limitado às funções de proteger todos os cidadãos contra a violência, o roubo e a fraude, de garantir a execução dos contratos, e por aí em diante, parece redistributivo (...). Como ao Estado guarda-noturno se chama frequentemente Estado mínimo, chamaremos a esse outro acordo Estado ultra-mínimo”.

³⁹² Em sentido oposto, Luño, *La fundamentacion...*, pp. 39 e 41: “Nozick radicalizou a fundamentação subjetivista dos Direitos Humanos, até a um ponto no qual as suas teses vão desembocar num individualismo libertário e anárquico”. “Estado mínimo, relegado ao cumprimento de funções de guarda-noturno (*night-watchman State*); isto é, vê limitada a sua ação à tutela dos direitos individuais, sem possibilidade de modifica-los e, menos ainda, de sacrificá-los em razão de qualquer interesse social ou coletivo”; e Canotilho, *Sobre os fundamentos...*, p. 39: “radicalismo dos teóricos libertários da justiça (ex. Nozick)”.

³⁹³ Nozick, *op. cit.*, p. 57: “um Estado ultra-mínimo mantém o monopólio sobre o uso da força, exceto a necessária à auto-defesa imediata, e exclui, assim, a retaliação da transgressão a exigência de compensação privadas (ou agenciais)”.

³⁹⁴ Nozick, *op. cit.*, pp. 33 e 34: “alguns anarquistas não só afirmaram que estaríamos melhor sem Estado, mas que qualquer Estado viola necessariamente os direitos morais das pessoas e, portanto, é intrinsecamente imoral”.

Mas essa tutela estadual não é disponibilizada a todos os indivíduos que integram a comunidade, e sim aos que decidam, livremente, adquirir tais serviços garantísticos^{395 396}.

III – Nozick, não obstante a contiguidade com Locke, ancora-se numa construção distinta da do designado contrato social.

Assim, as estruturas organizatórias são, aqui, as designadas associações protetivas, emergentes da vontade dos indivíduos, e tendo por escopo a defesa da sua segurança³⁹⁷.

Dessas associações, livremente criadas na generalidade do espaço terreno, sobressai, necessariamente, uma, designada por associação protetiva dominante³⁹⁸, isto é, o Estado.

IV – Nozick configura o Estado, o Estado mínimo - ou o Estado ultra-mínimo - como o que designa por enquadramento da utopia³⁹⁹.

No seu interior, os indivíduos podem organizar-se, comunitariamente, de um modo livre.

Podem optar, livremente, por um qualquer modelo funcional que entendam adequado⁴⁰⁰.

E podem, inclusive, optar, livremente, não por modelos libertários, mas por modelos de condicionamento - porventura, severo, mesmo se nunca total - da sua própria liberdade⁴⁰¹.

³⁹⁵ Nozick, *op. cit.*, pp. 57 e 55: “um Estado ultramínimo (...) fornece proteção e serviços de execução apenas àqueles que compram a sua proteção e políticas de execução”; neste sistema (...) só os que pagam para ter proteção são protegidos; além disso, pode-se comprar graus diferentes de proteção”.

³⁹⁶ No mesmo sentido, Braga, *op. cit.*, p. 7: “o Estado que protege os contribuintes e estende a s sua proteção aos não-contribuintes já não é ultra-mínimo, mas mínimo, porque abrange todos”.

³⁹⁷ Nozick, *op. cit.*, p. 41: “grupos de indivíduos podem formar associações de proteção mútua: todos responderão ao pedido de qualquer membro para a sua defesa ou para fazer valer os seus direitos”.

³⁹⁸ Nozick, *op. cit.*, p. 152: “uma agência protetiva dominante num território satisfaz de facto as duas condições necessárias cruciais para ser um Estado. É o único executor eficaz de uma proibição do uso pelos outros de procedimentos de aplicação infidedignos (...) e supervisiona esses procedimentos. E a agência protege no seu território os que não são clientes, a quem proíbe o uso de procedimentos de aplicação em ajuda própria sobre os seus clientes, nos negócios que têm com estes, mesmo se tal proteção tem de ser financiada (de um modo aparentemente redistributivo) pelos seus clientes”.

³⁹⁹ Nozick, *op. cit.*, p. 392: “o enquadramento para a utopia que descrevemos é o Estado mínimo”.

⁴⁰⁰ Nozick, *op. cit.*, p. 382: “as comunidades individuais podem ter qualquer característica compatível com o funcionamento do enquadramento”.

⁴⁰¹ Nozick, *op. cit.*, p. 379: “embora o enquadramento seja libertário e *laissez faire*, as comunidades individuais no seu seio não têm de o ser, e talvez nenhuma comunidade no seu interior venha a escolher sê-lo”; “muitas comunidades particulares podem internamente ter muitas restrições injustificáveis por razões libertárias: ou seja, restrições que os libertários condenariam se fossem aplicadas por um aparelho central do Estado. Por exemplo, a intervenção paternalista nas vidas das pessoas, restrições no âmbito de livros que podem circular na comunidade, limitações aos tipos de comportamento sexual (...). Mas é apenas outra

V - Nozick pressupõe a existência, inicial, de um estado de natureza, no qual todos aqueles que o integram possuem direitos originários individuais⁴⁰² e, entre esses direitos, sobretudo, um direito de propriedade sobre si mesmos, um auto-direito de propriedade⁴⁰³.

Melhor: um *cluster* de direitos, porque não se esgota no direito de propriedade *proprio sensu*, num direito sobre bens, compreendendo todos os outros dos quais se é, naturalisticamente, titular, desde um direito à vida, a um direito à integridade pessoal⁴⁰⁴.

Razão pela qual, aliás, recusa, liminarmente, a existência de virtuais direitos dos indivíduos para defesa de si próprios, direitos esses a garantir e a efetivar pelo Estado⁴⁰⁵.

VI – Mais especificamente, no pensamento de Nozick, o direito de propriedade privada, o direito patrimonial, é suscetível de aquisição individual através de vários mecanismos.

Numa perspetiva originária, o único condicionamento à liberdade aquisitiva é que o direito real não haja sido constituído com prejuízo para os direitos de outros indivíduos⁴⁰⁶.

maneira de chamar a atenção para o facto de, numa sociedade livre, se poderem estabelecer por contrato várias restrições que o governo não pode legitimamente impor-lhes”.

⁴⁰² No mesmo sentido, Rosas, *op. cit.*, p. IX: “Nozick propõe-nos uma experiência mental que consiste em imaginar o estado de natureza de Locke, no qual não existe ainda estado civil, mas apenas indivíduos dotados de direitos morais, pré-políticos”.

⁴⁰³ No mesmo sentido, Braga, *op. cit.*, p. 2: “para os libertários não é possível compreender o que é uma sociedade livre sem antes formular um sistema coerente de direitos de propriedade. A liberdade consiste em poder fazer o que se deseja e, para tanto, tornam-se indispensáveis os direitos de propriedade, pois somente assim é possível fazer o que se quer com o que se quer e onde se quer”;

⁴⁰⁴ No mesmo sentido, Rosas, *op. cit.*, p. IX: “cada indivíduo é dono de si próprio - e não propriedade de outrem - e isso implica o direito à vida, à liberdade de fazer o que quiser consigo mesmo, com o seu corpo e os seus talentos pessoais, e ainda o direito aos haveres ou propriedade no sentido mais estrito, na medida em que ela esteja de acordo com a justiça”; e Braga, *op. cit.*, p. 2: “para um libertário (...) não se cogita de aceitar a obrigação legal de fazer serviço militar, frequentar a escola, apertar o cinto de segurança, fazer parte de um júri e prestar socorro a uma pessoa em perigo. Também não se cogita proibir a eutanásia, a prostituição, a blasfémia, o negativismo, as perversões sexuais e o comércio dos órgãos, sob a condição (...) de que nenhuma coerção seja exercida para obter a participação de alguém”.

⁴⁰⁵ Nozick, *op. cit.*, p. 21: “o Estado não pode usar os seus instrumentos coercivos com o objetivo da obrigar alguns cidadãos a ajudar os outros, ou de proibir determinadas atividades às pessoas para o próprio bem ou proteção delas”.

⁴⁰⁶ No mesmo sentido, Rosas, *op. cit.*, pp. XI e XIII: “qualquer pessoa tem direito a qualquer haver alvo de uma aquisição inicial, desde que, por essa aquisição, não tenha infringido os direitos individuais de outrem. Isso implica (...) que a aquisição não pode ser conseguida através do uso da força, ou do roubo, por exemplo”. “No pensamento nozickiano, a restrição lokeana passa a significar que qualquer aquisição é moralmente permissível desde que não prejudique ninguém”.

Numa ótica superveniente, esse direito pode assumir por fonte o contrato, a doação, a herança, ou outro, resultando a legitimidade do mesmo, tão-somente, da natureza voluntária e incondicionada do procedimento de transferência da respetiva titularidade⁴⁰⁷.

VII - Em Nozick, a noção de justiça entronca, exclusivamente, na liberdade e na propriedade, encontrando-se apartada, radicalmente, de qualquer virtual solidariedade⁴⁰⁸
409.

Neste quadro, apresenta-se irrelevante a constação de uma desigualdade patrimonial, ou, inclusivamente, de uma desigualdade patrimonial profunda⁴¹⁰ entre os vários indivíduos.

VIII - Mais: o modelo de justiça, ultra-liberal, de Nozick, fundamenta-se, escatologicamente, na dignidade da pessoa humana.

A afirmação de dignidade de alguns indivíduos não é suscetível, em caso algum, de implicar uma hetero-negação, ou um hetero-condicionamento, da dignidade dos remanescentes.

⁴⁰⁷ No mesmo sentido, Braga, *op. cit.*, p. 3: “a justiça de um direito de propriedade é estabelecida quando este foi obtido por transferência voluntária, tácita ou explícita, com ou sem compensação material ou monetária, da pessoa que era anteriormente seu proprietário legítimo”.

⁴⁰⁸ No mesmo sentido, Luño, *La fundamentacion...*, p. 41: em Nozick, “não é incumbência do Estado realizar uma justiça distributiva, por grandes que possam ser a pobreza e as desigualdades económicas, ou por importantes que possam parecer as exigências do bem-estar geral”.

⁴⁰⁹ Nozick, *op. cit.*, pp. 272, 276 e 254: “porquê pensar que temos de mudar, remediar, ou compensar qualquer desigualdade que se possa mudar, remediar ou compensar?”. “Não descobrimos qualquer argumento convincente para (ajudar a) determinar que as diferenças em haveres que surgem das diferenças em vantagens naturais devem ser eliminadas ou minimizadas”. “Uma aplicação do princípio da maximização da situação dos que estão pior pode muito bem envolver a redistribuição, coercível, de partes do corpo (‘você teve vista durante todos estes anos; agora, um dos seus olhos - ou mesmo ambos - vai ser transplantado para outros’), ou matar, antecipadamente, algumas pessoas para usar os seus corpos de modo a fornecer o material necessário para salvar vidas daqueles que, de contrário, morreriam jovens”.

⁴¹⁰ No mesmo sentido, Rosas, pp. XII e XIII: “as enormes desigualdades nos haveres dos indivíduos e famílias resultam de uma multiplicidade de transferências ao longo do tempo das suas vidas, ou mesmo ao longo das gerações. Se esses processos de transferência foram justos, então nada há a objetar às disparidades sociais que daí resultam”. “A justiça depende do que aconteceu no passado e não de qualquer resultado final que se pretenda atingir no futuro”.

Não pode, de nenhum modo, instrumentalizar, dir-se-ia mesmo, coisificar, alguns dos indivíduos, em benefício, arbitrário, dos outros, ou de alguns de entre esses outros^{411 412}.

Como ocorre em qualquer Estado máximo, ou, até, em qualquer Estado médio, como resulta, necessariamente, de um auto-afirmado Estado social⁴¹³.

Designadamente, através de um amplo confisco da propriedade privada⁴¹⁴, *maxime*, sob a forma de escravidão laboral^{415 416}.

Sob a forma de um labor gratuito, não consentido, e, mais, sob a forma de um labor filosoficamente infundamentável, porquanto violador da própria dignidade da pessoa humana.

⁴¹¹ Nozick, *op. cit.*, p. 393: “o Estado mínimo trata-nos como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios ou utensílios ou instrumentos ou recursos: trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isto constitui, Tratando nos com respeito respeitando os nossos direitos permite-nos individualmente ou com quem escolhermos, escolher a nossa vida e realizar os nossos fins e a conceção que temos de nós próprios, na medida em que o podemos, ajudados pela cooperação voluntária de outros indivíduos que têm a mesma dignidade”.

⁴¹² No mesmo sentido, Luño, *La fundamentacion...*, p. 39: “a existência dos homens como indivíduos separados e autónomos torna moralmente condenável qualquer intento de sacrificar os direitos de uns em benefício dos outros”; Braga, *op. cit.*, p. 2: “o cerne do pensamento libertário está centrado na dignidade de cada ser humano, que não pode ser restringida em nome de nenhuma necessidade coletiva”.

⁴¹³ “Para Nozick, o distributivismo do Estado social equivale à quebra do imperativo categórico kantiano na fórmula do ‘fim em si mesmo’. Ou seja, o Estado social trata os os indivíduos (...) como um meio ao serviço de um determinado fim (a justiça como equidade, a maximização do bem-estar, ou outra coisa do género) e não como fins em si mesmos”; assim, Rosas, *op. cit.*, p. XVI.

⁴¹⁴ No mesmo sentido, Waldron, *op. cit.*, p. 82: “na presente abordagem, os direitos sociais (se existem alguns) vivem nos interstícios da propriedade”.

⁴¹⁵ Nozick, *op. cit.*, pp. 213 e 271: “a tributação dos rendimentos do trabalho é equiparável ao trabalho forçado”. “Rever os resultados do trabalho de equivale a reter-lhe horas e ordenar-lhe que realize várias atividades. Se as pessoas o obrigam a fazer um certo trabalho ou um trabalho não remunerado, durante um certo período de tempo, decidem o que tem de fazer e que propósitos servirá o seu trabalho, independentemente das suas decisões. Este processo pelo qual lhe tiram essa decisão torna-os proprietários parciais da sua pessoa; dá-lhes um direito de propriedade sobre ele”.

⁴¹⁶ Nozick, *op. cit.*, p. 217: “os princípios de justiça redistributiva finalística e a maior parte dos dos princípios padronizados instituem a propriedade (parcial) de pessoas e das suas ações e trabalho, por outras, Estes princípios envolvem uma deslocação da noção clássica dos liberais de ‘autopropriedade’ para uma noção de direitos de propriedade (parcial) sobre outras pessoas”.

7.1.1.3.4.2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO: REINO UNIDO

I – Na década de setenta ocorre na Europa um fenómeno económico desconhecido, a estagflação, isto é, o simultâneo crescimento da inflação e acréscimo do desemprego⁴¹⁷.

Maxime, no Reino Unido, em permanente recuo face às outras economias europeias, causado pelo alargamento exponencial dos encargos com os designados direitos sociais.

E é, precisamente, essa crise, no decurso dos anos oitenta, que gera o circunstancialismo político adequado à implementação de um novo tipo de liberalismo⁴¹⁸ e à correspondente rutura com o modelo socialista - ou, no mínimo, socializante - ao tempo estabelecido.

Um modelo adotado desde a II Guerra Mundial, quer, como expectável, por Governos trabalhistas, quer, como se afiguraria menos provável, por Governos conservadores⁴¹⁹.

Clarificando, aliás, a inexistência de sinonímia entre conservadorismo e liberalismo⁴²⁰.

II – A mutação neo-liberal compreende, desde logo, a redução do Estado, operada através de uma extensa política de privatizações, bem como a correspondente limitação das funções estaduais, assumindo estas, doravante, uma natureza estritamente reguladora⁴²¹.

Plasma-se, igualmente, na compressão do poder sindical, efeito não apenas da menor extensão do sector público e da cessação das quotizações sindicais obrigatórias, mas, acima de tudo, das restrições normativas introduzidas ao exercício do direito de greve.

Traduz-se, ainda, na desregulamentação dos mercados financeiros na cidade de Londres - o designado *Big Bang* - que modifica por completo a estrutura de uma economia e de um emprego, assentes, basicamente, na pequena empresa, na manufatura e na mineração.

III - Finalmente, as referidas mutações têm efeitos profundos no direito de propriedade.

⁴¹⁷ No mesmo sentido, Nunes, *op. cit.*, p. 21: “um ritmo acentuado de subida dos preços (inflação crescente) a par de (e apesar de) uma taxa de desemprego relativamente elevada e crescente e de taxas decrescentes (por vezes nulas) de crescimento do PIB”.

⁴¹⁸ No mesmo sentido, Dixon, *op. cit.*, p. 6: “a ofensiva neo-liberal, em preparação há muito nos bastidores, deparou com as condições necessárias ao seu desenvolvimento, podendo afirmar-se por inteiro”.

⁴¹⁹ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 363: “inverter a política socialista que tinha sido seguida, tanto pelos Governos trabalhistas, como pelos conservadores, desde o fim da segunda Guerra Mundial”.

⁴²⁰ No mesmo sentido, Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 397: “o conservadorismo é uma atitude (...) de oposição a mudanças drásticas (...). O que o liberal tem de se perguntar é, antes de mais, não a que velocidade, ou até que ponto deve ocorrer uma mudança, mas para onde dever dirigir-se essa mudança”.

⁴²¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 66: “o paradigma do Estado social prestador é substituído pelo do Estado social regulador, garantidor e incentivador que, de forma mais inteligente e subtil, promove a colaboração dos privados na realização de tarefas de interesse público”.

De um lado, atenta a diminuição da carga fiscal - exemplificativamente, o valor médio da taxa de imposto pessoal desce de 35% para 25%, e a sua taxa máxima de 83% para 40%.

De outro lado, pelo surgimento de manifestações várias do designado capitalismo popular, nomeadamente, a distribuição de ações de empresas privatizadas aos trabalhadores, bem como pelo acesso alargado à habitação própria, gerado pela alienação de um extenso património imobiliário, quer estadual, quer do próprio poder local.

IV – Os subsequentes Governos trabalhistas não revertem, na essência, este padrão jusfundamental e económico, mitigando, apenas, aspetos mais negativos, com a introdução de novos direitos sociais - mormente, o direito a um salário mínimo nacional.

7.1.1.3.5. NEO-MARXISMO

I - No polo oposto ao neo-liberalismo desenham-se, se bem que de forma residual, as construções neo-marxistas.

O neo-marxismo não postula, nos moldes originais, a coletivização integral, ou a negação absoluta do direito de propriedade privada.

Não se inscrevendo, pois, no conspecto dos totalitarismos, negacionistas dos próprios Direitos Fundamentais.

Admite, porém, que esse direito pessoal elementar é suscetível, sempre que politicamente conveniente, de severa restrição, intervenção restritiva, ou, até, de suspensão - em ordem à salvaguarda dos designados direitos sociais de outrem.

Sub-rogando-se, desse modo, os indivíduos, coercivamente, a um Estado manifestamente incapaz de os assegurar⁴²².

II - Acresce que, essas construções implicam que o poder legislativo democrático e, por consequência, ideologicamente aberto, se apresente, na verdade, duplamente capturado.

Capturado, a montante, pela Constituição dos designados direitos sociais, tipificados, regulamentados e, assim, pretensamente cogentes para semelhante legislador.

⁴²² No mesmo sentido, Canotilho, *Jusfundamentalidade...*, p. 846: “a deverosidade pressuporia, segundo alguns, o refinanciamento da socialidade”; e Silva, Susana Tavares da, *op. cit.* p. 117: “triologia da nova socialidade: reduzir, reformular, refinar”.

E, capturado, a jusante, por uma inaceitável margem de politicidade atribuída aos Tribunais⁴²³, em nome de um indeterminado princípio de razoabilidade⁴²⁴.

III - No plano positivado atual, é paradigmática a Constituição da África do Sul (1996). Mas, nesse âmbito, não se afigura despicienda a presente Constituição brasileira (1988). De um lado, porque consagra a existência de direitos sociais dotados de precatividade⁴²⁵. De um outro lado, em razão do modelo de justicialidade, conseqüentemente, adotado⁴²⁶.

7.1.2. HISTÓRIA PORTUGUESA

I - A história institucional do Direito pátrio é passível de segmentação em dois períodos.

O primeiro, que se inicia com a nacionalidade (1143) e decorre até à conquista de Ceuta (1415), identificado por um sistema pluralista de fontes jurídicas.

O segundo, posterior a esse evento político, caracterizado pela concentração no Estado da integridade da produção jurídica normativa⁴²⁷.

⁴²³ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 121: na República sul-africana, “o Tribunal Constitucional tem tido um papel assinalável, através de um ativismo moderado na efetivação jurídica gradual de muitos direitos sociais, nomeadamente, em termos das chamadas ‘ações afirmativas’ no domínio da educação e emprego, e em matéria de prestações no domínio da saúde e da educação”.

⁴²⁴ Nesse sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 213: “o princípio da razoabilidade (...) não significa uma exigência de escolha da melhor, da mais barata, ou da medida ótima para realizar um determinado objetivo social (...); na observância da exigência da razoabilidade é sempre possível fazer diferentes opções políticas num leque alargado de possíveis escolhas não inconstitucionais (...). O Tribunal atribui uma ampla margem de apreciação ao poder reservando-se, apenas, a tarefa de verificar se a opção do legislador ou do poder político cabe dentre desse espectro, se não é desrazoável”.

⁴²⁵ Nesse sentido, Morais, *Curso...*, p. 589: “pontificam na Constituição brasileira direitos sociais que revestem carácter total ou parcialmente precativo e exequível por si próprio. Já outras normas que consagram direitos sociais são precativas, mas não exequíveis por si próprias”.

⁴²⁶ “Tem como ponto inovatório a outorga de eficácia imediata a muitos desses direitos de natureza auto-executável (...), e a criação de institutos poderosos e inéditos de controlo de constitucionalidade por omissão”; e “estes institutos têm funcionado através de um alcance mais longo do que aquele que a Constituição permite, graças a uma interpretação ativista da Lei Fundamental feita pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais ordinários”, “o que levou alguns autores a considerar estar-se diante do paradigma de um ‘Estado judiciário’, pelo menos na área da gestão prestacional do Estado social”; assim, Morais, *Curso...*, pp. 122 e 596.

⁴²⁷ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 13: “dois períodos na História do Direito português (...). O primeiro corresponde a uma ordem jurídica essencialmente pluralista. O segundo a uma ordem essencialmente monista. A transformação de uma na outra opera-se com a concentração nas mãos do Estado das fontes de produção jurídica”.

II – No quadro deste último - o designado período atlantista - evidenciam-se, ainda, duas outras relevantes fases.

Uma, correspondente à Constituição tradicional, precedendo a Revolução Liberal (1820).

Outra, plasmada no constitucionalismo moderno, primeiro liberal (1820-1926), depois anti-liberal (1926-1982) e, finalmente, pós-liberal (1982-...).

7.1.2.1. CONSTITUIÇÃO TRADICIONAL

7.1.2.1.1. PLURALISMO JURÍDICO

I - Desde o Tratado de Zamora (1143), existe, inequivocamente, poder político, poder soberano, poder português.

Não obstante, inexistiu um Estado, com o inerente monopólio da atividade normativa⁴²⁸.

Efetivamente, a elaboração da ordem jurídica resulta da confluência de múltiplas fontes, de matriz muito distinta, nomeadamente, do direito consuetudinário, do direito prudencial, do direito legal, dos direitos locais e, inclusive, de um direito supra-legal⁴²⁹.

II - Entretanto, é na Idade Média que se se revelam os primeiros atos normativos concernentes ao que se designaria, muitos séculos mais tarde, por Direitos Fundamentais.

Assim, no reinado de D. Afonso II é elaborado um primeiro corpo legislativo português.

E, apesar de consagrar, na sua generalidade, apenas a existência de deveres, e não de direitos, face, ou, quiçá, contra, o poder, vislumbram-se, imediatamente, duas exceções.

Uma, a designada Lei da ira régia, prevendo que, em caso de sentença de morte, a sua execução não assume carácter imediato, sendo diferida por um máximo de vinte dias.

⁴²⁸ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 316: “a noção ou ideia de Estado encontra-se ausente na Idade Média. Existia, porém, então, já um aparelho de poder, uma estrutura orgânica-institucional e uma organização burocrática”.

⁴²⁹ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 13: “uma série de factos normativos de proveniência diversa - romana, germânica, canónica - formalmente correspondendo a uma heterogeneidade de fontes; costume, direito prudencial, direito que chamaríamos supra-estatal, direito estatal legal e direitos locais”.

Outra, uma Lei sobre a liberdade matrimonial, impedindo o Rei, ou seus sucessores, de adstringir quaisquer terceiros à realização de um casamento contra a respetiva vontade⁴³⁰.

Igualmente, no reinado de D. Afonso III, a atividade normativa compreende algumas leis suscetíveis de um entendimento como precursoras dos hodiernos Direitos Fundamentais.

Assim, uma nova Lei sobre a liberdade matrimonial, de âmbito mais extenso, proíbe, agora, a contração de casamento, contra a sua livre vontade, por quaisquer nubentes⁴³¹.

Outra estabelece, expressamente, a invalidade de quaisquer pleitos realizados contra o Direito, na prisão, sob coação, quer por menores de catorze anos, quer por incapazes⁴³².

Outra debruça-se sobre os pressupostos e o procedimento dos recursos de apelação⁴³³.

Outra, ainda, fixa para o revel um direito de audição, antes da realização do julgamento, ou mesmo após o respetivo decurso, mas previamente ao conhecimento da sentença⁴³⁴.

E, finalmente, no reinado de D. Dinis destaca-se uma Lei que reforça as garantias de vinculatividade e de efetiva observância de quaisquer sentenças régias de absolvição⁴³⁵.

7.1.2.1.2. MONISMO JURÍDICO

I - No termo da Idade Média, as exigências da centralização do poder levam à concentração da globalidade do procedimento normativo no recém-emergente Estado⁴³⁶.

Mais: as limitações ao poder político, em Portugal, surgem quase irrelevantes opostamente ao visto em Inglaterra, designadamente, com a *Magna Charta*.

Refletindo, tão-somente, a atribuição de alguns privilégios aos estamentos, em especial, ao clero, mas também, à nobreza⁴³⁷.

⁴³⁰ Sobre ambas as leis, Nogueira, *op. cit.*, pp. 431 e 432.

⁴³¹ *Ordenações de El-Rey D. Affonso V*, Livro IV Título 10, parágrafo 3, pp. 71 e 72, Lisboa, Gulbenkian, 1984/1998.

⁴³² *Ordenações de D. Duarte* (org. Martim de Albuquerque, Eduardo Borges Nunes), p. 88, Lisboa, 1988.

⁴³³ *Livro das Leis e Posturas* (org. Nuno Espinosa Gomes da Silva), pp. 96 e 221, Lisboa, 1971.

⁴³⁴ *Ordenações de D. Duarte* (org. Martim de Albuquerque, Eduardo Borges Nunes), pp. 97 e 98, Lisboa, 1988.

⁴³⁵ *Ordenações de D. Duarte* (org. Martim de Albuquerque, Eduardo Borges Nunes), p. 201, Lisboa, 1988.

⁴³⁶ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 13: “o Estado acabará por proclamar a redução do direito aos factos jurídicos por ele promulgados, o que encontra signo externo mais totalitário no identificar o Direito com a lei”.

⁴³⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 23: “essas garantias não correspondiam ainda, como é natural, à proteção de direitos de igualdade (individuais e universais): eram sobretudo direitos

Não configurando atribuição individualizada de direitos subjetivos, e vendo afastadas quaisquer pretensões de vinculatividade ou, por maioria de razão, de justicialidade⁴³⁸.

II - Tipologicamente, esses instrumentos medievais são as cartas de privilégio⁴³⁹ e, de entre estas, as cartas de foral - ou forais - apresentando um objeto muito heterogêneo⁴⁴⁰.

7.1.2.2. CONSTITUIÇÃO MODERNA

I - Em Portugal, os Direitos Fundamentais são declarados e efetivados com o liberalismo.

Especificamente, com a sua positivação, tipificação e justicialização⁴⁴¹ em textos constitucionais, no quadro, mais amplo, do surgimento do Estado de Direito, e da separação orgânico-funcional que lhe inere.

Estes Direitos Fundamentais ancoram-se, exclusivamente, na ideia de direitos naturais⁴⁴².

estamentais, reconhecidos aos membros de corpos ou ordens e adquiriam relevo jurídico por intermédio de mecanismos normativos (designadamente, contratuais)”.

⁴³⁸ No mesmo sentido, Homem, *op. cit.*, p. 77: “apesar da referência comum na legislação pombalina e nos nossos jus-publicistas aos Direitos do Homem, faltava qualquer garantia jurisdicionalizada contra os atos arbitrários do Príncipe (...); “os súbditos têm um dever de obediência às ordens do príncipe, mesmo se injustas ou violadoras do Direito Natural (...); Deus não ouviria nunca os incompetentes clamores com que o Povo acusasse o próprio Rei”.

⁴³⁹ Nesse sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 115: em sentido lato, “documentos que atribuem prerrogativas, liberdades, franquias e isenções de qualquer ordem”; em sentido estrito, “documentos que, embora de índole muito diversa, têm como denominação comum a circunstância de traçarem um regime jurídico específico para certo território ou certa comunidade”.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 118: “contêm preceitos ou disposições de direito processual, militar, fiscal, penal e administrativo”.

⁴⁴¹ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 322 e 323: “ao contrário das Declarações francesas e norte-americanas, onde de facto parecem sobressair as liberdades, nas Constituições portuguesas sobressaem as garantias”.

⁴⁴² No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.* p. 23: “a ideia dos direitos naturais do Homem”.

Salientando-se os direitos de natureza pessoal, designadamente, o tríptico liberdade, segurança e propriedade⁴⁴³ e, embora de um modo, ainda, restrito, os direitos políticos⁴⁴⁴.

Mas, em contrapartida, com uma quase-absoluta exclusão dos designados direitos sociais.

II - Paradoxalmente, o universalismo liberal é inferior visionado no período pré-liberal.

De facto, com a superação do anterior pluralismo das fontes jurídicas, em benefício de um radical monismo, e de um não menos exacerbado positivismo, os direitos, embora mais efetivos, assumem, doravante, um perfil apenas interno⁴⁴⁵.

III - O constitucionalismo português parece desenhar-se como um modelo de ruturas sucessivas, na esteira da construção francesa, e não de desenvolvimento na continuidade, à imagem da solução inglesa.

Na verdade, porém, não é assim, refletindo, antes, os contributos de ambas as construções.

Se é seguro que os textos nacionais se apresentam em número significativo, são também notórias as linhas de contiguidade material entre eles, independentemente das formas institucionais escolhidas, ou dos sistemas de governo em cada momento selecionados⁴⁴⁶.

Acresce que, na totalidade dos textos históricos portugueses, os Direitos Fundamentais se apresentam constitucionalmente positivados, tipificados, vinculativos e justiciáveis⁴⁴⁷.

Afirmando-se sempre como verdadeiros direitos, subjetivos, públicos, apartando-se, desse modo, da opção francesa, e aproximando-se, nessa medida, do paradigma inglês.

⁴⁴³ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 508: “o primeiro dos elementos estruturantes é a liberdade (...) à qual no fundo se reconduz a trilogia liberdade, segurança e propriedade”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 13: a propriedade “é conteúdo de um direito fundamental e, ao mesmo tempo, condição objetiva e garantia de liberdade”.

⁴⁴⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 326: primazia dos direitos originários (naturais, absolutos, primitivos, fundamentais - como também foram designados) sobre quaisquer outros, designadamente os políticos”.

⁴⁴⁵ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 15: “a garantia dos direitos individuais, os limites do Estado, são meramente internos (...); o Estado liberal traduzirá mesmo o começo do fechar da cúpula. Por isso, D’Ors dirá que este é tão absoluto quanto o próprio Estado absoluto”.

⁴⁴⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 507 e 505: “no domínio dos direitos, liberdades e garantias, as sucessivas Constituições portuguesas sugerem ser versões atualizadas do texto vintista”. “O constitucionalismo português evolui por transformações progressivas, a coberto de ruturas parciais de diverso tipo, revelando significativas constantes (quer positivas, quer negativas)”.

⁴⁴⁷ Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 11: “em Portugal nunca foi adotada a técnica da declaração de direitos: os Direitos Fundamentais têm sido sempre enunciados como preceitos no corpo dos textos constitucionais”.

Mais: no que se refere à doutrina, a concepção dos Direitos Fundamentais enquanto direitos subjetivos públicos é, igualmente, a dominante, desde os primórdios até à atualidade⁴⁴⁸.

Como, paradigmaticamente, se constata, primeiro em Silvestre Pinheiro Ferreira⁴⁴⁹, mais tarde em Marnoco e Sousa⁴⁵⁰ e, por último - inclusivamente - com Marcello Caetano⁴⁵¹.

IV - Este período da história jusfundamental pátria exhibe três fases claramente definidas.

A saber, a liberal (1820-1926), a anti-liberal (1926-1982), e a pós-liberal (1982-...)⁴⁵².

Não obstante, o percurso dos nossos Direitos Fundamentais revela-se pouco conseguido.

Oscilando entre o utopismo inconsequente de 1822 e 1911, o conservadorismo de 1826, o hibridismo impraticável de 1838, o corporativismo de 1933 e o marxismo de 1976⁴⁵³.

Só se afirmando, assim, plenamente, esses Direitos Fundamentais, após a transição constitucional de que emana a vigente Lei Básica, a Constituição de setembro de 1982.

7.1.2.2.1. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

I - A vicissitude de 1820 protagoniza uma sensível mutação frente ao *Ancien Regime*.

⁴⁴⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 70: “o pensamento juspublicista português caracterizou-se, desde a afirmação da Monarquia liberal até à entrada em vigor da Constituição de 1976, pelo reconhecimento do carácter jurídico e da verdadeira natureza subjetiva dos Direitos Fundamentais”.

⁴⁴⁹ Nesse sentido, Silvestre Pinheiro Ferreira, *op. cit.*, p. 2: referindo, enquanto direitos individuais elementares, “a segurança pessoal, a liberdade individual e a propriedade real”.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, Marnoco e Sousa, *op. cit.*, p. 38: “os direitos públicos individuais, mesmo na forma negativa, constituem verdadeiros direitos (...). Têm na realidade um objeto, embora negativo”.

⁴⁵¹ Nesse sentido, Caetano, *Manual...*, pp. 266, 270 e 274: as Declarações de Direitos são “técnicas de limitação do poder político”, visando “tornar efetivos esses limites, fazê-los funcionar oportunamente de maneira a conter os governantes no âmbito das atribuições traçadas”. “Na continuação do século XIX (...), evolução das declarações europeias: primeiramente, a sua integração nos próprios textos das Constituições escritas, de modo que, em vez do carácter declaratório e superlegal que de início teve a enumeração dos direitos individuais, passou a dar-se a esta um carácter legal, embora de valor superior”. “As enumerações constitucionais têm (...) a mesma natureza e eficácia das Constituições de que fazem parte”.

⁴⁵² Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 294 e 295: “três períodos relativamente bem delimitados”: “o período do constitucionalismo liberal e parlamentar, o período do constitucionalismo antiliberal, antiparlamentar e anti-partidário, e o período do constitucionalismo para-democrático e democrático”.

⁴⁵³ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 309: “o radicalismo vintista, o conservadorismo monárquico, o republicanismo radical, o corporativismo autoritário e o socialismo tutelado”.

Designadamente, porque a integralidade da função constitucional - o então designado poder constituinte - é reservada, em exclusivo, às Cortes Extraordinárias, eleitas em 1821.

Porém, as linhas de continuidade não se apresentam, de nenhum modo, despiciendas⁴⁵⁴.

De facto, a Constituição moderna não intenta um rompimento, absoluto, com a tradição.

Nem uma receção, em formulação mais benigna, de uma Revolução francesa ocorrida trinta e três anos antes, ou mesmo, quiçá, de um procedimento político espanhol do qual emerge a Constituição de Cádiz, de 1812⁴⁵⁵.

Almeja, sobretudo, fazer cessar as más práticas constitucionais portuguesas anteriores⁴⁵⁶.

II – Consequentemente, a forma institucional monárquica não é, em nenhum momento, questionada, como o não o é a própria dinastia reinante (art. 31º), nem, tão-pouco, se verifica uma mutação do Monarca que nesse momento a corporiza (art. 31º), ou, inclusive, se opera uma mudança na deferência que tradicionalmente lhe é devida (art. 127º)⁴⁵⁷.

7.1.2.2.1.1. CONSTITUIÇÃO DE 1822

I - A Constituição de 1822 inicia-se, precisamente, com um título consagrado aos direitos e aos deveres individuais dos portugueses (Título I), compreendendo dezanove artigos.

Sobressaem, o direito à liberdade, o direito à segurança e o direito à propriedade (art. 1º).

Mais: esta triologia é erigida em objeto e em finalidade da própria Constituição (art. 1º).

A liberdade encontra-se definida como a faculdade de não ser obrigado a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que essa lei não proíbe (art. 2º).

A segurança traduz-se numa exigência de proteção pelo poder, em ordem à conservação dos direitos pessoais (art. 3º).

E a propriedade é caracterizada como direito sagrado e inviolável, ainda que suscetível de ablação, em caso de necessidade pública e urgente, contra indemnização (art. 6º).

⁴⁵⁴ Nesse sentido, Rodrigues, *O Primeiro-Ministro...*, p. 123.

⁴⁵⁵ Mesmo se, o Decreto de 21 de Abril de 1821 mandou aplicar ao Reino do Brasil a Constituição espanhola, enquanto não chegasse a Constituição que se estava preparando em Lisboa (...). Felizmente, tal Decreto (...) teve uma vigência de 24 horas"; assim, Martinez, *As liberdades fundamentais...*, p. 54.

⁴⁵⁶ No mesmo sentido, Caetano, *Constituições portuguesas*, p. 14: "a grande maioria dos que inicialmente apoiaram a Revolução de 1820 queria, sobretudo, o regresso do Rei, a independência nacional, um governo melhor".

⁴⁵⁷ "A dinastia reinante é a da Sereníssima Casa de Bragança"; "o nosso Rei atual é o Senhor D. João VI"; "o Rei tem o tratamento de 'Majestade Fidelíssima'".

II - O texto constitucional vintista consagra, também, as liberdades de pensamento (art. 7º), de expressão (art. 7º), de imprensa (art. 8º), de petição (art. 16º) e, de forma indireta, o direito à integridade, com proibição da tortura e de penas cruéis ou infamantes (art. 10º), definindo, ainda, um conjunto de garantias penais e processuais penais (art. 4º, 10º e 11º).

Em contrapartida, não prevê a liberdade religiosa senão para estrangeiros, permanecendo a religião da Nação portuguesa, juridicamente, católica, apostólica e romana (art. 25º).

III - Em sede de direitos políticos, *maxime*, de direito de sufrágio, a listagem de inelegibilidades é vasta (art. 33º, segs).

Com especial saliência para todos os que não saibam ler e escrever (art. 33º, VI), ao tempo, a quase integralidade dos portugueses, e sem obnubilar os ainda existentes⁴⁵⁸ escravos (art. 21º, IV, *a contrario*).

IV - Marginalmente ao catálogo, e sediado nos preceitos constitucionais finais, apresenta-se o esboço de um eventual direito social, o direito ao ensino (art. 237º).

7.1.2.2.1.2. CARTA CONSTITUCIONAL DE 1826

I - A Carta Constitucional sinaliza uma manifesta regressão no domínio jusfundamental.

Sistematicamente, porque os Direitos Fundamentais se encontram inscritos no último preceito do texto constitucional (art. 145º)⁴⁵⁹.

Substantivamente, porque o catálogo desses Direitos Fundamentais se afirma mais circunscrito do que o vintista (art. 145º).

E porque, mais grave, ressurgem expressas menções aos súbditos portugueses (Preâmbulo), e às três ordens do Estado (Preâmbulo).

⁴⁵⁸ A abolição da escravatura em todo o Império português é proclamada pela Lei de 25 de Fevereiro de 1869: “fica abolido o estado de escravidão em todos os territórios da monarquia portuguesa, desde o dia da publicação do presente decreto. Todos os indivíduos dos dois sexos, sem exceção alguma, que no mencionado dia se acharem na condição de escravos, passarão à de libertos e gozarão de todos os direitos e ficarão sujeitos a todos os deveres concedidos e impostos aos libertos pelo decreto de 19 de Dezembro de 1854; *Diário do Governo*, 27 de Fevereiro de 1869.

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V, I, p. 340: “um dos aspetos que chama mais a atenção tem sido a colocação sistemática dos Direitos Fundamentais relegados para o último artigo”.

II – No que concerne aos direitos de liberdade pessoais, estes continuam a patentear o trinómio liberdade, segurança e propriedade como núcleo essencial (art. 145º, proémio).

Aliás, quanto ao último, mais se dispõe: “é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indemnizado do valor dela. A Lei marcará os casos em que terá lugar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização (art. 145º, parágrafo 21º).

No que se reporta aos direitos políticos, a Câmara dos Deputados - num contexto bicameral - é eletiva (art. 34º), mas o sufrágio assume-se, agora, indireto (art. 63º) e, sobretudo, censitário (art. 65º, parágrafo 5º).

Em contrapartida, no que respeita aos designados direitos sociais, surgem, pela primeira vez, um direito aos socorros públicos (art. 145º, parágrafo 29º) e o direito a uma instrução primária gratuita (art. 145º, parágrafo 30º).

III - Na Carta Constitucional de 1826, enquanto mais relevante progresso em sede de Direitos Fundamentais, destacam-se, essencialmente, as normas jurídicas, garantísticas, e detalhadas, atinentes ao procedimento da sua suspensão (art. 145º, parágrafos 33º e 34º).

7.1.2.2.1.3. CONSTITUIÇÃO DE 1838

I - A Constituição de 1838, num compromisso entre as anteriores, não regula os Direitos Fundamentais nem na abertura, nem nos preceitos finais, mas em título intermédio (Título III, art. 9º, segs.).

Não obstante, a locução utilizada para encabeçar o título anterior (Título II, art. 6º, segs.), é, agora, significativamente, cidadãos portugueses, e não, já, súbditos portugueses.

II – O texto setembrista distancia-se dos anteriores pela inexistência de uma menção, expressa, ao clássico trípico liberal, integrando pela liberdade, segurança e propriedade.

Sem prejuízo de se encontrarem, embora menos enfaticamente, previstas (art. 9º e 23º).

Em contrapartida, regista-se um alargamento do catálogo jusfundamental, aditado com os direitos de associação (art. 15º, proémio), de reunião (art. 15º) e de resistência (art. 25º).

E vislumbram-se, de novo, alguns possíveis direitos sociais, como ao ensino (art. 28º e 29º), à instrução primária gratuita (art. 28º, parágrafo I), e aos socorros públicos (art. 28º, parágrafo III).

III - Por último, a matéria atinente à suspensão reflete uma evolução significativa, em ordem à obtenção de uma acrescida proteção dos Direitos Fundamentais (art. 32º).

7.1.2.2.1.4. CONSTITUIÇÃO DE 1911

I - A Constituição de 1911 regula os Direitos Fundamentais sob a epígrafe de Direitos e Garantias individuais (Título II, art. 3º e 4º).

O texto republicano consagra a tricotomia liberdade-segurança-propriedade, enquanto pilar dos Direitos Fundamentais, designando-a, mesmo, por inviolável (art. 3º, próémio).

Numa linha de continuidade jurídica, manifesta, com os precedentes textos monárquicos.

II – A inovação mais saliente resulta da liberdade religiosa, a qual se apresenta, também, como a mais exaustivamente disciplinada (art. 3º, parágrafos 4º a 10º, e parágrafo 12º).

Não obstante, registam-se, ainda, a consagração do *habeas corpus* (art. 3º, parágrafo 31º), da responsabilidade extracontratual do Estado por condenação penal ilegal (art. 3º, parágrafo 34º), ou do direito de resistência (art. 3º, parágrafo 37º).

E, no plano social, o direito ao ensino básico, que se pretende, agora, obrigatório e gratuito (art. 3º, parágrafo 11º), bem como, o direito à assistência pública (art. 3º, parágrafo 29º).

Negativamente, justifica referência a não consagração constitucional do direito de greve.

E, mais tarde - e mais gravosamente - a reintrodução da pena de morte em teatro de guerra (art. 3º, parágrafo único, Lei de revisão constitucional nº 635, de 28 de setembro de 1916).

III – No domínio da universalidade e da igualdade, a suposta revolução republicana desenha-se, basicamente, semântica.

Em primeiro lugar, porque se a eleição da Câmara dos Deputados e do Senado assume natureza direta (art. 8º), a definição do corpo eleitoral é remetida para lei especial (art. 8º, parágrafo único).

E este último normativo, embora abandonando o sufrágio censitário, conserva o sufrágio capacitário, no quadro de uma maioria muito alargada (próxima de 70%) de analfabetos.

Em segundo lugar, porque o Chefe de Estado é escolhido, não pelo Povo, de forma direta ou indireta, mas pelas duas Câmaras do Congresso (art. 38º)⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V, I, p. 356: “o reforço do igualitarismo jurídico-político (...) é muito duvidoso relativamente à atitude em face de desigualdades estruturais na sociedade e no ordenamento (...). O caso do estatuto jurídico da mulher é elucidativo”.

Em terceiro lugar, porque o referendo (art. 66º, parágrafo 4º) - pela primeira vez consagrado, em Portugal - ostenta mero carácter administrativo, não conhecendo, nunca, nem regulação ordinária, nem, por consequência, qualquer tipo de implementação prática.

IV – A Constituição estabelece uma cláusula aberta de Direitos Fundamentais (art. 4º).

Assim: “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis”.

No entanto, o seu alcance afirma-se circunscrito, porque não compreende, de nenhum modo, uma possível receção do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁶¹.

V – A Constituição republicana de 1911 introduz um processo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis (art. 63º), com benefícios, potenciais, para os Direitos Fundamentais.

Porém, semelhante instrumento tutelar vem a revelar-se, faticamente, muito ineficaz⁴⁶².

7.1.2.2.1.5. CONSTITUIÇÃO DE 1918

I – A Constituição de 1918 emerge da vicissitude, estrutural, conhecida pelo texto de 1911 na sequência do golpe de Estado de Sidónio Pais (1918).

Na verdade, mesmo se o procedimento utilizado se evidencia absolutamente atípico, a extensão e a profundidade das alterações consubstanciam uma transição constitucional.

Emergindo, assim, uma verdadeiramente nova Constituição material⁴⁶³, Constituição que, não obstante, permanece no âmbito do modelo constitucionalista liberal.

II - No que concerne aos Direitos Fundamentais, a vicissitude plasma-se, sobretudo, nos direitos políticos e, mais relevantemente, na universalização do direito de sufrágio.

⁴⁶¹ Em sentido distinto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 326: “mais nominal do que real. E a prova é simples: para lá dos dois exemplos sugeridos por Marnoco e Sousa (o direito de eleger o Congresso por sufrágio direto e a independência do poder judicial), a doutrina não conseguiu fornecer outros casos de direitos não enumerados”.

⁴⁶² No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 361: “assistida de fraca tutela jurisdicional, a principal garantia dos direitos continua a residir na lei”.

⁴⁶³ No mesmo sentido, Rodrigues, *A Constituição portuguesa de 1918*.

Desde logo, porque o órgão Presidente da República passa a ser escolhido através de sufrágio direto popular (art. 116º, Decreto nº 3997, de 30 de março de 1918).

Mais: porque essa eleição assume, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, um âmbito universal masculino (art. 3º, Decreto nº 3997, de 30 de março de 1918).

Depois, porque a aludida universalização do direito de voto se estende à designação dos titulares de todos os remanescentes cargos políticos e, inclusive, de cargos administrativos (art. 3º, Decreto nº 3997, de 30 de março de 1918).

Sem embargo de essa assinalável conquista democrática não se alargar, ainda, à capacidade eleitoral passiva (art. 6º, Decreto nº 3997, de 30 de março de 1918).

Finalmente, porque o Senado da República é composto, doravante, por membros escolhidos pelos órgãos representativos, quer das províncias, quer das associações representativas das diferentes categorias profissionais (art. 2º, Decreto nº 3997, de 30 de março de 1918).

7.1.2.2.1.6. CÓDIGO CIVIL – CÓDIGO DE SEABRA

O constitucionalismo moderno não se afirma como um fenómeno ímpar no conjunto da ordem jurídica portuguesa.

Pelo contrário, inscreve-se num movimento codificador alargado, cuja mais eloquente manifestação, o Código Civil de 1867⁴⁶⁴, se revela, nesta sede, profundamente inspirador.

Mais: a densidade e a extensão dos direitos estabelecidos apresenta-se, até, em múltiplos casos, superior à dos homólogos de fonte constitucional⁴⁶⁵, elencando, designadamente, os direitos de existência, de liberdade, de associação, de apropriação e de defesa (art. 359º).

Em parte, porque os direitos pessoais e, mais concretamente, os direitos de personalidade, surgem, ao tempo, associados ao Direito Civil e ao Direito Privado e, simultaneamente, ao Direito Público e ao Direito Constitucional⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 397: “o maior monumento jurídico do século XIX português”.

⁴⁶⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 399: “leva muito além dos textos constitucionais (...) a conceção jusracionalista dos direitos individuais (...), explicitando a tutela de novos bens (a vida, a integridade pessoal, o bom nome e reputação)”.

⁴⁶⁶ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 390: “um domínio em que (...) o Direito Civil reinou soberano durante um século e que hoje parece património do Direito Constitucional (...) foi o dos direitos sobre a própria pessoa: só aí encontramos reflexões sobre temáticas como as do aborto, eutanásia, suicídio, mutilação, etc.”

Noutra parte, porque a filosofia jurídica subjacente a este Código Civil se revela profundamente personalista e militantemente individualista⁴⁶⁷.

Numa única palavra, liberal.

7.1.2.2.2. CONSTITUCIONALISMO ANTI-LIBERAL

7.1.2.2.2.1. CORPORATIVISMO

7.1.2.2.2.1.1. DITADURA 1926-1933

O interregno constitucional observado entre 1926 e 1933 revela a existência de uma primeira Ditadura Militar.

Tornando-se impertinente, dessa forma, o seu exame em sede de Direitos Fundamentais.

7.1.2.2.2.1.2. CONSTITUIÇÃO DE 1933

I - A Constituição de 1933, apesar de não recorrer, no seu corpo normativo, a essa precisa locução, reserva um posicionamento sistémico destacado aos Direitos Fundamentais.

Colocando-os na Parte I - Das Garantias Fundamentais, dentro desta no Título II - Dos Cidadãos, e, sobretudo, regulando-os, imediatamente, nos seus aspetos estruturantes, enquanto Direitos e Garantias individuais dos cidadãos portugueses (art. 8º).

II - A Lei Fundamental positiva a generalidade dos direitos pessoais à data conhecidos.

Tipificando-os, aliás, de uma forma mais abrangente do que a sua antecessora de 1911⁴⁶⁸.

Assim, prevê, nomeadamente, o direito à vida (art. 8º, 1º), o direito à integridade pessoal (art. 8º, 1º), o direito ao bom nome e reputação (art. 8º, 2º), a liberdade física (art. 8º, 8º), a liberdade de pensamento (art. 8º, 4º), a liberdade de expressão (art. 8º, 4º), a liberdade religiosa (art. 8º, 3º), a inviolabilidade da vida privada (art. 8º, 6º), e outrossim, os direitos

⁴⁶⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 398: “sistematização e orientação antropocêntricas, além de apresentar uma construção particularmente conseguida no que toca aos direitos originários”.

⁴⁶⁸ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 19: “uma desvalorização manifesta, teórica e prática, dos direitos de liberdade”.

de propriedade (art. 8º, 15º), reunião (art. 8º, 14º), associação (art. 8º, 14º), e petição (art. 8º, 18º).

Consagra, igualmente, um conjunto remarcável de garantias gerais (art. 8º, 17º), penais e processuais-penais (art. 8º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, e 20º, parágrafo 4º) e, até, um direito de resistência a quaisquer ordens que infrinjam esses direitos individuais (art. 8º, 19º).

Estabelece, ainda, uma cláusula aberta de Direitos Fundamentais (art. 8º, 20º, parágrafo 1º) e, embora sem uma referência específica aos Direitos Humanos, uma genérica receção do Direito Internacional (art. 4º).

Finalmente, determina a expressa limitação do poder político, não apenas pelo Direito, mas, igualmente - ou, sobretudo - pela Moral (art. 4º), numa clara manifestação de índole jusnaturalista⁴⁶⁹.

III - Supervenientemente, aquando da revisão constitucional de 1971, estes direitos e garantias são reforçados com a introdução de novas liberdades⁴⁷⁰, dando origem, assim, à formulação direitos, liberdades e garantias (art. 8º, 19º, Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto).

IV - Os direitos políticos não se encontram elencados no preceito ora analisado (art. 8º).

Contudo, o Presidente da República é eleito diretamente pela Nação (art. 72º, parágrafo 2º) e, de forma análoga, o são os Deputados à Assembleia Nacional (art. 85º, proémio).

V - Não obstante, a Constituição de 1933 assume um carácter anti-liberal - se bem que, não totalitário⁴⁷¹ - porque ao valor da liberdade se sobrepõe o valor da autoridade^{472 473}.

⁴⁶⁹ Em sentido oposto, Homem, *op. cit.*, p. 94: com o Código Civil de 1966 “parecia completo o triunfo do positivismo e o esquecimento do Direito Natural”.

⁴⁷⁰ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 39: “o aditamento do termo liberdades tem de ser visto como mero arranjo semântico, aditando aos dois elementos fixados na tradição nacional (os direitos e as garantias) um termo que poderia, talvez, sugerir uma certa projeção das liberdades políticas”.

⁴⁷¹ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p.116: “num ângulo de visão não totalitário, o corporativismo autoritário português recebeu, quer a influência fascista, quer a influência da Constituição de Weimar, quer ainda a das encíclicas papais, mormente a ‘Quadragesimo Anno’”.

⁴⁷² Nesse sentido, Salazar, *op. cit.*, V. IV, p. 205, e Vol. I, p. 91: “a autoridade necessária e a liberdade possível”; “a necessária hierarquia dos valores numa sociedade bem ordenada”.

⁴⁷³ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 509 e 468: “recusa (...) do princípio da liberdade, colocando no seu lugar uma refração de um interesse coletivo, o princípio da autoridade (...). Hipertrofia dos valores coletivos (...), de que o princípio da autoridade é expressão, em detrimento dos bens e interesses jusfundamentais individuais”.

E porque o móbil pessoal, individual, cede, manifestamente, face ao interesse coletivo⁴⁷⁴.

Incumbindo, assim, ao Estado, não só coordenar, como impulsionar e, inclusive, dirigir, todas as atividades sociais, fazendo prevalecer uma justa harmonia dos vários interesses, embora, sempre, dentro da legítima subordinação dos particulares ao geral (art. 6º, 2º).

VI - Este carácter autoritário encontra tradução específica no regime fixado para os condicionamentos dos Direitos Fundamentais, mormente, no que tange à sua restrição.

Desde logo, porque o gozo dos direitos e liberdades depende, em termos gerais⁴⁷⁵, e de um modo algo indeterminado, da inexistência de ofensa dos direitos de terceiros, e de lesão dos interesses da sociedade, ou dos princípios da moral (art. 8º, 20º, parágrafo 1º)

Depois, porque o conteúdo e alcance de parte relevante desses direitos e liberdades é passível de restrição ordinária, fundamentada em conceitos, eles próprios, muito abertos.

Exemplificativamente, os de opinião pública (art. 20º), de perversão da opinião pública, ou, até, de salvaguarda da integridade moral dos cidadãos (art. 8º, 20º, parágrafo 2º)⁴⁷⁶.

Em fim, porque se admite a privação do direito à liberdade, física, independentemente de culpa formada, e relativamente à prática de crimes na forma tentada ou frustrada (art. 8º, 20º, parágrafo 3º).

Não obstante os examinandos condicionamentos incidirem, maioritariamente, não sobre os direitos pessoais, em geral, mas, apenas sobre um grupo de direitos, e, de entre eles, sobre os que apresentam uma incidência ou uma vertente manifestamente política⁴⁷⁷.

VII - Ao invés da restrição, a disciplina da suspensão encontra-se em linha com a dos textos anteriores (art. 10º), o que traduz, potencialmente, uma sua razoável salvaguarda.

⁴⁷⁴ Nesse sentido Salazar, *op. cit.*, V. I, p. 308 e 309: “por muito longe que vá a nossa tolerância perante as divergências doutrinárias que em muitos pontos dividem os homens, nós somos obrigados a dizer que não reconhecemos liberdade contra a Nação, contra o bem comum, contra a família, contra a moral”.

⁴⁷⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 445: “pela primeira vez em todo o nosso constitucionalismo, a prescrição de uma cláusula geral sobre limites ao exercício dos direitos”.

⁴⁷⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 24: “cheque quase em branco ao legislador”.

⁴⁷⁷ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 468: “entre os direitos, liberdades e garantias e entre a massa dos cidadãos é possível estabelecer duas categorias: os direitos com projeção política (...) e os cidadãos com propósitos de questionar a livre ação política e governativa, por um lado, e os restantes direitos e cidadãos (...); os primeiros conhecem fortes e necessárias restrições, limitações e deveres; os segundos apenas as mínimas”.

VIII – A Constituição de 1933 não se afirma, porém, anti-social, ou, tão-pouco, a-social.

Desenha-se, pelo contrário, como um texto intervencionista, quiçá, como o mais intervencionista de todo o constitucionalismo português.

Determinando que o Estado tem, em simultâneo, o direito e o dever, de coordenar e de regular superiormente a vida económica e social (art. 31º).

Que, quer a propriedade, quer o capital, quer o trabalho, desempenham uma função social, em regime de cooperação económica e de solidariedade (art. 35º).

Que, na interação entre o fator capital e o fator trabalho, é proibida a suspensão de atividades por qualquer deles, tendo por fim a defesa dos respetivos interesses (art. 39º).

E afirmando, agora no Estatuto do Trabalho Nacional - normativo concretizador da Lei Fundamental - que “a Nação portuguesa constitui uma unidade moral, política e económica, cujos fins e interesses dominam os dos indivíduos e dos grupos que a compõem” (art. 1º).

IX - Nesse quadro, inspirado pela Constituição do Império Alemão (1871), e pelo modelo de Estado de Bismarck, prevê um significativo número de designados direitos sociais⁴⁷⁸.

Em geral, definindo como incumbência fundamental do Estado assegurar a todos os indivíduos o direito a um mínimo existencial (art. 6º, 3º)⁴⁷⁹.

Incumbência que, aliás, passa a apresentar formulação mais exigente após a revisão constitucional de 1971, com menção explícita à dignidade da pessoa humana⁴⁸⁰.

Em especial, ao obrigar esse mesmo sujeito estadual em matérias como a habitação (art. 13º, 1º), a maternidade (art. 13º, 2º), o ensino (13º, 4º), ou a instrução (art. 42º)⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ No mesmo sentido, Martinez, *As liberdades fundamentais...*, p. 55: “desprendendo-se dos pressupostos individualistas, tendeu a alargar as as garantias concedidas às liberdades fundamentais para além da esfera individual (art. 6º)”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 433: “não podemos ficar-nos pelo artigo 8º, perante a evidente opção constitucional por toda a Parte I de numerosos elementos constitutivos das Garantias Fundamentais”.

⁴⁷⁹ “Zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que desçam abaixo do nível de existência humanamente suficiente”.

⁴⁸⁰ “Promover o bem-estar social, procurando assegurar a todos os cidadãos um nível de vida de acordo com a dignidade humana”.

⁴⁸¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 431: “as tímidas ideias (...) de assistência pública, a que por exemplo sempre acudiram as Constituições portuguesas, irão ser projetadas a uma escala incomparável: os direitos sociais e a intervenção do Estado na vida económica, social e cultural vão constituir dois elementos do novo instrumentário que uma Constituição (...) anti-individualista como a de 1933 não vai dispensar”.

E, ainda, aquando da revisão constitucional de 1951, ao juntar ao catálogo existente um direito ao trabalho - integrado, paradoxalmente, não entre os direitos sociais, mas entre os direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses (art. 8º, 1º- A).

7.1.2.2.2.2. SOCIALISMO

O constitucionalismo anti-liberal não cessa com o golpe de Estado de 25 de Abril de 1974.

Muda, tão-somente, a respetiva orientação política, com o socialismo a ocupar a anterior posição do corporativismo.

7.1.2.2.2.2.1. DITADURA 1974-1976

O interregno constitucional vivenciado entre 1974 e 1976 configura uma segunda Ditadura Militar⁴⁸².

Apresentando-se, assim, no que tange aos Direitos Fundamentais, irrelevante, apesar da precocemente invocada - mas flagrantemente inobservada⁴⁸³ - Declaração Universal dos Direitos Humanos.

7.1.2.2.2.2.2. CONSTITUIÇÃO DE 1976

I - A Constituição de 2 de abril de 1976 encontra origem numa vontade militar nunca sufragada popularmente, de forma plena, nem por via eleitoral, nem através de referendo.

Inicialmente, porque o poder emergente vincula a Assembleia Constituinte às exigências das designadas - e impostas aos partidos políticos - Plataformas de Acordo Constitucional.

⁴⁸² No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 120: “ditadura militar protagonizada pelo Movimento das Forças Armadas (M.F.A.)”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 546 e 621: “a Lei nº 11/75, de 9 de Setembro (...) atestava definitivamente o carácter ditatorial do regime político instituído”; “num momento em que a legitimidade eleitoral já havia expresso claramente o sentido da vontade popular, prolongando assim, sob novas vestes, o já longo período de crise de efetividade do sistema de direitos”.

⁴⁸³ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 627: “o sistema de direitos ficou claramente condicionado pela dinâmica do processo revolucionário, em detrimento não apenas da legitimidade eleitoral (...) como da proteção de bens e valores jusfundamentais (...); legislação excecional repressiva ou restritiva decretada visando certa classe de pessoas (...); redução e compressão de âmbitos e garantias tradicionais do direito de propriedade privada”.

Ulteriormente, porque o texto fundamental não é referendado, malogrando-se, dessa forma, a derradeira oportunidade de mitigar o seu déficit democrático original.

Mais: porque o procedimento constituinte se pauta por um elevado grau de opacidade democrática, quer em termos gerais, quer no que se reporta aos Direitos Fundamentais.

De facto, a decisão constitucional elementar não ocorre em Plenário mas em Comissão, inexistindo, ademais, atas da quase totalidade das suas reuniões⁴⁸⁴.

II – Cumulativamente, a Lei Fundamental assume uma pretensão de irreversibilidade⁴⁸⁵.

Em sede de Direitos Fundamentais, excluindo, adequadamente, a mutação dos verdadeiros Direitos Fundamentais, dos direitos de liberdade (art. 24º a 52º).

Mas proibindo, igualmente, a reversão dos designados direitos sociais dos trabalhadores (art. 53º a 57º) e, sobretudo, a eliminação de pretensos direitos fundamentais de pessoas coletivas, como os das comissões de trabalhadores (art. 54º), ou das associações sindicais (art. 55º e 56º).

Obnubilando, assim, todas as lições histórico-constitucionais e, esquecendo mesmo, ironicamente, a afirmação contida na Constituição francesa de 1793: “um Povo tem sempre o direito de rever, de reformar, e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras” (art. 28º).

III – Numa ótica substantiva, a Constituição ergue-se como um texto autoritário⁴⁸⁶, dirigente, ideológico, e empenhado na construção, faseada mas irreversível, de um socialismo comunista.

De um tipo de socialismo que, numa perspetiva estritamente marxista, colocaria termo final à luta de classes e à própria história.

O texto abrilino não prevê, assim, ou admite, sequer, um modelo jurídico-político aberto.

De um lado, porque comprime a decisão política democrática ordinária, transformando a tipicamente minimalista escolha de um programa constitucional em definição de um

⁴⁸⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...* V. I, p. 563: “a decisão criadora e constitutiva coube mais às Comissões do que ao Plenário (relegado à função de homologação de decisões prévias revestidas da autoridade conferida pelo consenso maioritário) (...), nascendo a preocupação da ausência de elementos documentais suficientes sobre os debates travados no seio das comissões”.

⁴⁸⁵ No mesmo sentido, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 360: “através do art. 290º, o essencial destes princípios e meios de ‘transição socialista’ assume a pretensão de ‘irreversibilidade’ jurídica, senão até de ‘sacralidade’ revolucionária”.

⁴⁸⁶ Em sentido próximo, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 196: “a Constituição não é neutra e o ‘bloco constitucional dirigente’ representa mesmo um ‘impulso’, uma ‘exigência’ e não apenas um ‘limite’ à atuação da política”.

efetivo programa de Governo, ou, inclusive, de um verdadeiro programa de administração⁴⁸⁷.

De outro lado, porque assume a pretensão, inaceitavelmente anti-democrática, de afastar, não apenas uma alternativa liberal⁴⁸⁸, mas qualquer alternativa política não-socialista.

IV - Na ótica dos Direitos Fundamentais, a Constituição não desenha um simples Estado social, porque este surge, ainda, à luz dos padrões ocidentais, como Estado de Direito⁴⁸⁹.

Essa Constituição estabelece, sim, um Estado de carácter, indeclinavelmente, socialista.

Quando prevê que o fundamento da organização económico-social assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação coletivas dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras (art. 80º).

Quando admite, sem as tipificar, quaisquer formas de intervenção e de socialização dos meios de produção (art. 82º, nº 1).

Quando prescreve, inclusivamente, que a expropriação pode não dar lugar a indemnização (art. 82º, nº 2), configurando, desse modo, um puro confisco.

Quando acolhe figuras jurídico-económicas de inspiração comunista jugoslava, como a do controlo de gestão (art. 90º, nº 2), ou a da auto-gestão (art. 90º, nº 3).

Quando proclama que a propriedade social tenderá a ser a predominante (art. 90º, nº 1).

Quando caracteriza o setor privado de forma menor, porquanto residual (art. 89º, nº 4).

Ou, mais grave ainda, quando circunscreve a simples existência desse sector, e do correspondente direito de propriedade privada, ao termo da transição para o socialismo (art. 89º nº 1).

⁴⁸⁷ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 102: “por mais que se pretenda esconder o facto, a Constituição portuguesa, ao ter alargado significativamente a especificação e o domínio das regras, retirou à disponibilidade do legislador ordinário, e mesmo ao poder de concretização do juiz, um conjunto de matérias tradicionalmente em aberto na generalidade dos textos constitucionais”.

⁴⁸⁸ Em sentido diverso, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 360: “recusa de qualquer alternativa ou política liberal no quadro da Constituição atual”.

⁴⁸⁹ Em sentido próximo, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 362: “o Estado social conserva muito da ‘neutralidade burguesa’, embora se trate de uma ‘neutralidade ativa’”. “A função do Estado social não é consumir a revolução social, mas impedi-la, não é realizar a ‘sociedade sem classes’, mas a ‘paz social’”.

V – A Constituição impõe, nesta determinista procura do socialismo, a absoluta funcionalização⁴⁹⁰ da integralidade do sistema jusfundamental⁴⁹¹.

De uma parte, com a inclusão, enquanto pretensos sujeitos de designados direitos sociais⁴⁹², de pessoas coletivas (art. 12º, nº 2) e de outras entidades grupais, designadamente de natureza laboral (art. 54º e 56º).

De outra parte, com a conversão dos próprios direitos de liberdade em direitos sociais, paradigmaticamente, de um direito de propriedade privada, aqui multi-condicionado⁴⁹³ e travestido em direito económico (art. 62º).

Significando isso que o indivíduo se desvaloriza, que se uniformiza, perante o coletivo⁴⁹⁴.

Que a igualdade inicial de oportunidades recua frente à igualdade final de resultados⁴⁹⁵, que a liberdade cede perante a solidariedade⁴⁹⁶.

E que o socialismo consome, parcialmente, o liberalismo.

VI – O modelo de Direitos Fundamentais assume, apesar de tudo, matriz personalista⁴⁹⁷.

⁴⁹⁰ Em sentido próximo, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 347: “coletivização dos Direitos Fundamentais, que embora represente (...) um alargamento do seu campo, significa também um dessubjetivação automática”.

⁴⁹¹ Em sentido próximo, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 187: “pretendeu-se forçar a amarra a uma opção de princípio que possa funcionar, não apenas como o ‘espírito das leis’ e primeiro aceno da Constituição material, mas como norte dirigente e molde para a realidade a enfrentar”.

⁴⁹² No mesmo sentido, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 348: “titularização direta, não só pelas pessoas coletivas, mas até por grupos e classes (direitos fundamentais dos trabalhadores)”.

⁴⁹³ No mesmo sentido, Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 328: “a propriedade aparece como que num regime de liberdade condicional e limitada, e é vista tanto como uma possível ameaça contra a própria liberdade, como o projeto de um maior nivelamento social”.

⁴⁹⁴ No mesmo sentido, Pires, *Teoria da Constituição...*, pp. 354 e 293: “perpassa um pessimismo sobre as suas possibilidades de ser autónomo”. “À pretensão da omissão do Estado, sobre a qual se erguia a conceção da autonomia da sociedade, sucede aqui a pretensão oposta”.

⁴⁹⁵ No mesmo sentido, Pires, *Teoria da Constituição...*, pp. 343 e 346: “a igualdade pretende-se real (art. 9º, nº 1, e 106º, nº 1), muito para lá da mera igualdade jurídica, ou até da simples igualdade de oportunidades”. “Não se trata (...) de uma igualdade de condições, ou de uma igualdade de meios, mas da própria busca de uma igualdade de resultados”.

⁴⁹⁶ No mesmo sentido, Pires, *Teoria da Constituição...*, pp. 353 e 369: “a dinâmica da Constituição persegue, sem dúvida, mais a igualdade do que a liberdade”. “A igualdade não tem um limite máximo e a liberdade tem apenas uma base mínima”.

⁴⁹⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 585: “a decisão constituinte orientou-se no sentido de colocar a pessoa no centro do Direito”.

Sistematicamente, porque esses direitos precedem a organização política e, mais, a organização económica⁴⁹⁸.

Conteudisticamente, porque se define uma notória dicotomia entre os direitos de liberdade e os designados direitos sociais.

Regimentalmente, porque há uma manifesta preferência dos primeiros sobre os segundos.

VII - A dicotomia constitucionalmente estabelecida em sede de Direitos Fundamentais resulta, na sua definição essencial, do projeto do Partido Socialista.

O conteúdo elementar dos direitos, liberdades e garantias ancora-se no projeto do Partido Popular Democrático⁴⁹⁹.

E a principal oposição a ambas as soluções encontra-se nos projetos do Partido Comunista Português e do Movimento Democrático Português/Comissão Democrática Eleitoral⁵⁰⁰.

Partidos últimos que, em contrapartida, com o tácito assentimento do Partido Socialista⁵⁰¹, determinam, em quase toda a extensão, os designados direitos económicos, sociais e culturais⁵⁰².

Exemplificativamente, os presuntivos direitos ao trabalho (art. 51º e 52º), à segurança no emprego (art. 52º), à segurança social (art. 63º), à saúde (art. 64º), ao ensino, (art. 74º), à habitação (art. 65º), ou ao ambiente e à qualidade de vida (art. 66º).

⁴⁹⁸ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 584 e 585: “expressão de uma derrota palpável da conceção marxista dos direitos, reclamada tanto pelo PCP como pelo MDP/CDE, partidos que propuseram e insistiram em que a Organização Económica precedesse os Direitos e Liberdades Fundamentais, dado que o sistema económico condiciona e determina em grande parte o conteúdo e a efetividade dos Direitos e Liberdades Fundamentais”.

⁴⁹⁹ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 566: “os direitos, liberdades e garantias e a democracia política resultaram, na Constituição, da convergência PS-PPD-CDS”.

⁵⁰⁰ “Não aceitamos que haja uma diferença de estrutura entre os dois grupos de direitos e liberdades (PCP)”; constitui uma incorreta subalternização dos direitos e deveres económicos e sociais em face dos direitos, liberdades e garantias individuais” (MDP/CDE); assim, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 590.

⁵⁰¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 587: “título dos direitos sociais, onde se pressente uma aliança não assumida PS-PCP”.

⁵⁰² “Tendo o CDS criticado o paternalismo constitucional e o PPD (...) anotado a falta de realismo e de bom senso das sucessivas proclamações de bem-estar”; assim, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 588.

7.1.2.2.3. CONSTITUCIONALISMO PÓS-LIBERAL

7.1.2.2.3.1. CONSTITUIÇÃO DE 1982

I - A vicissitude de setembro de 1982 afirma-se como uma transição constitucional, atenta, sobretudo, a mutação, radical, operada em sede de organização do poder político⁵⁰³.

Todavia, assinalam-se, igualmente, no que concerne os Direitos Fundamentais, sensíveis metamorfoses e, inclusive, regressões no alcance de alguns direitos, liberdades ou garantias⁵⁰⁴, decorrentes do reposicionamento político de alguns partidos⁵⁰⁵.

II – A mutação mais relevante prende-se com o desaparecimento da adstrição finalística ao socialismo, gerando um modelo jusfundamental individualista e disfuncionalizado.

A outra mudança notória reside na sedimentação do primado dos direitos de liberdade frente aos designados direitos sociais⁵⁰⁶, designadamente, por força da eliminação de quaisquer canais de comunicação jurídica entre as duas aludidas categorias (art. 50º)⁵⁰⁷.

Permanece, todavia, o entorse gerado pela inserção entre os direitos, liberdades e garantias de direitos dos trabalhadores, direitos que são, intrinsecamente, direitos sociais.

III - Quanto ao âmbito dos Direitos Fundamentais, é rejeitada uma proposta de alargamento, expresso, da cláusula aberta (art. 16º, nº 2), à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

⁵⁰³ Nesse sentido, Rodrigues, *O Primeiro-Ministro...*, pp. 245 a 248.

⁵⁰⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 125: “as revisões constitucionais trouxeram retrocessos (...) relativamente ao conteúdo protegido pelos Direitos Fundamentais, tal como tinha sido consagrado na versão originária”.

⁵⁰⁵ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 660 e 661: “mesmo se “nenhuma alteração a preceitos da Constituição se consumou sem o voto favorável do PS (...), desta vez, ao lado do PS, surge o PSD como partido a votar favoravelmente todas as alterações à Constituição”.

⁵⁰⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 666: “reforço da dimensão jurídica da divisão constitucional entre direitos, liberdades e garantias e direitos e deveres económicos, sociais e culturais”.

⁵⁰⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 124: “por outro lado, procedeu ao desligamento destes direitos do socialismo coletivista, eliminando o célebre art. 50º, que condicionava a sua efetivação à apropriação coletiva dos principais meios de produção e à planificação da economia”.

7.1.2.2.3.2. REVISÕES CONSTITUCIONAIS

I - A revisão constitucional de 1989 destaca-se, sobretudo, pela recusa de duas propostas.

Uma delas, atinente à recolocação do direito de propriedade privada entre os direitos de liberdade, conspecto no qual, tecnicamente, se inscreve.

A outra, tocante à eliminação, no preceito do princípio da igualdade, do vocábulo social.

Mas, assinala ainda, no plano dos designados direitos sociais, a conversão do serviço nacional de saúde, de gratuito em, apenas tendencialmente, gratuito (art. 64º, nº 2, al. a)).

II – A revisão constitucional de 1997 procede à inserção, no catálogo dos direitos de liberdade, de um novo direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º).

Simetricamente, acolhe um limite à garantia de não-extradição de portugueses, passando a admiti-la em casos de terrorismo ou criminalidade altamente organizada (art. 33º, nº 3).

Admite, igualmente, em termos próximos, a extradição de estrangeiros por crimes puníveis com prisão perpétua (art. 33º, nº 4).

E, impõe, ainda, no que concerne ao direito de greve, a fixação dos serviços necessários à segurança e manutenção dos equipamentos e, sobretudo, dos serviços mínimos indispensáveis à satisfação de necessidades sociais impreteríveis (art. 57º, nº 3).

Finalmente, a vissicitude caracteriza-se pela recusa, expressa, de consagração de um direito social ao rendimento mínimo garantido por parte dos indivíduos e das respetivas famílias.

III – A revisão constitucional de 2001 ocorre no contexto dos atentados terroristas islâmicos de 11 de setembro.

Configurando uma resposta, preliminar e mimimalista⁵⁰⁸, às expectativas e às exigências comunitárias de efetivação do direito à segurança (art. 27º, nº 1).

Refletindo uma aproximação jurídico-filosófica, mitigada⁵⁰⁹, a um Direito Penal e Constitucional do inimigo, a médio ou longo prazo inevitável.

E implicando, até, a preterição de limites materiais expressos de revisão (art. 288º, al. d)).

⁵⁰⁸ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 813: “resposta securitária num elevadíssimo grau”.

⁵⁰⁹ “O PS (...) considerou o Tribunal Penal Internacional uma exigência de civilização (...) e estribou a restrição (...) no facto de a alta criminalidade atentar contra os fundamentos das sociedades democráticas”; e “o PSD (...) que (...) a ética da responsabilidade imporia uma atenção ao real e às consequências das opções escolhidas”; assim, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 817.

De facto, a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, significa uma auto-derrogação constitucional⁵¹⁰, parcial, do direito à liberdade física (art. 27º).

Designadamente, considerada a expressa admissibilidade, no respetivo Estatuto, de penas de prisão por tempo indeterminado e, inclusive, de prisão perpétua (art. 33º, nº 4).

7.2. HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

I - O Direito Internacional, enquanto Direito das Gentes - *ius gentium* - afirma-se desde o momento no qual se estabelece o primeiro contato entre comunidades, territorialmente, historicamente, etnicamente, racicamente, culturalmente, ou linguisticamente, distintas.

Primeiro, conformando um Direito Internacional Natural e de fonte consuetudinária⁵¹¹.

Mais tarde, lenta mas progressivamente, apresentando-se como um Direito Internacional Positivo, de forma escrita, vertido, cristalizado e desenvolvido em tratados internacionais.

II - Remotos, igualmente, se apresentam os seus originários doutrinadores⁵¹², dividendo-se, entre eles, sobretudo, Platão, Cícero, Santo Agostinho e Santo Isidoro de Sevilha, ou, num quadro mais moderno, Grócio, e, inclusive, o português Frei Serafim de Freitas⁵¹³.

III – Não obstante, esse Direito contempla, enquanto seus quase-exclusivos sujeitos, os Estados e, desde o século XIX, as Organizações Internacionais, excluindo os indivíduos, revelando-se, pois, juridicamente inadequada, qualquer menção a Direitos Humanos⁵¹⁴.

⁵¹⁰ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 858: “auto-ruptura material”.

⁵¹¹ No mesmo sentido, Albuquerque; Albuquerque, *op. cit.*, p. 67: “o *ius gentium* era concebido como direito costumeiro (o costume da Humanidade), posterior ao Direito Natural e anterior a toda e qualquer lei escrita”.

⁵¹² No mesmo sentido, Quadros, *Relatório...*, p. 370: “os primeiros doutrinadores (...) buscaram os seus ensinamentos nas seguintes fontes: por um lado, a Bíblia; depois, os historiadores, filósofos e poetas da Antiguidade clássica; por fim, o Direito Romano”.

⁵¹³ No mesmo sentido, Quadros, *Relatório...*, pp. 370, ss: “o princípio da liberdade dos mares, que Serafim de Freitas, em 1625, demonstrou, ao rebater, com êxito, na sua obra *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico*, a tese contrária à sustentada por Grócio na sua obra *De Jure Praedae*”.

⁵¹⁴ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 83: “o Direito Internacional clássico é, até à II Guerra Mundial, um Direito que se baseia na vontade e na soberania dos Estados, o que tem como consequência a sua incapacidade para proteger o indivíduo”.

7.2.1. HISTÓRIA INTERNACIONAL GERAL

7.2.1.1. ANTES DA II GUERRA MUNDIAL

A personalização jurídico-internacional do indivíduo inicia-se antes da II Guerra Mundial, mormente, com a proteção bélica, a proteção minoritária e a proteção laboral.

Contudo, se bem que positivadas e tipificadas, estas embrionárias manifestações não se encontram, ainda, assistidas de tipo algum de justicialidade de carácter internacional.

7.2.1.1.1. PROTEÇÃO EM CONTEXTO BÉLICO

I - Cronologicamente, a aproximação primeira aos Direitos Humanos traduz-se na proteção, em quadro bélico, da dignidade, da vida, da integridade e da saúde dos combatentes.

Inicialmente, em conflitos militares de natureza internacional, mais tarde, nos de matriz interna, subsequentemente, nas guerras coloniais, e, finalmente, estendendo-se do estrito âmbito militar à generalidade da sociedade civil.

Correspondendo, sobretudo, às Convenções de Genebra, datadas, sucessivamente, de 1864, 1906, 1929, 1949, bem como aos Protocolos, elaborados em 1977, daquela última.

II – Entretanto, essa proteção tem um jaez, basicamente, estadual, e não internacional⁵¹⁵.

Inexistindo, desse modo, verdadeiros e próprios direitos subjetivos individuais humanos.

Ou, num outro plano, semelhante proteção reveste natureza não pública mas privada, como se observa com o paradigmático Comité Internacional da Cruz Vermelha (1876)⁵¹⁶.

⁵¹⁵ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, pp. 98 e 97: “o Direito Internacional Humanitário tem (...) por base o sistema de relações diplomáticas tradicionais, em que o indivíduo é apenas objeto da regra jurídica”; “normas relativas à proteção dos estrangeiros (...) e a proteção diplomática e consular”.

⁵¹⁶ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 116: “Direito Humanitário, sobretudo depois do impulso que o suíço Henry Dunant dará à Cruz Vermelha”.

7.2.1.1.2. PROTEÇÃO DE MINORIAS

I - Outro domínio antecedente dos Direitos Humanos, é o relativo à preservação da existência e da identidade de minorias.

Designadamente, da vida ou da integridade e, bem assim, das liberdades de consciência, religiosa, étnica ou cultural.

II – Esta proteção contém-se em vários tratados de paz, subsequentes à I Guerra Mundial.

Porém, não configura a existência de direitos subjetivos públicos, de direitos individuais, de possíveis Direitos Humanos, mas, na verdade, de direitos intrinsecamente grupais⁵¹⁷.

7.2.1.1.3. PROTEÇÃO LABORAL

I - A proteção internacional dos trabalhadores desenha-se, igualmente, após a I Guerra Mundial, nos termos estabelecidos no próprio instrumento que lhe põe termo (Tratado de Versalhes, Parte III), com a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919).

O objetivo é, antes de mais, a proteção dos trabalhadores frente aos empregadores, mas traduz-se, também, numa procura da paz social, através da harmonização regulatória dos interesses de ambos⁵¹⁸.

Aliás, a Organização Internacional do Trabalho apresenta-se especialmente inovadora, porquanto estabelece, no que se refere aos principais órgãos, uma representação tripartida.

Distribuída entre, de um lado, representantes dos Estados e, de outro lado, perfazendo em conjunto o mesmo número destes, representantes dos trabalhadores e dos empregadores.

O que significa que o binómio empregadores-trabalhadores, agindo concertadamente, é passível de equilibrar, ou fazer sobrepor, a sua vontade à do respetivo Estado de origem.

⁵¹⁷ Em sentido próximo, Martins, *Direito Internacional...*, p. 98: “a diferença entre a proteção do Direito Internacional dos Direitos do Homem e a proteção das minorias tem a ver com o facto de a primeira se dirigir ao ser humano como categoria abstrata, enquanto a segunda implica uma proteção seletiva: o ser humano é protegido na medida em que pertence a uma certa raça ou a uma determinada língua ou professa uma certa religião”.

⁵¹⁸ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 99: “ao colocar, no Preâmbulo, o acento tónico sobre a ligação existente entre a paz mundial e a paz social, o Pacto da Sociedade das Nações está na origem do reconhecimento dos direitos económicos e sociais - os direitos dos trabalhadores - como categoria autónoma”.

II - Porém, o catálogo do tratado internacional esgota-se numa única temática, a laboral. E, sobretudo, incide não sobre Direitos Humanos, enquanto direitos subjetivos, mas, antes, sobre meras expectativas de Direitos Humanos.

7.2.1.2. DEPOIS DA II GUERRA MUNDIAL

I – Assim, os Direitos Humanos emergem na sequência e como consequência da II Guerra Mundial, quase três centúrias após o surgimento dos Direitos Fundamentais⁵¹⁹ - em rigor, dos Direitos Fundamentais da modernidade, abstraindo da *Magna Charta Libertatum*.

Efetivamente, só neste momento se opera, no âmbito internacional, e com uma vocação universalista, a personalização do indivíduo⁵²⁰ e a afirmação da sua eminente dignidade.

II - A partir desta data, vislumbram-se, sucessivamente, a proclamação, a positivação, a tipificação, a vinculação e, bem assim, a justicialização - parcial - dos Direitos Humanos.

Mais: ocorre um esboço de fundamentalização, dado o surgimento da figura do *ius cogens* (art. 53º e 64º, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969).

Na verdade, este instituto faz emergir na ordem internacional - a exemplo do que se verifica na ordem interna - uma diferenciação jurídica de natureza hierárquico-funcional.

A diferenciação entre, de um lado, o Direito Internacional *ius cogens*, situado num plano superior e, de outro, um designável Direito Internacional ordinário, sediado em patamar inferior.

III - Aos Direitos Humanos, aos direitos subjetivos públicos internacionais, corresponde, da parte da Comunidade Internacional e dos Estados que a integram, um dever de observância.

Dever que, independe da sua vontade, atenta a filiação jusracionalista de tais direitos⁵²¹.

⁵¹⁹ No mesmo sentido, Queiroz, *A proteção...*, p. 79: “será somente a pós o II Conflito Mundial que se assistirá ao desenvolvimento de uma ‘retórica’ consequente dos Direitos do Homem”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 116: “o processo de internacionalização dos direitos tem uma vida curta que arranca no século XX, e principalmente nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial”.

⁵²⁰ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 83: “o Direito Internacional dos Direitos do Homem está (...) intimamente associado à afirmação da subjetividade internacional do indivíduo”.

⁵²¹ Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 18: “princípio do respeito dos Direitos do Homem como princípio do Direito Internacional Geral ou comum, e, como tal, independente da vontade dos Estados”.

De facto, a afirmação desta nova positividade internacional não sugere a admissibilidade da inobservância, ou de uma observância mais mitigada, do precedente Direito Natural.

Pelo contrário: os Direitos Humanos apresentam-se como a plataforma mais adequada, juridicamente, para um ressurgimento, pleno e efetivo, desse mesmo Direito Natural⁵²².

IV – Tipologicamente, em razão da gênese tardia, os diversos Direitos Humanos surgem em simultâneo.

Os direitos civis - ou pessoais - os direitos políticos, e os designados direitos sociais, apresentam, ou a mesma fonte jurídica, ou fontes jurídicas diversas, mas contemporâneas.

Aliás, os direitos dos trabalhadores antecedem mesmo, nalguns casos, os remanescentes.

Ficando, assim, para mais tarde, apenas, a emergência dos putativos direitos inonimados.

V - No que concerne ao desenvolvimento dos Direitos Humanos, importa distinguir, de um lado, a escala universal e, de um outro lado, a escala regional, sobretudo, europeia.

Sem embargo da sua simultaneidade e, frequentemente, de uma recíproca articulação⁵²³.

7.2.1.2.1. CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

I - A Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, destaca-se, manifestamente, como o símbolo de uma nova Comunidade Internacional.

De uma Comunidade assente na limitação e interdependência das soberanias estaduais, na paz e segurança, e na resolução pacífica dos conflitos internacionais (art. 1º, nº 1).

E, outrossim, de uma Comunidade na qual a promoção e o estímulo dos Direitos Humanos surgem, expressamente, como um dos seus relevantes objetivos (art. 1º, nº 3).

Apesar de, no texto, não se utilizar a locução Direitos Humanos, mas as expressões Direitos Fundamentais do Homem (Preâmbulo), ou Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais (art. 1º, nº 3, 13º, nº 1, al. b), 55º, al. c), 62º, nº 2 e 76º, al. e)).

⁵²² No mesmo sentido, Homem, *op. cit.*, p. 97: o “regresso ao Direito Natural é sobremaneira impressionante no Direito Internacional”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 19: “a ideia de Direitos Humanos tem um significado similar ao que teve, nos séculos XVII e XVIII, a de Direito Natural”.

⁵²³ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 237: “a Declaração Universal formou, em grande escala, a base do que veio a tornar-se o Pacto da Organização das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, a nível global, e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a nível regional” (...). Alguns dos participantes integraram os comités preparatórios tanto das Nações Unidas, quanto do Conselho da Europa”.

II - A Carta das Nações Unidas traduz uma primeira sinalização, global, dos Direitos Humanos.

E, considerada a natureza *erga omnes* deste novo Direito Internacional, poder-se-ia sustentar, imediatamente, igual natureza para o domínio dos próprios Direitos Humanos.

Mas não é assim, porque este texto assume características meramente proclamatórias⁵²⁴.

Com efeito, a positivação jurídica nele patente revela-se minimalista, não obstante uma primeira alusão aos princípios da universalidade e da igualdade (*maxime*, art. 1º, nº 3).

Analogamente, a tipificação jurídica apresenta-se nula, implicando uma ausência, absoluta, quer de determinabilidade, quer de exequibilidade, quer de vinculatividade⁵²⁵.

Por último, a justicialidade afigura-se inexistente, atenta, mormente, a ilegitimidade processual ativa do indivíduo fixada no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça⁵²⁶.

É inrígida, pois, ao tempo, a afirmação da existência de quaisquer direitos subjetivos públicos individuais internacionais, ou da emergência de quaisquer Direitos Humanos⁵²⁷.

III – Não obstante, do seu procedimento de elaboração e, implicitamente, do seu objeto, emerge uma concepção restritiva dos Direitos Humanos, com focagem nos direitos de liberdade, nos direitos civis e direitos políticos, e não nos designados direitos sociais⁵²⁸.

Uma concepção que prevalecerá em todos os supervenientes instrumentos internacionais.

IV - Mais recentemente, a Cimeira Mundial da Organização das Nações Unidas (2005), apresenta os Direitos Humanos como uma das três bases fundamentais desta Organização.

⁵²⁴ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 124: “por força da eficácia *erga omnes* das normas da Carta, os seus preceitos sobre Direitos Humanos são obrigatórios para todos os seus membros da comunidade internacional e não apenas para os membros das Nações Unidas”.

⁵²⁵ “No decurso da conferência de S. Francisco (...), o Presidente dos Estados Unidos, Harry Truman, propõe a redação de uma declaração internacional de direitos, análoga, na sua função, ao *Bill of Rights* americano de 1789; mas essa declaração não é incluída na Carta”; assim, Ferrari, *op. cit.*, p. 1049.

⁵²⁶ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 124: “nenhuma menção aos mecanismos de implementação - os mecanismos de garantia, destinados a assegurar a observância dos Direitos Humanos”.

⁵²⁷ Em sentido próximo, Queiroz, *A proteção...*, p. 83: “em nenhuma disposição da Carta se contém, especificamente, o ‘conteúdo essencial’ desses direitos e liberdades jusfundamentais”.

⁵²⁸ No mesmo sentido, Queiroz, *A proteção...*, p. 83: “na Conferência de 1945 (...) “os Estados Unidos e as potências europeias (...) acentuaram a tradicional filosofia individualista dos Direitos Fundamentais, isto é, basicamente, os direitos civis e de participação política”.

7.2.1.2.2. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

I – Após a Sessão Final da Conferência de S. Francisco, a Comissão Preparatória das Nações Unidas recomenda ao Conselho Económico e Social a elaboração de um conjunto de instrumentos jurídicos, em ordem à promoção e à proteção dos Direitos Humanos⁵²⁹.

II - O primeiro desses textos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) resulta de um projeto da Comissão dos Direitos Humanos, submetido, depois, ao Conselho Económico e Social, órgão do qual essa Comissão, originariamente, emana⁵³⁰.

E é aprovado, finalmente, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua 3ª Sessão - presidida por Herbert Evah - sob a forma de resolução (nº 217, III, de 10 de dezembro)⁵³¹.

III - A Declaração Universal dos Direitos Humanos assume-se, pois, geneticamente, não como um tratado internacional, não como *international hard law*, mas como um instrumento internacional não cogente unilateral, como simples *international soft law*⁵³².

Acresce que, dos cinquenta e oito Estados então integrantes da Organização das Nações Unidas, quarenta e oito votam a favor e nenhum contra, mas, muito significativamente, oito desses Estados abstêm-se - ocorrendo, ainda, as ausências do Iémen e das Honduras.

Ora, se a posição sul-africana reflete uma causa isolada - o seu modelo de organização social de *apartheid* - as remanescentes rejeições apresentam-se bem mais significativas.

Assim, as da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, da Ucrânia, da Bielorrússia, da Checoslováquia, da Jugoslávia e da Polónia, indiciam, de imediato, resistências da generalidade do bloco comunista à matriz, predominante liberal, do texto examinando, e à inerente secundarização, nele, dos designados direitos sociais - ou direitos socialistas.

⁵²⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 25: “a experiência da Guerra e dos totalitarismos (...) impôs que se aproveitassem os laços internacionais, entretanto criados, para declarar e estabelecer um certo núcleo fundamental de Direitos Internacionais do Homem”.

⁵³⁰ “A Organização das Nações Unidas (...) instituirá, em 1946, uma Comissão dos Direitos do Homem, no âmbito do Conselho Económico e Social (...) Será essa Comissão que ficará encarregue de redigir e apresentar à Assembleia Geral o texto da Declaração Universal”; assim, Queiroz, *A proteção...*, p. 85.

⁵³¹ Nesse mesmo ano, é aprovada a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (9/12/1948), vigente na ordem jurídica internacional desde 12/01/1951 e, em Portugal, desde 10/05/1999. “Destinava-se, sobretudo, a delimitar o conceito de ‘crimes contra a humanidade’, utilizado em 1945 pelo Tribunal Militar de Nuremberga”, assim, Queiroz, *A proteção...*, p. 79.

⁵³² Desenvolvidamente, Rodrigues, *Soft Law*.

De facto, compreendendo a Declaração, tanto os direitos de liberdade, como os alegados direitos sociais, é inequívoca, contudo, a preponderância, quer quantitativa, quer qualitativo-sistemática (arts. 3º a 21º), do primeiro tipo sobre o segundo (arts. 22º a 27º).

Pardigmático é, igualmente, o voto da Arábia Saudita, porquanto traduz um afastamento, originário, estrutural, inultrapassável, e, supervenientemente, extensivo à globalidade dos novos Estados muçulmanos, como decorrência da inspiração ocidental - *maxime*, anglo-saxónica - da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵³³.

Na verdade, o carácter, genericamente liberal e, mais especificamente, laico, desta, não poderia, senão, implicar reservas, e reservas profundíssimas, no mundo jurídico islâmico.

Sobretudo, no que concerne à liberdade religiosa (art. 18º), no que diz respeito à liberdade nupcial (art. 16º), no que se reporta à igualdade conjugal (art. 16º) e, outrossim, constatada a própria insuscetibilidade de discriminação negativa em razão do sexo (art. 1º e art. 2º).

IV - Vinte anos após a declaração deste primeiro catálogo de Direitos Humanos realiza-se, em Teerão (1968), uma Conferência Internacional visando um balanço da sua prática.

A respetiva Proclamação Final afirma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos exprime não apenas uma conceção comum dos Povos do mundo acerca dos direitos inalienáveis e invioláveis de todos os membros da família humana, mas que constitui, também, uma obrigação para todos os membros da comunidade internacional.

O que traduz, efetivamente, uma afirmação, implícita, da respetiva consuetudinidade.

Não obstante, duas teses especialmente insatisfatórias emanam da conferência de Teerão.

Uma tese, sugere a desfocagem da tradicional - e visível no texto da Declaração - perspectiva individual dos Direitos Humanos, em benefício de uma abordagem de jaez mais coletivo⁵³⁴.

Ora, o indivíduo é - e deverá ser sempre - um fim em si mesmo dos Direitos Humanos, nunca um instrumento, funcionalizado, de efetivação dos direitos de outros indivíduos.

Outra tese, afirma a indivisibilidade dos direitos de liberdade e dos designados direitos sociais.

⁵³³ No mesmo sentido, Posner, *op. cit.*, p. 15: “a Declaração Universal providencia uma longa lista de direitos, a maior parte dos quais são os familiares direitos ‘negativos’ ou ‘políticos’ listados na Constituição dos Estados Unidos da América, ou construídos pelos Tribunais americanos ao longo dos anos”.

⁵³⁴ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 253: “enquanto o indivíduo ocupa uma posição central na Declaração Universal de 1948, a Proclamação de Teerão de 1968 concentra-se sobretudo na coletividade humana enquanto vítima de denegação maciças de Direitos Humanos, refletindo uma evolução (...) da conceção dos Direitos Humanos, de um enfoque individual a uma ótica coletiva”.

Acontece que, juridicamente, não surge exequível estabelecer qualquer tipo de indivisibilidade - no limite, tão-somente, complementaridade - entre, de um lado, direitos subjetivos públicos e, de um outro lado, expectativas fáticas de possíveis futuros direitos.

7.2.1.2.3. PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, E PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

I – A planificação original do desenvolvimento de instrumentos normativos de Direitos Humanos compreende, num designado *International Bill of Human Rights*, posteriormente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a criação de um tratado internacional, e de um texto fixando as medidas necessárias à respetiva implementação⁵³⁵.

Nesse contexto, a Assembleia Geral das Nações Unidas solicita à Comissão de Direitos Humanos a elaboração, com um carácter prioritário, dos dois mencionados diplomas.

II - Em 1949, a Comissão de Direitos Humanos finaliza um primeiro projeto de Pacto Internacional, compreendendo, essencialmente, os direitos de liberdade - civis e políticos.

Em 1950, a Assembleia Geral, afirmando a interligação entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais (Resolução 421 (V), parte E), delibera que nesse projeto de tratado devem incluir-se, igualmente, os designados os direitos sociais.

Em 1951, a Comissão de Direitos Humanos termina a redação deste último segmento social, e outrossim, a de um conjunto de preceitos referentes às medidas de aplicação.

Durante este segmento temporal, prevalece a opção pela feitura de um único instrumento.

Mas, ainda em 1951, a Assembleia Geral solicita à Comissão de Direitos Humanos a elaboração de dois tratados distintos, um atinente aos direitos civis e políticos, o outro aos direitos económicos, sociais e culturais (Resolução 543 (VI), 1951, 1.º parágrafo).

Em 1954, a Comissão dos Direitos Humanos conclui os trabalhos sobre os dois projetos.

E, em 1955, inicia-se, na Assembleia Geral, o respetivo exame e debate na especialidade.

⁵³⁵ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 236: “o plano geral era de um do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção, ou Convenções (...), e medidas de implementação”.

Porém, o circunstancialismo que caracteriza este período histórico - o auge da Guerra Fria⁵³⁶ - conduz a que, só doze anos depois, o procedimento conheça o respetivo epílogo.

III – Assim, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais são aprovados, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda em 1966 (Resolução nº 2200 A (XXI), de 16 de dezembro).

Não obstante, apenas em 1976 - e quase simultaneamente - conhecem a sua vigência⁵³⁷.

Hodiernamente, encontram-se ratificados por uma maioria muito qualificada de Estados⁵³⁸, vigorando ambos na ordem jurídica portuguesa desde 31 de outubro de 1978.

IV - A distinção nuclear entre estes dois Pactos decorre da clivagem entre Leste e Oeste.

Diretamente refletida no posicionamento - em rigor, na própria admissibilidade, ou não admissibilidade, da existência⁵³⁹ - do indivíduo enquanto sujeito de Direito Internacional.

Confrontando modelos jurídicos personalistas e modelos jurídicos transpersonalistas⁵⁴⁰.

E contrapondo, quer os próprios direitos e liberdades do indivíduo, quer, sobremaneira, as garantias jurídicas e jurisdicionais incidentes sobre esses direitos e essas liberdades⁵⁴¹.

Mais: se os Direitos Humanos pressupõem, cumulativamente, a existência de um Estado de Direito e de um Estado democrático, perante um quadro de totalitarismo - como o totalitarismo comunista - inexistem, de todo em todo, quaisquer Direitos Humanos.

⁵³⁶ Em sentido próximo, Trindade, *A evolução...*, p. 239: “difícil tarefa de produzir os dois Pactos em uma época caracterizada por conflitos ideológicos gerados pela Guerra Fria e também marcada pelo processo incipiente de descolonização”.

⁵³⁷ PIDCP: entrada em vigor na ordem internacional em 23 de março de 1976; PIDESC: entrada em vigor na ordem internacional em 3 de janeiro de 1976.

⁵³⁸ PIDCP: 172 ratificações; PIDESC: 169 ratificações; Fonte: *United Nations Treaty Collection*.

⁵³⁹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 128: “os Estados do Ocidente aceitavam a personalidade jurídica internacional do indivíduo, os Estados do Leste negavam-na”.

⁵⁴⁰ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 65: “os delegados dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha defendiam que se deviam apenas incluir os direitos cíveis e políticos, o delegado da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas afirmava que um tratado sobre Direitos Humanos devia dar especial importância aos direitos económicos, sociais e culturais”.

⁵⁴¹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 128: “os Estados do Leste mostraram-se totalmente avessos aos sistemas judiciais de controlo das normas relativas a Direitos Humanos, apresentando até restrições quanto ao sistema quase-judicial, os Estados do Ocidente, pugnavam pela eficácia do sistema de controlo, fosse ele judicial ou não”.

V - A perspectiva ocidental sobrepõe-se no que se refere ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, porquanto este consagra verdadeiros direitos subjetivos públicos individuais, vinculativos para os Estados e para a Comunidade Internacional⁵⁴².

Em contrapartida, a visão comunista prefere quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, embora estes configurem simples expectativas fácticas.

VI - Não obstante a elaboração destes dois relevantes instrumentos internacionais, subsistem, durante largas décadas, extensas áreas de inobservância dos direitos previstos.

Desde logo, nos Estados Unidos da América, onde persistem duradouros fenómenos de discriminação racial, com a inerente desaplicação do núcleo essencial dos direitos civis.

Depois, na Europa, com a existência de Estados que continuam a deter colónias, territórios nos quais os direitos de liberdade só residualmente são observados.

E, finalmente, e sobretudo, na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, onde se viola a integralidade desses direitos de liberdade, encerrando em campos designados de reeducação e de trabalho, durante mais de quatro décadas, milhões de presos políticos.

VII - Ulteriormente, realiza-se em Viena (1993), com escopo análogo ao da anterior - Teerão (1968) - uma nova Conferência Internacional sobre Direitos Humanos.

Mas, as respetivas conclusões finais, plasmadas na Declaração e Programa de Ação de Viena, justificam - analogamente às da Conferência anterior - dois reparos negativos⁵⁴³.

VIII - O primeiro, prende-se com a afirmação de que os Direitos Humanos são, simultaneamente, universais e indivisíveis.

Na verdade, os Direitos Humanos não são indivisíveis, nem mesmo interdependentes, ou, sequer, interrelacionados, porque os direitos de liberdade e os designados direitos sociais surgem, em razão da sua intrínseca natureza, contrapostos, por mais enfática que seja a negação de tal evidência.

Do mesmo modo, os direitos sociais não se afirmam como universais, dado que dependem, tanto de decisão política, democrática, como de viabilidade financeira.

⁵⁴² Em sentido oposto, Silva, Susana Tavares da, *op. cit.*, p. 19: “os Pactos são documentos de *soft directives* especialmente destinados aos Estados, e não direcionados especificamente para os indivíduos”; e Martins, *Direito Internacional...*, p. 102: “os Pactos, por influência dos Estados de Leste, consagram um fenómeno de coletivização dos direitos e dirigem-se, essencialmente, aos Estados”.

⁵⁴³ Em sentido oposto, Tavares, *op. cit.*, p. 89: “a Declaração e Programa de Ação de Viena, pela qual se afirmou em termos inequívocos que ‘todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados’; e Martins, *Direito Internacional...*, p. 107: “a tese da inter-relação e da indivisibilidade dos Direitos Humanos é hoje um dos pilares deste sub-ramo do Direito Internacional”.

Acrescendo, ainda, que, a defesa dessa construção, unicitária, seria passível de comprometer a exequibilidade e a qualidade dos próprios direitos civis e políticos⁵⁴⁴.

Mais: numa Comunidade Internacional integrada, maioritariamente, por Estados não-democráticos⁵⁴⁵ - ou de democracia aparente - a prioridade em matéria de Direitos Humanos é garantir os direitos de liberdade pessoais e os direitos de liberdade políticos.

E não, na ausência daqueles, que, logicamente, os antecedem, realizar os direitos sociais.

IX – O segundo, reporta-se à defesa da especificação dos Direitos Humanos, com uma focagem prioritária em direitos de alguns grupos sociais, como as mulheres, as crianças, os deficientes, os idosos, ou alguns tipos de minorias⁵⁴⁶.

De facto, uma especificação só assume sentido útil depois de operada a universalização.

Ora, se esses direitos não compreendem, ainda, a globalidade dos seus potenciais destinatários, torna-se prematura, e ineficaz, a imediata procura da satisfação das expectativas de indivíduos pertencentes a grupos diferenciados e, sobretudo, minoritários.

X - Independentemente de qualquer retórica política internacional, facto é que, desde a aprovação dos dois Pactos Internacionais de Direitos - quiçá, desde os seus procedimentos de elaboração - se tem assistido à sobressaliência, manifesta, do atinente aos direitos civis e políticos sobre o referente aos direitos económicos, sociais e culturais⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 334 e 335: “poderia contaminar e comprometer, com uma lógica de denominador comum, a aspiração de imediata e efetiva aplicabilidade dos direitos de liberdade”.

⁵⁴⁵ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 342: “devemos ter presente que, numa perspetiva história global, o Estado multipartidário é uma exceção, ou mesmo um desvio do padrão normal”.

⁵⁴⁶ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 108: Viena “aprovou uma Declaração e um Programa de Ação que vão contribuir para o progresso do sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, reforçando o seu carácter universal, a inter-relação entre os Direitos Humanos e a democracia, os direitos das minorias, da mulher, da criança e dos membros de grupos vulneráveis”.

⁵⁴⁷ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 69: “o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais desde que foi adotado tem vivido na sombra do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

7.2.1.2.4. OUTROS TEXTOS INTERNACIONAIS GERAIS JUSHUMANITÁRIOS

Os dois Pactos Internacionais - e, sobretudo o dos direitos civis e políticos - constituem, hoje, a tessitura essencial do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sem prejuízo, existem outros textos normativos salientes, em razão, nuns casos, dos bens jurídicos pelos mesmos protegidos, como a vida, a integridade ou a liberdade, e, noutros casos, da reafirmação de princípios jushumanitários estruturantes, como o da igualdade.

Assim, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) e a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), ou, inclusive, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

7.2.2. HISTÓRIA INTERNACIONAL REGIONAL EUROPEIA

7.2.2.1. CONSELHO DA EUROPA

I - O Conselho da Europa recorta-se como uma organização internacional interestadual - e não, ou não originariamente, supraestadual - constituída após a II Guerra Mundial (1949), pelo Tratado de Londres, e sediada em Estrasburgo.

Compreendendo, na sua génese apenas 10 Estados, integra, atualmente, 47 Estados, isto é, a quase-integralidade dos Estados europeus - com as exceções do Vaticano, da Bielorrússia e do Cazaquistão - incluindo, desde finais do século passado, todos os resultantes da desintegração do antigo bloco comunista.

Portugal é admitido, enquanto 19º membro, no momento em que inicia o procedimento de construção do Estado de Direito democrático (1976).

II - O Conselho da Europa assume, na prática, como fim elementar, a “salvaguarda e desenvolvimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais” (art. 1º, al. b), *in fine*).

Mais: a adesão à organização pressupõe a existência de Estado de Direito e de respeito por tais Direitos Humanos e liberdades fundamentais (art. 3º), e a cessação desses pressupostos é suscetível de conduzir à suspensão ou à expulsão (art. 8º).

Geneticamente, é uma organização internacional de cooperação interestadual, embora, no domínio da justicialidade, assuma, progressivamente, uma componente supra-estadual.

Como se torna patente no facto de as sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos surgirem em recurso de decisões dos Tribunais Superiores das Altas Partes Contratantes (art. 35º, Convenção Europeia dos Direitos Humanos).

E como decorre, outrossim, da admissibilidade de petições de indivíduos, de organizações não-governamentais, ou de grupos de indivíduos, diretamente, junto do aludido Tribunal, contra os respetivos Estados, ou, inclusive, contra outros Estados que não os seus (art. 34º, Convenção Europeia dos Direitos Humanos).

III - Enquanto órgãos do Conselho da Europa, recortam-se o Comité de Ministros, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados, com funções de decisão política (art. 15º e 16º), a Assembleia Parlamentar, deliberativa e consultiva, formada pelas representações dos Parlamentos dos Estados (art. 22º e 23º), e o Secretariado, com tarefas de jaez administrativo (art. 37º).

Mais recentemente, é criado, ainda, o Comissariado para os Direitos Humanos (1999)⁵⁴⁸.

7.2.2.1.1. CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

I - A obra maior do Conselho da Europa é, seguramente, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950).

Deste tratado fazem parte os 47 Estados que integram o Conselho da Europa, dado que a sua ratificação é *conditio sine qua non* para a própria adesão à Organização Internacional.

II - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é inspirada, antes de mais, pelo Congresso Europeu, organizado pelo Comité Internacional de Movimentos para a Unidade Europeia, ocorrido em Haia (1948), e de cujos trabalhos resulta uma recomendação no sentido da feitura de um tratado europeu relativo aos Direitos Humanos.

Uma segunda referência, incontornável, na elaboração da Convenção Europeia dos Direitos Humanos é a - contemporânea - Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Porém, em contraste, rigoroso, com essa Declaração, a Convenção compreende, tão-somente, os direitos de liberdade, civis ou pessoais, e não os designados direitos sociais.

⁵⁴⁸ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 91: “órgão independente, a funcionar desde 1999, e com mandato para promover a sensibilização para as questões dos Direitos Humanos”.

Efetivamente, o Conselho da Europa - ao invés da Organização das Nações Unidas - não integra Estados comunistas.

E afirma-se como uma convenção, vinculativa, não como mera declaração, contendo, ademais, uma estrutura garantística dotada de justicialidade.

III - O sistema de tutela dos Direitos Humanos assume, inicialmente, um carácter misto.

Ancorando-se em dois órgãos políticos, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Comité de Ministros, e num terceiro, jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

As petições são apreciadas pela Comissão, que decide, livremente, sobre o seu envio ao Tribunal, o que significa a inexistência, ainda, de uma verdadeira garantia jurisdicional.

Numa construção que reflete a matriz jurídica interestadual e não supraestadual do Conselho da Europa e, mais especificamente, a preocupação de limitar os conflitos competenciais entre as tradicionais jurisdições estaduais e a novel jurisdição europeia⁵⁴⁹.

IV - Supervenientemente, o Protocolo nº 11, assinado em 1994 e vigente desde 1998, extingue a Comissão, concentrando a tutela no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Dessarte, passa a configurar um modelo impar, absolutamente impar, no conjunto do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁵⁰.

V - Finalmente, o Protocolo nº 14, assinado em 2004 e em vigor desde 2010, defere ao Comité de Ministros competência para, em caso de incumprimento pelos Estados-membros de sentenças do Tribunal, agir junto deste, em ordem à respetiva execução (art. 46º, nº 4).

Se bem que, ao mesmo tempo, limite a admissibilidade das queixas aos casos em que se verifique a existência de um dano significativo, visando, assim, reduzir um atraso na realização da justiça no próprio Tribunal, determinado pelo volume excessivo de queixas.

⁵⁴⁹ Em sentido próximo, Trindade, *A evolução...*, p. 281: “necessidade de filtrar as queixas e evitar que os órgãos internacionais se vissem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria e evitar fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional”.

⁵⁵⁰ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 96: “este é, ainda hoje (desde a entrada em vigor do protocolo nº 11) o único sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos de natureza exclusivamente jurisdicional, onde todos os casos são apreciados e decididos à luz de critérios estritamente jurídicos”.

7.2.2.1.2. CARTA SOCIAL EUROPEIA (REVISTA)

I - A Carta Social Europeia original é adotada pelo Conselho da Europa, em Turim (1961).

Pretende complementar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos com os designados direitos sociais mormente, com uma regulação, exaustiva, dos direitos de índole laboral.

Opostamente àquela, todavia, o malogro da Carta Social Europeia apresenta-se notório.

II - Nesse quadro, é adotada, em Estrasburgo (1996) uma Carta Social Europeia Revista.

Contudo, a respetiva implementação continua a não registar progressos assinaláveis.

7.2.2.1.3. OUTROS TRATADOS RECENTES DO CONSELHO DA EUROPA

O Conselho da Europa elaborou, desde a sua criação, aproximadamente duas centenas de tratados internacionais com incidência na temática dos Direitos Humanos.

Salientam-se, mais recentemente, a Convenção sobre a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica (2011), a Convenção Europeia Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (2005), a Convenção sobre a Cibercriminalidade (2001), a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (1997), ou a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade (1997).

7.2.2.2. UNIÃO EUROPEIA

I - A União Europeia é uma Organização Internacional supraestadual, *sui generis*, uma organização cujo Direito prima, integral e incondicionadamente, sobre o Direito estadual.

Mas não, de nenhum ângulo, um Estado, ou, porventura, uma entidade a este equiparável.

A União Europeia não possui, nem um Povo seu, nem um poder político independente dos Estados⁵⁵¹, nem um território distinto do destes, nem, inerentemente, Constituição.

⁵⁵¹ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 465: “falta-lhe a competência para decidir a sua própria competência (*kompetenz-kompetenz*), pois as suas competências são-lhe atribuídas pelos Estados-membros (...) e falta-lhe um poder constituinte próprio”.

II - Não se afigura, pois, adequada, a utilização de locuções como Estado constitucional europeu, Direito Constitucional comum europeu⁵⁵², constitucionalismo europeu⁵⁵³, constitucionalismo multinível⁵⁵⁴, constitucionalização da União Europeia⁵⁵⁵, Constituição europeia⁵⁵⁶, constitucionalização substantiva da União Europeia como entidade federal⁵⁵⁷, ou, por decorrência, de inconstitucionalidade⁵⁵⁸.

Mais: não deve ser esquecida a expressa, frontal e recente, oposição, em referendos nacionais, a uma putativa Constituição Europeia, pelos Povos de todos os Estados que integram a União Europeia e que têm, a esse propósito, uma ocasião para se pronunciar.

Poderão, assim, esses textos normativos designar-se, eventualmente, por Tratados Constitucionais, ou mesmo, no limite, por Constituição, mas, efetivamente, nunca o serão.

Nem se alegue que a exigência de um ajustamento dos Direitos Internos ao Direito da União Europeia traduz uma manifestação de constitucionalidade, porque a mesma exigência ocorre quanto ao *ius cogens* - quer consuetudinário, quer vertido em tratados distintos dos da União Europeia - e, até, à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁵⁹.

Acresce, por último, que o Direito Constitucional não pode, nem deve, perfilar-se como a única medida para todas as coisas⁵⁶⁰, revelando-se o Direito Internacional claramente suficiente para o enquadramento e a compreensão da examinanda fenomenologia jurídica.

7.2.2.2.1. TRATADOS DA UNIÃO EUROPEIA

I - A União Europeia encontra a sua génese na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada pelo Tratado de Paris (1950), subsequentemente, na Comunidade Europeia

⁵⁵² Haberle, *O recurso de amparo...*, p. 62.

⁵⁵³ Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 492.

⁵⁵⁴ Martins, *A cidadania...*, p. 284.

⁵⁵⁵ Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 205.

⁵⁵⁶ Haberle, *Novos horizontes...*, p. 45: “nascimento da Constituição europeia, com o desenvolvimento do ‘direito constitucional europeu’”.

⁵⁵⁷ Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 464.

⁵⁵⁸ “São, portanto, ‘inconstitucionais’ os atos que infringem os preceitos da Carta”; assim, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 459.

⁵⁵⁹ Em sentido oposto, Martins, *A cidadania...*, p. 284: “uma das manifestações mais evidentes do constitucionalismo multinível consiste na necessidade de adaptação das ordens jurídicas internas ao Direito da União Europeia, com o intuito de se conformar com aquele direito e, deste modo, evitar, posteriormente, conflitos de normas”.

⁵⁶⁰ Em sentido oposto, Haberle, *Novos horizontes...*, p. 51: “a Organização Mundial do Comércio enquanto expressão do Direito Constitucional económico, numa perspetiva global; a igualdade soberana dos Estados como Direito Constitucional organizatório; o ‘*jus cogens*’ como elemento constitucional típico da hierarquização no âmbito do Direito Internacional”.

da Energia Atómica e, matricialmente, na Comunidade Económica Europeia, decorrentes do Tratado de Roma (1957).

Organizações Internacionais que, posteriormente se fundem, criando, primeiro, as Comunidades Europeias e, depois, a União Europeia.

Organizações Internacionais que assumem, em contraste absoluto com quaisquer outras - anteriores ou, inclusive, posteriores - uma natureza jurídica supra-estadual integral.

II - Em sede de Direitos Humanos, a evolução patente nestes tratados europeus é, rigorosamente, atípica e anti-geracional.

De facto, num momento inicial, as aludidas pessoas coletivas ostentam, sobretudo, uma matriz económica, não revelando especial vocação para os Direitos Humanos⁵⁶¹.

Com ressalva, apenas, das quatro liberdades essenciais de circulação, mormente, da circulação de trabalhadores⁵⁶², e de alguns outros, avulsos, direitos individuais⁵⁶³.

Depois, com o aprofundamento da integração emergem os designados direitos sociais⁵⁶⁴.

Subsequentemente, o espectro normativo estende-se aos, mais típicos, direitos pessoais.

E, por fim, surgem os direitos políticos - erroneamente designados direitos de cidadania.

III - O Ato Único Europeu (1986) contém uma primeira alusão genérica aos Direitos Humanos, tendo por referências a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta Social Europeia e, sobretudo, o conjunto dos Direitos Fundamentais estaduais.

⁵⁶¹ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 445: “prolongado défice de Direitos Fundamentais da União Europeia”; e *Introdução à Carta...*, p. 445: “lenta e sempre fragmentária e insuficiente ‘positivação’ de Direitos Fundamentais nos tratados”; Martins, *A Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 190: “a versão originária dos Tratados não continha, como ainda hoje não contém, um catálogo de Direitos Fundamentais”; e Freitas, *op. cit.*, p. 777: “os tratados consideravam os cidadãos primordialmente na perspetiva económica - *in principio erat homo oeconomicus*”.

⁵⁶² No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 444: “ressalvadas as liberdades económicas fundamentais, ligadas ao ‘mercado comum’ (liberdade de circulação de bens, de serviços, de capitais e de trabalhadores (...)) mais a liberdade de estabelecimento transfronteiriça), bem como a proibição de discriminações baseadas na nacionalidade, o Tratado de Roma, de 1957, que criou a Comunidade Económica Europeia (CEE), não continha um elenco de Direitos Fundamentais”.

⁵⁶³ No mesmo sentido, Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais ...*, p. 15: “um conjunto assinalável de direitos: não discriminação em razão da nacionalidade (...), igualdade de remuneração entre homens e mulheres (...), direito de livre circulação (...), direito de ação perante o Tribunal de Justiça no âmbito do contencioso da legalidade (...) e da responsabilidade”.

⁵⁶⁴ No mesmo sentido, Martins, *A Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 191: “cedo se constatou que (...) a importância dos poderes conferidos aos órgãos comunitários tornava possível uma violação dos direitos dos cidadãos”.

Sem embargo, é o Tratado de Maastricht (1992) que sinaliza a proteção dos Direitos Humanos como um dos fins estruturais da União Europeia (art. F), articulando-os com os previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e com os comumente estabelecidos pelos Direitos Constitucionais dos Estados-membros (art. F)⁵⁶⁵.

E é, igualmente, com o Tratado de Maastricht, que se desenham, pela primeira vez, os direitos políticos, no quadro de uma presuntiva cidadania europeia (art. 8º).

Maxime, o direito de sufrágio para o Parlamento Europeu (art. 8º-B, nº 2) e para os órgãos dos municípios (art. 8º-B, nº 1), independentemente do Estado de origem, o direito de petição e, em especial, de petição para um Provedor de Justiça Europeu (art. 8º-D), ou o direito à proteção diplomática (art. 8º-C)⁵⁶⁶.

Por seu turno, o Tratado de Amsterdão (1997) consagra um novo modelo de direitos sociais (Preâmbulo e art. B)⁵⁶⁷, e reforça, manifestamente, a justicialidade dos Direitos Humanos, ao alargar a jurisdição do Tribunal de Justiça (art. K.7)⁵⁶⁸.

Do mesmo modo que estipula o respeito pelos Direitos Humanos enquanto condição para o exercício pleno, pelos Estados que integram a Organização, dos seus direitos (art. F.1).

No Tratado de Nice (2001) é reforçada a garantia de tais Direitos Humanos, prevendo-se outros mecanismos, tanto repressivos, como cautelares, para os casos de violação efetiva, ou, inclusive, grave risco de violação, pelos Estados membros (art. 7º).

Finalmente, com o Tratado de Lisboa (2007), é imposta, expressamente, a adesão da União Europeia, agora dotada de personalidade jurídica internacional, à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 6º, nº 2).

⁵⁶⁵ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 445: “‘legalizando’ a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesse sentido (...), consagrou como ‘princípios gerais de Direito’ da ordem jurídica comunitária os direitos enunciados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), bem como os direitos decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros”.

⁵⁶⁶ No mesmo sentido, Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais...*, p. 17: “o indivíduo-agente económico adquire determinados direitos que são reconhecidos como atributos típicos do indivíduo-cidadão: o direito de votar e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu no Estado-membro de residência (...) o direito de proteção diplomática e consular por parte das autoridades de qualquer Estado-membro no território de Estados terceiros (...), o direito de petição perante o Parlamento Europeu e o direito de queixa perante o Provedor de Justiça comunitário”.

⁵⁶⁷ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 445: “introduziu um capítulo de políticas sociais no tratado da Comunidade Europeia, incluindo vários direitos sociais, numa espécie de contrapartida das originárias liberdades económicas do mercado comum”.

⁵⁶⁸ No mesmo sentido, Martins, *A Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 200: “o Tribunal passa a ter competência expressa para apreciar os atos das instituições (...), ou seja, estende-se à proteção dos Direitos Fundamentais”.

Mais: os Direitos Humanos surgem, hodiernamente, no quadro da União Europeia, enquanto *conditio sine qua non* para a adesão de novos Estados à Organização, bem como, por parte dos Estados que já a integram, para a manutenção de um estatuto pleno⁵⁶⁹.

IV - Entretanto, é constituída a Agência Europeia dos Direitos Fundamentais (2007), cuja missão se traduz em assistência e consultoria especializada, no que concerne aos Direitos Humanos, aos órgãos da União Europeia e, simultaneamente, aos Governos nacionais.

7.2.2.2. JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

I – Analogamente ao que se verifica em matéria de tratados, os Direitos Humanos não se configuram, num momento inicial, a prioridade da jurisprudência⁵⁷⁰, focada, sobretudo, nas relações entre a - ao tempo designada - ordem comunitária e as ordens constitucionais.

Mais: preocupam-na, antes, os efeitos, negativos, que os Direitos Fundamentais estaduais, enquanto Direitos Internos, possam assumir, nessa articulação com as Comunidades.

De facto, o Tribunal de Justiça, considerada a necessidade de afirmação do primado do Direito Comunitário⁵⁷¹, não permite que os cidadãos dos Estados, invocando a preterição de normas das respetivas Constituições, se oponham aos atos de origem comunitária⁵⁷².

E semelhante jurisprudência apenas conhece mutação relevante no fim da década de sessenta, com o caso *Stauder* (1969) e, na década subsequente, com o caso *Nold II* (1974).

⁵⁶⁹ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, pp. 454 e 464: “a principal função da CDFUE é colocar a integração europeia sob a égide dos Direitos Fundamentais, limitando o poder e a liberdade de ação das autoridades da União”. “Quem não passar no teste da CDFUE não pode entrar na União Europeia”.

⁵⁷⁰ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 30: “agnosticismo valorativo do Tribunal do Luxemburgo”.

⁵⁷¹ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 446: “durante uma primeira fase (...) o Tribunal de Justiça da Comunidade recusou-se a aceitar o escrutínio judicial da legislação e da demais ação comunitária á luz dos Direitos Fundamentais reconhecidos nas Constituições dos Estados-membros”; e Martins, *A Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 191: “se o Direito Comunitário prevalecia sobre o direito nacional, tal implicava a prevalência sobre todas as normas constitucionais”.

⁵⁷² No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 102: “só muito lentamente o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias começou a pronunciar-se sobre a forma como as instituições europeias e os Estados Membros respeitavam ou não os Direitos Fundamentais no espaço europeu”.

Reconhecendo-se, então, a existência dos Direitos Fundamentais comuns aos Estados-membros⁵⁷³, e procedendo-se à extrapolação, para este específico âmbito europeu, das normas comuns dos Direitos Internos atinentes aos respectivos Direitos Fundamentais.

II - O Tribunal, porém, não alude, exclusivamente, aos Direitos dos Estados-membros.

Invoca, igualmente, a Convenção Europeia dos Direitos dos Direitos Humanos⁵⁷⁴ e, na especialidade, a alargada jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Criando o quadro jurídico-político conducente a uma futura adesão da União Europeia ao Conselho da Europa ou, por inerência, ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

E fazendo relevar, até, outros instrumentos internacionais gerais de Direitos Humanos⁵⁷⁵.

7.2.2.2.3. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

I - A decisão política de elaboração de um texto autónomo de Direitos Humanos da União Europeia ocorre no Conselho Europeu de Colónia (1999) (Conclusões da Presidência, Anexo IV)⁵⁷⁶.

Assim, antes de mais, “a Carta deverá abranger os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, como garantidos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros enquanto princípios gerais do Direito Comunitário” (Anexo IV)⁵⁷⁷.

⁵⁷³ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 28: “passou a reconhecer os Direitos Fundamentais presentes nas Constituições dos Estados membros como princípios gerais de direito assentes num património jurídico comum, ou seja nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros”.

⁵⁷⁴ No mesmo sentido, Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais...*, p. 23: “a referência expressa à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e aos seus Protocolos Adicionais tornou-se (quase) uma constante na jurisprudência relacionada com a tutela dos Direitos Fundamentais”.

⁵⁷⁵ No mesmo sentido, Martins, *A Carta dos Direitos Fundamentais...*, p. 193: “o Tribunal vai completar o quadro de proteção dos Direitos Fundamentais na Comunidade com a tomada em conta da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos demais instrumentos de Direitos Internacional, designadamente, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos”.

⁵⁷⁶ “Foi do Conselho Europeu de Colónia, em julho de 1999, fruto de uma iniciativa do eixo Berlim-Paris, que saiu a decisão de se proceder à elaboração da CDFUE e se definiram as grandes diretivas a ter em conta”; assim, Freitas, *op. cit.*, p. 787.

⁵⁷⁷ No mesmo sentido, Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 209: o objetivo da Carta não é o de criar direitos novos, mas sim o de tornar visíveis os direitos que já existem e que fazem parte do património comum dos europeus”.

Mas não apenas: assim, na Carta “deverão ser igualmente levados em conta os direitos económicos e sociais que se encontram consignados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores” (Anexo IV)⁵⁷⁸.

II - Em Colónia estabelece-se, ainda, que o texto deverá ser proclamado, solenemente, pelos três principais órgãos políticos da União Europeia, o Conselho Europeu, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu (Conclusões da Presidência, Anexo IV).

E, meses mais tarde, no Conselho Europeu de Tampere (1999), é determinado o respetivo modelo orgânico-procedimental de elaboração⁵⁷⁹.

III – A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia resulta de um órgão profundamente atípico, e sem qualquer previsão nos Tratados europeus⁵⁸⁰, auto-intitulado, a partir de determinado momento, Convenção⁵⁸¹.

A atipicidade decorre da sua composição, a saber, quinze representantes dos Chefes de Estados ou de Governo, dezasseis membros do Parlamento Europeu, trinta Deputados aos Parlamentos estaduais, e um representante da Presidência da Comissão Europeia⁵⁸².

E resulta, ainda, de uma pretendida⁵⁸³ participação política externa à própria Convenção, destinada a mitigar o tradicional elitismo político e radical défice democrático em que assenta, desde a origem, o procedimento de construção europeia.

IV - A proclamação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ocorre, efetivamente, aquando do Conselho Europeu de Nice (2000)⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 783: “visava-se colmatar as lacunas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sobretudo em matéria de direitos sociais e de novos direitos”.

⁵⁷⁹ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 787: “a estrutura orgânica para elaborar a CDFUE foi delineada, por sua vez, no Conselho Europeu de Tampere, cerca de quatro meses depois”.

⁵⁸⁰ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 448: “revolução operada no modo de elaboração dos instrumentos jurídicos da CE/EU”.

⁵⁸¹ “Intuito naturalmente não inocente, a relembrar a Convenção de Filadélfia de maio de 1787 e a *Convention Nationale* francesa de 1792”; assim, Freitas, *op. cit.*, p. 788.

⁵⁸² No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 447: “‘dupla mistura’ institucional (nível nacional e nível comunitário, Parlamentos e Governos)”.

⁵⁸³ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 791: “o processo ficou-se pela mera aparência de inclusividade, de abertura e de compromisso, sem um envolvimento substantivo”.

⁵⁸⁴ “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada a 7 de dezembro de 2000, à margem da reunião do Conselho Europeu de Nice, por Nicole Fontaine, presidente do Parlamento Europeu,

Assumindo, sem embargo, um perfil discreto⁵⁸⁵, em contraste com a expressa intenção dos respetivos autores de oferecer aos Direitos Humanos uma maior visibilidade.

Pior: a magna questão da vinculatividade do texto vê-se remetida para um momento ulterior, e indeterminado, em cumprimento, aliás, da modelação deliberada em Colónia.

Assim: “posteriormente, estudar-se-á a oportunidade e, eventualmente, o modo, como a Carta deverá ser integrada nos Tratados” (Conclusões da Presidência, Anexo IV).

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, por consequência, assume, originariamente, natureza *soft law*, natureza não-vinculativa, a natureza de uma simples declaração.

Ou mesmo, no quadro referencial do Direito da União Europeia, um estatuto bastardo⁵⁸⁶.

V – Entretanto, é ensaiada a sua inserção no designado Tratado Constitucional (2004), o que, em caso de aprovação e de ratificação, lhe ofereceria a pretendida adstritividade.

Mas esse Tratado Constitucional é recusado, em referendos nacionais, pelos Povos francês e holandês, não se realizando, sequer, as outras consultas previstas - como a do Povo irlandês, constitucionalmente devida.

VI - Finalmente, o Tratado de Lisboa (2007) atribui à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia valor jurídico idêntico ao detido pelos Tratados (art. 6º, Tratado da União Europeia).

Acrescentando que “do Direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os Direitos Fundamentais, tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estado-Membros” (art. 6º, nº 3, Tratado da União Europeia).

O que significa que a União Europeia possui, agora, um efetivo e cogente *Bill of Rights*⁵⁸⁷.

Correspondente à detenção, pela mesma, de vastas competências soberanas, se bem que de mera atribuição, cujo exercício é suscetível de fazer perigar quer os Direitos Humanos e, reflexamente, quer os próprios Direitos Fundamentais estadualmente consagrados.

Hubert Védrine, presidente do Conselho da União Europeia, e Romano Prodi, presidente da Comissão Europeia”; assim, Vitorino, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸⁵ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 785: “a CDFUE teve uma proclamação quase confidencial”.

⁵⁸⁶ De la Rochère, *cit. in* Freitas, *op. cit.*, p. 792.

⁵⁸⁷ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 449: “pela primeira vez, uma organização supranacional dota-se de um *bill of rights* que a vincula diretamente e que defende os seus cidadãos e residentes contra os seus próprios atos políticos, legislativos e administrativos”.

7.2.3. HISTÓRIA INTERNACIONAL REGIONAL NÃO-EUROPEIA

7.2.3.1. AMERICANA

7.2.3.1.1. DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM

I - A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá (1948), em simultâneo com a criação da Organização dos Estados Americanos.

Elaborada num quadro temporalmente próximo do da Declaração Universal dos Direitos Humanos - antecedendo-a, em rigor⁵⁸⁸ - apresenta com a mesma evidentes semelhanças.

Imediatamente, ao caracterizar-se como uma simples declaração e não como um tratado.

Depois, ao assinalar, em termos rigorosamente idênticos aos daquela que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros” (art. 1º).

Finalmente, ao abarcar tanto os direitos de liberdade, como os designados direitos sociais.

II – Aparta-se, entretanto, da Declaração Universal dos Direitos Humanos porque, como a sua própria denominação indicia, tributa uma invulgar importância aos Deveres Humanos (Preâmbulo, parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º, e art. XXIX, segs).

7.2.3.1.2. CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

I - A Convenção Americana dos Direitos Humanos é adotada em São José da Costa Rica (1969), no âmbito de uma Conferência da Organização dos Estados Americanos.

Nesta situação, registam-se analogias com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Desde logo, porque se perfila como um instrumento internacional regional vinculativo.

⁵⁸⁸ “De abril de 1948, antecede de oito meses a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948”; assim, Trindade, *A evolução...*, p. 242.

Em seguida, porque prevê a existência de um Tribunal, o Tribunal Inter-Americano dos Direitos Humanos (Capítulo VIII).

II - O modelo tutelar é idêntico ao existente naquela Convenção Europeia, anteriormente ao Protocolo nº 11.

Logo, apenas os Estados e a Comissão Inter-americana de Direitos Humanos estão legitimados para agir, diretamente, junto do órgão jurisdicional (art. 61º, nº 1).

As pessoas singulares, os grupos e as entidades não-governamentais só têm direito a apresentar petições, contendo denúncias ou queixas de violação da Convenção (art. 44º), à Comissão, a esta incumbindo a decisão de as submeter, ou não, ao aludido Tribunal (art. 41º, al. f)).

7.2.3.2. AFRICANA

7.2.3.2.1. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS

I - A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos é adotada em Nairobi (1981), no contexto da - então - Organização de Unidade Africana.

Contempla tanto os direitos de liberdade (art. 4º, segs.), civis (art. 4º a 12º) e políticos (art. 13º), como os designados direitos sociais (art. 14º a 18º), incluindo entre estes últimos - significativamente - o direito de propriedade (art. 14º).

Debruça-se, ainda, de forma alargada, sobre os Direitos - afins dos Direitos Humanos - dos Povos (art. 19º a 24º).

II - Na origem, os mecanismos garantísticos cingem-se a uma Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos.

Mas, em momento ulterior, ocorre a criação do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, resultante da fusão entre o Tribunal de Justiça da União Africana e o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos.

Mais: o respetivo estatuto atribui legitimidade processual ativa, quer às instituições nacionais de Direitos Humanos (art. 30º, al. e)), quer às organizações não-governamentais (art. 30º, al. f)), quer aos sujeitos individuais (art. 30º, al. f)), para a tutela dos seus direitos.

III - A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos consagra, a par com os Direitos Humanos, uma extensa e, sobremaneira, incomum⁵⁸⁹, listagem de Deveres Humanos.

Assim, deveres para com a família, com a sociedade, com o Estado, com outras coletividades legalmente reconhecidas e, inclusivamente, para com a Comunidade Internacional (art. 27º, 28º e 29º).

7.2.3.2.2. ATO CONSTITUTIVO DA UNIÃO AFRICANA

Entretanto, é assinado, em Lomé (2000), o Ato Constitutivo da União Africana, prevendo, em complemento à Carta Africana, várias disposições sobre Direitos Humanos.

No que se refere aos objetivos, relevam a promoção e a proteção dos Direitos do Homem e dos Povos, em conformidade com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e outros instrumentos pertinentes (art. 3º, al. h)).

No que tange aos princípios, afirma-se a supremacia do Estado de Direito e dos Direitos Humanos (art. 4º, al. m)) e, com especial ênfase, o respeito pela “santidade da vida humana” (art. 4º, al. o)).

No que concerne à tutela, sobressai um direito de ingerência humanitária, traduzido na faculdade de intervenção da União Africana, por decisão da sua Conferência, em situações de crimes de guerra, de crimes de genocídio e de crimes contra a humanidade (art. 4º, al. h)).

7.2.3.3. ISLÂMICA

7.2.3.3.1. DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

I - A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos é proclamada em Paris (1981), pelo Conselho Islâmico, enquanto celebração do início do XV século da Era Islâmica.

O Conselho Islâmico é uma Organização Internacional, de matriz não-estadual, pelo que a Declaração não se apresenta vinculativa, nem é, sequer, imputável a quaisquer Estados.

⁵⁸⁹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 106: “espelha a tradição cultural africana. O indivíduo não é concebido como ser singular, mas ele existe pelo grupo e realiza-se no grupo que, ao mesmo tempo, é condição material da sua existência”.

II - A Declaração Islâmica pretenderia, alegadamente, sinalizar uma aceitação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com as necessárias adaptações.

E o seu catálogo de Direitos Humanos visaria, apenas, assegurar uma fundamentação islâmica para os direitos previstos por aquela Declaração.

A verdade, porém, é que surge como a sua primeira rejeição, atenta a obediência da integralidade de tal texto ao quadro principal da *Shariah* (o “caminho a seguir”) - aqui referida como *a Lei*.

Shariah que, por sua vez, se traduz, não num quadro meramente principal, mas, ao invés, num conjunto normativo, jurídico-religioso, especialmente completo e detalhado⁵⁹⁰.

7.2.3.3.2. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃO

I - A Declaração dos Direitos Humanos no Islão (1990) - ou Declaração do Cairo - é, contrariamente à pretérita, adotada pelos Estados que integram a Organização da Conferência Islâmica.

Diferentemente, também o seu procedimento formativo se desenrola num contexto internacional de irreversível - e radicalizada - afirmação da identidade muçulmana.

E, por consequência, de afastamento em relação ao Ocidente, e aos valores, identitariamente liberais, que subjazem à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

II - De facto, o islamismo conhece, após a Revolução iraniana (1978), sensíveis mutações.

Assim, uma corrente, direitista nacionalista, advoga a formação de outros novos Estados muçulmanos, rigorosamente confessionais, regidos, pois, exclusivamente, pela *Shariah*.

O que se verifica com o Paquistão e, de modo ainda mais determinado, no Afeganistão.

Uma outra corrente, esquerdista internacionalista, representada pelo Partido Socialista Árabe (*Ba'ath*) e apoiada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, defende a implantação de novos Estados laicos, dotados de sistemas comunistas adaptados ao Islão.

Dando causa a um alargado número de ditaduras árabes, nomeadamente, no Egipto - após a morte de Nasser - na Síria, na Líbia, ou na Tunísia.

⁵⁹⁰ No mesmo sentido, Oliviero, *op. cit.*, p. 558: “se na Bíblia a ideia fundamental é inspirada por Deus, e os autores sacros se exprimem com as suas próprias palavras, mais ou menos adequadas (...), no Corão cada palavra é sacra quanto á sua exata tradução (...), é a palavra de Deus (...), e o único autor do Corão é *Allah*”.

7.2.3.3.3. CARTA ÁRABE DOS DIREITOS HUMANOS

O procedimento de elaboração da Carta Árabe dos Direitos Humanos, o primeiro tratado internacional islâmico sobre a matéria, apresenta-se extenso.

Em 1960, a União dos Advogados Árabes propõe à Liga dos Estados Árabes - constituída em 1945 - a feitura de uma Convenção sobre Direitos Humanos.

Em 1994, é adotado um primeiro texto dessa Carta Árabe, que não é, contudo, ratificado.

Em 2003, a Comissão Árabe dos Direitos Humanos convida os Estados árabes a apresentar contributos para a sua reformulação e, simultaneamente, o Alto-Comissário para os Direitos Humanos reúne, com idêntico escopo, um grupo de especialistas árabes.

Em 2004, na Tunísia, a Liga dos Estados Árabes desencadeia a adoção do texto revisto.

E, em 2008, após a ratificação de sete dos membros que compõem a Liga dos Estados Árabes, opera-se, finalmente, a entrada em vigor da Carta Árabe dos Direitos Humanos.

7.3. REFUTAÇÕES HISTÓRICAS DOS CONCEITOS DE DIREITO FUNDAMENTAL E DE DIREITO HUMANO

As refutações dos Direitos Fundamentais, sobretudo, e dos Direitos Humanos, em grau menor, são visíveis desde as suas origens, não obstante uma progressiva aceitação nos ordenamentos internos e internacional, quer numa valência - mais consensual - de direitos de liberdade, quer numa vertente - sempre minoritária - de designados direitos sociais.

7.3.1. REFUTAÇÕES IDEOLÓGICAS

7.3.1.1. LIBERALISMO INGLÊS

Burke (1729-1797), mormente, na obra *Reflections on the Revolution in France* (1790), é um dos primeiros críticos - senão mesmo, o primeiro - dos Direitos Fundamentais.

Mas esse criticismo dirige-se, em exclusivo, à formulação anti-tradicionalista, teórica, proclamatória, e pretensamente universalista, conhecida pela Revolução Francesa⁵⁹¹.

⁵⁹¹ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 140: “defende que os verdadeiros Direitos do Homem não são os Direitos do Homem proclamados pelas assembleias revolucionárias, mas os direitos concretos, herdados e históricos”.

Não, de nenhum modo, à existência de Direitos Fundamentais, paradigmaticamente, nos moldes assinalados em Inglaterra⁵⁹².

7.3.1.2. ULTRAMONTANISMO FRANCÊS

De Maistre (1753-1821), ao invés, afirma-se como o principal defensor do pensamento contra-revolucionário, designadamente, na obra *Lettres d'un royaliste savoisien a ses compatriotes* (1793).

Ao defender o antigo regime de organização da sociedade, ao advogar a monarquia absoluta, ao sustentar os privilégios do papado, e ao glorificar a Divina Providência.

Recusando não só o abstracionismo das novas construções de Direitos Fundamentais⁵⁹³, como infirmando a sua própria existência, e, complementarmente, a do Estado de Direito.

7.3.1.3. HISTORICISMO ALEMÃO

I - A Escola História de Direito inscreve-se no âmbito, vasto, do Romantismo Alemão.

Um movimento filosófico, simultaneamente, nacionalista, irracionalista e particularista⁵⁹⁴, situado nos antípodas da construção francesa dos Direitos Fundamentais.

E que defende que a ordem jurídica assume um carácter, histórica e geograficamente, circunscrito⁵⁹⁵, e dependente do espírito de cada Povo, visto enquanto entidade cultural⁵⁹⁶.

Mais: que afasta, de todo, o individualismo liberal, em nome das superiores exigências da coletividade nacional⁵⁹⁷.

⁵⁹² No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 65: “é um liberal de raiz *lockeana*, que respeita e admira a Constituição Inglesa (...) e a tradição do velho e bom direito dos ingleses”.

⁵⁹³ “Não há nenhum Homem no mundo (...); declaro nunca na vida o ter encontrado; se ele existe é, sem dúvida, sem o meu conhecimento”; assim, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 141.

⁵⁹⁴ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 103: “o romantismo levava (...) à exaltação do nacionalismo e do primado holista do Povo”.

⁵⁹⁵ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 102: “ao universal opunha-se a particularidade fecunda do costume de um Povo, dos seus usos, da sua religião, e da sua língua”.

⁵⁹⁶ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 144: “defendia a ideia de Povo, não como um conjunto de cidadãos à maneira da Revolução Francesa, mas como uma comunidade histórica de cultura”.

⁵⁹⁷ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 102: “ao individualismo dissolvente das tradições holistas pretendia-se opor o espírito do Povo, a subordinação das exigências egoístas às exigências superiores da Nação”.

II - A origem da Escola Histórica do Direito alemã remonta a Hugo, mas Savigny (1779-1861) revela-se o seu principal expoente.

Para este, o Direito, considerada a sua natureza histórica e cultural, procura a respetiva génese, antes de mais, no costume, depois na jurisprudência e, só derradeiramente, na lei.

A polémica doutrinária com Thibaut (1772-1840) e, especificamente, a sua obra *Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência*, publicada no âmbito dessa querela, refletem, cristalinamente, as aludidas concepções.

III - O modelo subjacente à Escola Histórica do Direito é, por seu turno, criticado por Marx, na sua obra “*Para a crítica da Filosofia do Direito de Hegel*”, ao afirmar que, com semelhante conservadorismo, “é legitimada a infâmia de hoje pela infâmia de ontem”.

7.3.1.4. CATOLICISMO

I - O pensamento católico e, mormente, pontifício - contido em sucessivas Encíclicas - opõe-se, de modo frontal, e durante mais de uma centúria (1814-1941), à noção de Direitos Fundamentais⁵⁹⁸.

Quer na sua originária concepção liberal, quer num ulterior desenvolvimento socialista⁵⁹⁹.

Advogando a origem divina do poder, ou, nesse conspecto, a unidade necessária entre o Estado e a Igreja.

E abjurando o contrato social, a soberania popular, o Estado de Direito, o Estado democrático e, naturalmente, os Direitos Fundamentais⁶⁰⁰.

II – Porém, vislumbra-se, nela, uma corrente, minoritária, católica e, em simultâneo, liberal, favorável aos Direitos Fundamentais.

⁵⁹⁸ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 68: “negação dos Direitos Fundamentais (...), oficialmente até á metade do século XX - pelo menos até 1941”.

⁵⁹⁹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 69: “condenam o que chamam de erros modernos, especialmente do liberalismo e, mais secundariamente, do socialismo”.

⁶⁰⁰ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 69: “criticam a base do moderno constitucionalismo (...), a ideia de liberdade e de Direitos Fundamentais, e alguns direitos em particular”.

Maritain (1882-1973), com, nomeadamente, *Les Droits de l' Homme et la Loi Naturelle* (1942), é o seu mais lídimo representante, e principal inspirador da doutrina política da democracia-cristã⁶⁰¹.

Tendo como seu mais saliente continuador Possenti (1938-...), cuja última obra publicada se intitula, precisamente, *Diritti Umani. L'età delle pretese* (2017).

7.3.1.5. MARXISMO

I - Marx (1818-1883) recusa, frontalmente, os dois pilares estruturantes dos Direitos Fundamentais.

De um lado, a centragem destes no indivíduo e, de um outro lado, o império da liberdade.

Não admite, pois, a articulação entre direitos de liberdade e designados direitos sociais⁶⁰², defendendo, antes, a substituição daqueles direitos de liberdade por estes direitos sociais.

Mais: a conversão desses originais direitos individuais, em verdadeiros deveres sociais.

II - Supervenientemente, ao longo do século XX, *maxime*, no período que se segue à II Guerra Mundial, tal anti-individualismo e tal anti-liberalismo marxistas radicalizam-se.

Impugnando, ou relativizando, inclusive, as próprias concepções de Homem, de humano e de humanidade⁶⁰³, isto é, toda a ancoragem nuclear dos Direitos Fundamentais.

⁶⁰¹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 69: “encontro entre o pensamento liberal democrático e a Igreja Católica”.

⁶⁰² Em sentido diverso, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 385: “necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos dos cidadãos burgueses pelos direitos do ‘homem total’, o que só seria possível numa nova sociedade”.

⁶⁰³ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 197: “Foucault (...) levará o seu relativismo ao ponto de relativizar a própria ideia de Homem e de o considerar como uma invenção recente (...), que desapareceria logo que se encontrasse uma nova forma”; e “Althusser seguiu-lo-á, sustentando a irrelevância do conceito de humano ou de humanidade”.

7.3.2. REFUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

7.3.2.1. ABSOLUTISMOS

I - Os absolutismos, em rigor, antecedem a criação dos Direitos Fundamentais modernos.

Mas significam, também, um retrocesso face à evolução histórica entretanto ocorrida, designadamente, em Inglaterra, com a elaboração da *Magna Charta Libertatum* (1215).

II – É em Inglaterra, precisamente, que se estabelece, pela primeira vez, a monarquia absoluta.

Na verdade, Henrique VIII (1509-1547) amplia as prerrogativas régias, comprimindo, severamente, não só os poderes do Parlamento, como os tradicionais poderes da Igreja.

Fenómeno que se acentua nos reinados posteriores, sobretudo, no de Isabel I (1558-1603), e apenas cessa com a *Glorious Revolution* e a subida ao trono de Guilherme III (1689).

Em França, o absolutismo só se afirma, muito mais tardiamente, com Luís XIV (1661).

Do mesmo modo, o liberalismo só é conhecido aquando da Revolução Francesa (1789).

7.3.2.2. TOTALITARISMOS

I - Os modelos políticos totalitários são inspirados em Hobbes e, sobretudo, em Rousseau.

Assim, no que concerne à organização político-administrativa do Estado, recusam, quer a separação de poderes, quer o pluralismo político⁶⁰⁴.

E, no que se reporta aos Direitos Fundamentais, excluem qualquer autonomia do indivíduo frente ao poder, configurando um necessário transpersonalismo⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, pp. 296 e 297: “recusavam a divisão de poderes, considerada fator de debilidade do Estado”; e “o pluralismo ideológico, vendo no Estado o instrumento de uma doutrina”.

⁶⁰⁵ No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 86: “os vários tipos de coletivismo, comunismo, fascismo, etc., diferem entre si na natureza do objetivo para o qual pretendem dirigir os esforços da sociedade. Mas todos eles diferem do liberalismo e do individualismo por quererem organizar toda a sociedade, e todos os seus recursos, para este fim unitário, e por se recusarem reconhecer esferas autónomas em que os fins do indivíduo são supremos”; e Caenegem, *op. cit.*, p. 297: “a indivíduo algum era reconhecido o direito de confrontar o Estado e a sua ideologia e de colocar os interesses pessoais acima das necessidades coletivas da Nação”.

II - Os totalitarismos, comunista e nacional-socialista, reúnem características identificadoras transversais⁶⁰⁶.

Impugnam o mesmo modelo político, a democracia liberal⁶⁰⁷, dita formal, ou burguesa⁶⁰⁸.

Abjuram o pluralismo, que consideram, simultaneamente, abstrato e irrepresentativo⁶⁰⁹.

E recusam o individualismo, pela desagregação que este implicaria no conjunto social⁶¹⁰.

III - Os remanescentes autoritarismos, surgidos na Europa durante o período entre Guerras, designadamente, em Itália, em Espanha ou, inclusive, em Portugal, assumem características distintas e, sobretudo, menos radicalizadas.

Revelando, sem embargo, em comum, o seu anti-individualismo e o seu anti-liberalismo.

Com a inerente compressão, ou, noutros casos, com a quase-completa supressão, dos Direitos Fundamentais, bem como, por maioria de razão, dos virtuais Direitos Humanos.

7.3.2.2.1. COMUNISMO

I - O totalitarismo mais duradouro - e, definitivamente, mais letal - resulta da segunda Revolução russa de 1917.

⁶⁰⁶ No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, pp. 52, 53 e 28: “apesar da expectativa contrária com que abordaram o seu tema, sucessivos observadores têm ficado impressionados com a extraordinária semelhança, em muitos aspetos, das condições sob o ‘fascismo’ e o ‘comunismo’”; “amplamente reconhecidas as semelhanças de muitas características repulsivas dos regimes internos na Rússia comunista e no nacional-socialismo alemão”; e Furet; Nolte, *op. cit.*, p. 100: “após a queda do Muro de Berlim, justapor Hitler e Estaline, ou mesmo Auschwitz e o Goulag, depressa se tornou uma espécie de lugar-comum”.

⁶⁰⁷ No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 55: “a sua prática revela quão próximos estão relacionados. O verdadeiro inimigo, o homem com quem nada tinham em comum e a quem não podiam esperar convencer, era, para ambos, o liberal à antiga”.

⁶⁰⁸ No mesmo sentido, Furet, *op. cit.*, p. 55: “combatem um mesmo inimigo, a democracia burguesa. O comunista vê esta como o *humus* do fascismo, o fascista como a antecâmara do bolchevismo”.

⁶⁰⁹ Em sentido próximo, Furet, *op. cit.*, pp. 54 e 55: “é uma velha realidade da cultura política esta crítica da abstração democrática moderna em nome da antiga sociedade ‘orgânica’, à direita, e da ‘futura’ sociedade socialista, à esquerda”; “o ponto que liga, em profundidade, comunismo e fascismo, é o défice político constitutivo da democracia moderna”.

⁶¹⁰ No mesmo sentido, Furet, *op. cit.*, p. 54: “desde que surgiu na cena europeia, o *homo democraticus* sofre pelo facto de se ver privado pela civilização liberal de uma verdadeira comunidade humana”.

Uma Rússia, que, ironicamente, não conhece nem o Estado liberal, nem, menos ainda, o Estado social⁶¹¹, apesar de um esboço de liberalização nos últimos anos do czarismo.

Assim, em 1906, é outorgada por Nicolau II uma Constituição que prevê a existência de um Parlamento, com uma estrutura bicameral e designação, parcialmente, democrática⁶¹².

Que, em sede de Direitos Fundamentais, consagra as liberdades de consciência e de religião - a religião ortodoxa é, ainda, a religião do Estado - de reunião e de associação.

Entretanto, em 1908, este texto constitucional é suspenso, não conhecendo nova vigência.

II - Em 1917, o Czar abdica e, em 16 de setembro, é proclamada a República, tornando-se Kerensky o Primeiro-Ministro de um Governo Provisório de composição pluralista.

Todavia, em 25 de outubro ocorre uma segunda revolução, a revolução bolchevique, com a tomada, em S. Petersburgo, do Palácio de Inverno, então sede do Governo Provisório.

III - Em 27 de outubro de 1917, o poder revolucionário, reunido no II Congresso dos Sovietes de Deputados, Operários, Soldados e Camponeses, suprime, emblematicamente, o direito - liberal e pessoal - de propriedade privada.

Confiscando - e não apenas expropriando⁶¹³ - toda a estrutura fundiária, distribuindo-a aos nomenclados soviets e - alegadamente - aos camponeses (Decreto da Terra, art. 1º).

Assim: “o direito de propriedade privada da terra é abolido para sempre; a terra não pode ser vendida nem comprada, não pode ser concedida em arrendamento, nem hipotecada, nem sujeita a qualquer outra forma de alienação. Toda a terra, seja a terra do Estado, seja a terra feudal, seja a terra governamental, seja a terra monástica, seja a terra eclesiástica, seja a terra de posse, seja a terra dos filhos primogênitos, seja a terra dominial privada, seja a terra camponesa, etc., é expropriada, sem pagamento de indemnização alguma, sendo transmitida ao património de todo o Povo, passando a ser terra de uso de todos os trabalhadores que a cultivam” (Decreto da Terra, art. 1º).

⁶¹¹ Em sentido próximo, Caenegem, *op. cit.*, p. 296: “pode afirmar-se com segurança que, em novembro de 1917, a Rússia realmente passou do absolutismo imperial para uma ditadura do proletariado, falhando o passo intermédio do capitalismo burguês”.

⁶¹² No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 302: “um parlamento liberal composta pela Duma, uma assembleia popular de membros eleitos, e a Dieta, cujos membros representavam várias regiões várias regiões e eram em parte nomeados pelo Imperador e em parte escolhidos pelo Povo”.

⁶¹³ Em sentido oposto, Caenegem, *op. cit.*, p. 304: “o Decreto da Terra, expropriava os proprietários e punha provisoriamente a terra à disposição dos soviets e camponeses”.

IV - Em 1918, é proclamada a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, - redigida pelo próprio Lenine.

Subjetivamente, ao indivíduo isolado, e ao cidadão, viria juntar-se, agora, o trabalhador.

Ultrapassando-se, definitivamente, o anterior paradigma, capitalista, burguês, individualista, formal, desigualitário e insolidário, dos Direitos Fundamentais liberais⁶¹⁴.

Mas não é assim.

Em primeiro lugar, porque a Declaração não consagra qualquer direito pessoal ou qualquer direito político individual, ou típica, sequer, esses alegados direitos sociais.

Nem mesmo numa ótica socialista, de direitos funcionalizados, ou direitos-deveres - que são, na realidade, e na totalidade, simples deveres individuais para com o Estado^{615 616}.

Rectius: somente um dever fundamental se apresenta determinado, o dever de trabalhar.

“Tendo em vista suprimir os elementos parasitas da sociedade e reorganizar a economia, é estabelecido o trabalho para todos” (art. II, 4º).

Em segundo lugar, porque o Congresso do Partido Comunista proíbe, em 1921, a existência de partidos políticos, com exceção do próprio Partido Comunista.

Mais: proscreeve, até, a constituição, no interior deste partido, de quaisquer tendências⁶¹⁷.

⁶¹⁴ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 18 e 19: “pretensa superioridade do Estado proletário relativamente ao Estado burguês e a superioridade comparativa da alternativa soviética dos Direitos Fundamentais, os direitos sociais, relativamente aos direitos do homem burguês, os clássicos direitos de liberdade”.

⁶¹⁵ No mesmo sentido, Moraes, *Curso...*, p. 113: “na lógica do constitucionalismo marxista-leninista os direitos dos cidadãos são simultaneamente deveres e encontram-se funcionalizados de modo a que o seu exercício seja dirigido para a construção de uma sociedade comunista. A dimensão subjetiva e individual dos direitos civis e políticos é subsidiarizada e desprovida de garantias reais, magnificando-se, ao invés, os direitos sociais”; Caenegem, *op. cit.*, p. 317 e 318: “a liberdade, na União Soviética, era a liberdade conduzida, teleológica, liberdade não para fazer aquilo que aprouvesse a cada um, mas para cooperar na construção do socialismo”; e Ferrari, *op. cit.*, p. 1042: “o artigo 39º da Constituição soviética de 1977 estabelecia que ‘o uso dos direitos e das liberdades da parte dos cidadãos não deve causar dano aos interesses da sociedade e do Estado a os direitos dos outros cidadãos”.

⁶¹⁶ Em sentido diverso, Novais, *Direitos sociais...*, p. 18: a Revolução Russa afasta-se radicalmente da concepção dos Direitos Fundamentais como direitos contra o Estado, assente na autonomia individual, e substitui essa concepção, dita burguesa, por um programa de funcionalização integral do exercício dos Direitos Fundamentais às orientações e aos interesses de consolidação do regime políticos e do poder estatal vigentes”. “Os direitos seriam realizados não contra o Estado mas através do Estado, precisamente o novo Estado empenhado na realização de uma sociedade superior, um Estado que estava nas mãos dos próprios titulares dos direitos sociais”.

⁶¹⁷ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 305: “o X Congresso do partido comunista (...) não só proibiu todos os outros partidos como banuiu toda a oposição nas suas fileiras”.

V - Emerge, assim, no processo revolucionário, uma designada ditadura do proletariado.

Num momento inicial, a ditadura do proletariado contra a burguesia e, mais tarde, a ditadura de um novo - proclamado - proletariado contra o anterior - e efetivo - proletariado.

Ora, em ditadura, sobretudo quando esta assume vocação totalitária, inexistem, de todo, Direitos Fundamentais.

Aliás, no modelo em exame, os domínios relativos, quer às garantias penais, quer às garantias processuais-penais, são especialmente instrutivos⁶¹⁸.

7.3.2.2. NACIONAL-SOCIALISMO

I - Opostamente ao comunismo, o totalitarismo nacional-socialista assume uma inspiração nacional - como, aliás, a designação claramente indicia⁶¹⁹.

Em contraste com o comunismo, resultante de revolução, este apresenta génese eleitoral.

E a respetiva existência desenvolve-se num tempo histórico mais limitado (1933-1945).

II – Acresce, em sede de Direitos Fundamentais, que, na Alemanha, ao invés da Rússia, pré-existe, não só uma experiência liberal e democrática, como uma dimensão social.

Efetivamente, a Constituição de Weimar, vigente entre 1919 e 1933, procede a uma primeira tentativa europeia de justaposição, aos direitos de liberdade, dos direitos sociais.

Mesmo se essa experiência se apresenta, *ab initio*⁶²⁰, disfuncional, num contexto político, económico, e social, especialmente melindroso, como efeito da I Guerra Mundial.

⁶¹⁸ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 305: “milhões de pessoas foram enviadas para a morte, com e sem julgamentos de fachada, sumariamente executadas ou deportadas para a Sibéria. Entre as vítimas, encontrava-se a quase totalidade da velha direção bolchevique e a totalidade do *Politburo* (Comissão Política) do tempo de Lenine”.

⁶¹⁹ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 333: “aspiravam a um socialismo alemão próprio, desprezando tudo o que fosse cosmopolita ou supranacional”.

⁶²⁰ Em sentido próximo, Caenegem, *op. cit.*, p. 325: “a República de Weimar foi execrada tanto pela extrema-direita como pela extrema-esquerda. Os primeiros nunca perdoariam aos seus dirigentes a assinatura do Tratado de Versalhes, e acusaram os socialistas de trair o exército, não derrotado no campo de batalha, ao proclamarem a República; os segundos nunca se esqueceriam do esmagamento da esquerda radical com a ajuda das baionetas”.

O que explica a chegada de Hitler ao poder e, perante o sucesso económico da respetiva governação⁶²¹, a emergência - sufragada⁶²² - do totalitarismo nacional-socialista⁶²³.

III - A mutação do Estado de Direito democrático em Estado totalitário afigura-se célere.

Assim, os partidos, à exceção do nacional-socialista, são, rapidamente, proibidos (1933).

E, afastando qualquer residual separação de poderes, as duas Câmaras do Parlamento são abolidas (1933 e 1934), a Chefia do Governo é fundida com a Chefia do Estado (1934) e, para culminar, a - já minimalista - independência dos Tribunais, é suprimida (1939)⁶²⁴.

Numa afirmação tão intensa do *Fueherprinzip* que, para além da ausência de qualquer tipo de Direitos Fundamentais⁶²⁵, ou mesmo de Constituição⁶²⁶, se torna questionável, até, a subsistência da instituição Estado e a persistência da própria noção de Direito⁶²⁷.

IV – Quanto aos Direitos Fundamentais, em termos gerais, a sua suspensão, por tempo indeterminado - e, faticamente, de modo definitivo - ocorre na imediata sequência do incêndio do *Reichstag* (1933) - com a Lei da Proteção do Povo e do Estado.

Em termos específicos, opera-se a sua negação relativamente a minorias diferenciadas - judeus, negros, ciganos e homossexuais - ou mesmo a outros grupos - deficientes, alcoólicos, drogados, prostitutas e, inclusive, a desempregados de longa duração.

⁶²¹ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 336: “a ordem pública foi restaurada, a depressão económica ultrapassada e o desemprego decaiu de modo formidável (...). O país tinha a impressão de que estava a ser finalmente governado”.

⁶²² No mesmo sentido, Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 14: “talvez o facto de termos visto milhões a votar eles próprios na sua absoluta dependência de um tirano, tenha feito a nossa geração compreender que escolher um governo não é, necessariamente, assegurar a liberdade”.

⁶²³ No mesmo sentido, Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 14: “talvez o facto de termos visto milhões a votar eles próprios na sua absoluta dependência de um tirano, tenha feito a nossa geração compreender que escolher um governo não é, necessariamente, assegurar a liberdade”.

⁶²⁴ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 340: “o *Anderungsgesetz* de 16 de Setembro de 1939, em que o *Fuhrer* surgia como (...) “Supremo Juiz e Senhor da Justiça”, dotado de poderes para anular uma sentença criminal emitida pelos Tribunais através de uma simples objeção”.

⁶²⁵ Em sentido próximo, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 39: “o dirigente nazi que descreveu a revolução nacional-socialista como sendo um contra-Renascimento disse algo mais verdadeiro do que julgaria. Foi um passo decisivo na destruição da civilização que o homem moderno erigira na era do Renascimento, e que era, essencialmente, uma civilização individualista”.

⁶²⁶ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 114: “as leis que permitiram que o III Reich vivesse em estado de exceção permanente, no quadro de uma ditadura ilimitada exercida pelo *Fuhrer*, constituíam, num Estado moderno, uma anti-Constituição”; e Caenegem, *op. cit.*, p. 341: “jamais existiu uma Constituição do Terceiro *Reich*”.

⁶²⁷ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 337: “saber se é justificado falar-se de Direito, e em particular de Direito Público, num regime em que a lei era simplesmente a vontade do Chefê”.

Mais: os Direitos Fundamentais são entendidos, pela própria magistratura nacional-socialista, como inaceitáveis instrumentos de sobreposição dos interesses egoístas individuais, pessoais, aos superiores interesses coletivos da Nação alemã⁶²⁸.

Não obstante, constata-se o aparecimento de novos direitos sociais, de fonte exclusivamente legal, dirigidos, nomeadamente, numa primeira fase, à proteção dos desempregados e, mais tarde, à saúde, à educação, às condições laborais, ou à velhice⁶²⁹.

7.3.3. REFUTAÇÕES INTERNACIONAIS

As refutações dos Direitos Humanos conhecem, historicamente, dois eixos de fundamentação distintos.

De um lado, as daqueles que recusam a existência do próprio Direito Internacional, ou, pelo menos, de um Direito Internacional Geral.

Ou porque este se traduziria num conjunto de Direitos Estaduais Externos, ou porque não reuniria as suas duas características identitárias de coercibilidade e de tutela.

De um outro lado, as de outros que, embora admitindo a existência desse Direito Internacional negam ao indivíduo, personalidade jurídica internacional, ou consideram severamente limitada a respetiva capacidade.

7.4. CRÍTICAS Á EVOLUÇÃO HISTÓRICA RECENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

7.4.1. BANALIZAÇÃO

Nesta sede jurídica, o que deve pretender-se, não são mais Direitos Fundamentais, nem mais Direitos Humanos, mas, diversamente, melhores Direitos Fundamentais, e melhores Direitos Humanos.

⁶²⁸ No mesmo sentido, Caenegem, *op. cit.*, p. 341: “a mera ideia de um indivíduo colocar os seus interesses acima dos da Nação era monstruosa”.

⁶²⁹ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 115: “diplomas avulsos do poder criaram importantes direitos prestacionais sociais no domínio da assistência, programas ocupacionais e proteção aos desempregados, proteção contra acidentes de trabalho, proteção da velhice, assistência popular às famílias numerosos, cuidados públicos de saúde e educação”.

Porém, com a afirmação dos designados direitos sociais e, nas últimas décadas, dos pretensos direitos inonimados - ou da quarta geração - observa-se o inverso⁶³⁰.

Um alargamento sem conexão com o Direito Natural⁶³¹, com as indeclináveis valências da dignidade da pessoa humana, ou, sequer, com a própria pessoa humana⁶³².

Um alargamento quantitativo, incriterioso, incoerente, inconsistente, e igualizador de valores absolutamente desiguais⁶³³, ou mesmo, quiçá, de valores de todo inexistentes⁶³⁴.

Um alargamento prejudicial aos verdadeiros direitos, os direitos de liberdade, os direitos pessoais - sobretudo, de personalidade - e os direitos políticos, assim, progressivamente, mais condicionados, limitados, restringidos, ponderados e, decerto, pior tutelados⁶³⁵.

Em síntese, um alargamento banalizador dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos⁶³⁶.

⁶³⁰ No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 499: “pan-jusfundamentalização”; Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 103: panconstitucionalização e de novo-riquismo constitucional”; “o universo dos Direitos Fundamentais tem-se alargado e complexizado de tal modo que parece rumar mesmo ao infinito”; e Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 122: “pan-jusfundamentalismo, que acaba por ser desmedido, empobrecedor e descaracterizador: invocam-se os direitos em demasia e fora de propósito”.

⁶³¹ Em sentido próximo, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 53: “nos dias de hoje, há um outro conjunto de Direitos Fundamentais, com uma crescente aceitação normativa e doutrinária, que não apresenta traços ou implicações ao nível do Direito Natural; ao invés, surgem como opções livres de cada comunidade política, que eleva à categoria de Direitos Fundamentais realidades sem qualquer transcendência, revelando os seus condicionalismos muito singulares”.

⁶³² No mesmo sentido, Chorão, *op. cit.*, pp. 86 e 87: “concepções de cunho propriamente antipersonalista, que põem em causa o sujeito humano na sua natureza e dignidade, como as doutrinas materialistas e fenomenistas acerca da pessoa, o estruturalismo, as teses do radicalismo animalista e ecologista – como as de Peter Singer – que reivindicam encarniçadamente pretensos direitos ‘infra-humanos’, ao mesmo tempo que contestam verdadeiros Direitos Fundamentais das pessoas”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 106: “dando mais um passo nessa verdadeira corrida a novos filões jusfundamentais e caminhando para fora do próprio universo da espécie humana, a camada dos direitos dos animais, ou mesmo a camada dos direitos das plantas, que traduziria uma solidariedade interespecies animais ou interespecies vivas”.

⁶³³ Em sentido diverso, Gouveia, *A afirmação...*, pp. 59 e 60: “período liberal”, “período social” e “período cultural (...). O período cultural traduz a existência de uma terceira geração (...). O que mais caracteriza esta fase não é tanto a sua unicidade, mas pelo contrário a sua multidireccionalidade, tal a diferença e sobretudo a pouca proximidade existente entre os diversos novos direitos consagrados”.

⁶³⁴ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, pp. 1045 e 1046: “adulteração da hierarquia de valores que deve necessariamente subjazer aos Direitos Fundamentais e, sobretudo, pensar que os Direitos Fundamentais valem todos o mesmo, risco que se potencia pelo crescimento do seu número”.

⁶³⁵ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 803: “a ideia de que quantos mais Direitos Fundamentais sejam reconhecidos é boa, deve ser vivamente combatida – cada direito vem estreitar o conteúdo útil dos outros, diminuindo a sua utilidade marginal”.

⁶³⁶ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 50: “banalização dos Direitos do Homem”; Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 103: “sério risco de banalização dos Direitos Fundamentais”; e Gouveia, *A afirmação...*, p. 70: “o perigo mais sério - e simultaneamente o mais disfarçado de todos - assenta na elevada eventualidade

7.4.2. RELATIVIZAÇÃO

Sem embargo da persistente - e, quiçá, reforçada - invocação da dignidade da pessoa humana, observa-se, hodiernamente, a progressiva relativização dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.

Visível numa tentativa, metódica, de negação, subversão, desconstrução, desgradação e deshierarchicalização dos direitos mais fundamentais de entre os fundamentais, e dos direitos mais humanos de entre os humanos.

Direitos esses aos quais têm de corresponder, necessariamente - em qualquer dos casos - valores eternos, conteúdos imutáveis, e alcances inquestionáveis⁶³⁷.

Não se afigura, assim, admissível, uma concorrência oriunda de pseudo-direitos, supostamente emergentes da pós-modernidade, mas contrários ao Direito Natural⁶³⁸.

Exemplificativamente, o aborto, a eutanásia, a manipulação genética, a maternidade de substituição, e, até mesmo, o casamento homossexual, ou a adoção homossexual.

Pior: ao esforço de relativização agrega-se o de condicionamento da liberdade de consciência e da liberdade de expressão, coletivas e maioritárias, patente na vigilância, na intimidação ou ostracização de quem recuse essa putativa nova moral⁶³⁹ - em rigor, uma contra-moral, ou não-moral⁶⁴⁰.

que hoje existe no tocante à banalização da singularidade da garantia que é inerente aos Direitos Fundamentais”.

⁶³⁷ Em sentido próximo, Gouveia, *A afirmação...*, p. 72: “só as considerações de tipo supra-positivo - e não positivista ou sociológico - permitem chegar a uma conclusão segura. A justiça do Direito não pode ser dada pelo critério do poder; nem pode ser conferida pelo critério da sociedade (...); só pode ser dada pela existência de conjunto de princípios e valores que não são intrínsecos ao poder positivo ou ao poder social e que se lhes impõem, reunindo-se em torno da ideia de dignidade da pessoa humana”.

⁶³⁸ Por exemplo, o existencialismo: “não existe um ‘artesão divino’ que dê ao Homem a sua essência (...); e se não existe um ‘artesão divino’ que conceba e projete essa essência, esta será antecedida pela existência” (...): o Homem primariamente não é nada, antes se inventa e faz a si mesmo, nisto consistindo a liberdade a que estamos condenados. Daí, o abandono, a angústia, o desespero, o absurdo da existência: a vida não tem nenhum sentido *a priori*, competindo-nos a nós criar os valores”; assim, Chorão, *op. cit.*, p. 91.

⁶³⁹ Em sentido diverso, Andrade, *Algumas reflexões...*, pp. 136 e 137: “aparecimento e afirmação de uma nova moral social, que coexiste em tensão conflituosa, por vezes, em rutura, com as concepções da moral tradicional – neste contexto põem-se problemas de constitucionalidade a propósito de ‘opções fraturantes’ em matérias como o aborto, a eutanásia, mas agora, sobretudo, a família e a moral pública (a liberalização dos costumes e comportamentos sexuais e, em geral, a diminuição dos valores da intimidade”.

⁶⁴⁰ Em sentido próximo, Ascensão, *O ‘fundamento do Direito’...*, p. 28: “a civilização dos direitos em que vivemos levou a existência humana ao extremo da mediocridade”.

7.4.3. ESPECIFICAÇÃO

A especificação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos surge enquanto forma de ajustamento da sua generalidade e da sua abstração, ao individual e concreto⁶⁴¹.

Frequentemente, porém, essa demanda exclui a universalidade, suscita distorção no que toca à igualdade, e implica insegurança acrescida no plano da proporcionalidade.

De facto, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, em razão, precisamente, da sua essencialidade estruturante, devem ser universais, e não restritos a minorias ou a grupos.

Do mesmo modo, a igualdade que lhes subjaz, deve ser, tipicamente, uma igualdade igual, não uma igualdade desigual, em nome de quiméricas - e, quase sempre, discriminatórias e injustas - igualdades reais.

Finalmente, se os juízos de proporcionalidade são incontornáveis, quanto menos alargada se apresenta a universalidade e quanto menos determinada se recorta a igualdade, mais imprevisíveis se afiguram os mesmos, com as inerentes consequências na justiça e segurança jurídicas⁶⁴².

7.4.4. SECURITARIZAÇÃO

Perante fenómenos de radical barbárie, como o ocorrido em 11 de setembro de 2001, ou de todos os subsequentes atentados, de fonte islâmica, aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais, na Europa, a resposta dos vários ordenamentos jurídicos muda⁶⁴³.

⁶⁴¹ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 120 e 121: “a especificação é um avanço do historicismo sobre o racionalismo e parte da ideia de considerar os direitos mais vinculados às pessoas concretas dos seus titulares”; “pessoas que se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais e que necessitam de uma proteção especial, uma garantia ou uma promoção para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade”.

⁶⁴² Em sentido próximo, Morais, *Curso...*, pp. 103 e 104: “no plano ontológico, a lei deixou de se reduzir a uma regra de ‘justa conduta’, ditada pela vontade geral, para descer à regulação de todo um complexo de exigências da sociedade civil. E quanto ao seu conteúdo, ela deixou de ser definida em razão da generalidade, passando a tutelar uma maré imensa de exigências de especialidade e de singularidade (...). O Estado-Legislador cedeu lugar a um Estado-Administrador”.

⁶⁴³ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 132: “o dia 11 de setembro de 2001 marcou o início de uma outra era, em que o valor segurança se fortalece decisivamente nas sociedades livres e pluralistas. A nova realidade do terrorismo global (...) fundamenta a procura de um novo equilíbrio entre as permanentes exigências da segurança e as liberdades individuais”.

O valor da segurança perfila-se, agora, em concorrência com o valor da liberdade, se bem que, desejavelmente, não devendo a este supremacizar-se⁶⁴⁴.

Melhor: emerge - ou emerge claramente⁶⁴⁵ - enquanto direito principal, e não como mera garantia de outros direitos.

Como direito subjetivo *proprio sensu* que importa densificar, sem complexos, frente à indignidade, evidente, da ameaça ou da agressão.

Mesmo que tal densificação implique condicionamentos em múltiplos direitos dos terroristas, da liberdade, à integridade física e psíquica ou, se necessário, à própria vida.

Não obstante, o terrorismo não deixa de condicionar, em termos severos, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos de todos os remanescentes indivíduos⁶⁴⁶.

De um lado, pela ameaça de violação, ou pela consumação da ameaça, desses direitos.

De outro lado, como decorrência da proteção, ou tentativa de proteção, dos mesmos⁶⁴⁷.

7.4.5. SOCIALIZAÇÃO

Desde o fim da II Guerra Mundial até ao início dos anos oitenta do século passado, a evolução dos Direitos Fundamentais, e dos Direitos Humanos, consubstancia-se numa progressiva intervenção estadual, e numa acentuada afetação da liberdade individual.

Na verdade, o auto-proclamado Estado social, no que tange à captura da autonomia individual pelo poder - *maxime*, a captura pelo poder tributário - aproxima-se mais das construções pré-liberais e totalitárias, do que de qualquer verdadeira alternativa liberal.

⁶⁴⁴ Em sentido próximo, Haberle, *Novos horizontes...*, p. 54: “proporção equilibrada, que o Estado constitucional exige, entre a salvaguarda da liberdade e a garantia da segurança”.

⁶⁴⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 132: “percebe-se, dramaticamente, que a segurança não é apenas um valor comunitário, que configura também um direito subjetivo de cada um dos cidadãos - e que sempre foi assim, como se comprova pela sua formulação expressa no artigo 27º, nº 1, da Constituição”.

⁶⁴⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 132: “uma sociedade que, antes e além do perigo, eminente e reconhecível com certeza, assume a importância de prevenir o risco, potencial e apenas provável na incerteza, quando estejam em causa valores proeminentes”

⁶⁴⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 133: “saber se, por força do princípio da prevenção especial ou da precaução, o legislador pode dispensar a exigência de perigo concreto e bastar-se com o risco (a probabilidade de lesão do bem segurança) para legitimar a restrição dos direitos e liberdades pessoais (...). “O padrão de controlo da constitucionalidade da restrição legislativa (...) deixaria de ser o da estrita necessidade e proporcionalidade da restrição (...) para se transformar num critério de razoabilidade, aproximando-se da mera garantia do núcleo essencial do direito”.

Ora, a solidariedade e a igualdade não podem colocar em causa a liberdade individual⁶⁴⁸.

E o socialismo - mesmo democrático - não deve, em caso algum, substituir o liberalismo.

⁶⁴⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 80: “a liberdade dos homens não pode confundir-se com a justiça social, ou com a democracia política, nem ser-lhes sacrificada”.

II - PARTE ESPECIAL

8. CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I - A Constituição portuguesa realiza, cumulativamente, a positivação, a tipificação, a vinculação e a jurisdicionalização dos Direitos Fundamentais.

A Constituição portuguesa não se cinge, pois, à proclamação dos Direitos Fundamentais.

II - Assim, em primeiro lugar os Direitos Fundamentais, sem prejuízo da respetiva origem jusnatural, assumem carácter escrito, tanto no que concerne aos direitos e liberdades, como no que tange às suas garantias.

Mais: encontram-se dotados de uma forma e de uma força diferenciadas, e protegidos por mecanismos de mutação apartados dos dos remanescentes direitos.

III - Em segundo lugar, os Direitos Fundamentais ostentam uma tipificação detalhada, quase exaustiva⁶⁴⁹, quer dos direitos subjetivos de liberdade, quer das próprias expectativas fácticas sociais⁶⁵⁰.

Se bem que assumam a plasticidade indispensável às exigências de restrição - abstrata - ou de ponderação - concreta - em ordem à efetividade e praticabilidade dos mesmos⁶⁵¹.

IV - Em terceiro lugar, os Direitos Fundamentais adstringem, quer as entidades públicas, quer - ainda que, mitigadamente - as entidades privadas.

E, se a primeira valência resulta do próprio Estado de Direito, e dos princípios de juridicidade - constitucionalidade e legalidade - que lhe inerem, a segunda valência determina uma significativa alteração de paradigma.

Ao converter uma regulação dos Direitos Fundamentais estritamente pública, atinente à relação entre o poder e os indivíduos, simultaneamente, numa regulação privada e extensiva às relações inter-individuais.

⁶⁴⁹ Em sentido próximo, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 123: “carácter extenso, exigente e perfeccionista”.

⁶⁵⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, pp. 704 e 702: “técnica de positivação atomística”; “evitou declaradamente o recurso às fórmulas e às cláusulas gerais, quer na enunciação dos direitos, quer na formulação de limites, quer na admissão da abertura jusfundamental do catálogo”.

⁶⁵¹ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, p. 1060: sem “serem tipologias fechadas e serem, ao invés, abertas e exemplificativas”.

Sem prejuízo do respeito pelo essencial da autonomia da vontade e, dessarte, de um pressuposto valorativo elementar dos Direitos Fundamentais, o da própria liberdade.

V - Em quarto lugar, os Direitos Fundamentais contemplam um alargado número de mecanismos tutelares, com especial incidência nos de matriz jurisdicional.

Designadamente, estabelecendo um princípio geral de acesso ao Direito e aos Tribunais.

E exigindo, perentoriamente, celeridade e prioridade nesse acesso, quando em risco se encontrem os Direitos Fundamentais de liberdade de natureza pessoal.

Mau-grado a imprevisão de um recurso, direto, de inconstitucionalidade, como seria expectável, considerada a inspiração alemã do texto constitucional⁶⁵².

VI – Acresce que a Lei Básica regula de forma invulgarmente extensa, sobretudo, no que toca ao quadro europeu, a matéria dos Direitos Fundamentais.

Seguramente, como decorrência dos antecedentes autoritários da Constituição de 1933, que, todavia, não explicam o fenómeno na íntegra.

De facto, não se enxerga o mesmo na generalidade dos textos comparados hodiernos que sucedem a experiências históricas análogas, ou bem mais autoritárias do que a portuguesa.

VII - A ótica jusfundamental adotada pela Constituição pátria é, definitivamente, antropocêntrica, individualística, personalística⁶⁵³ ou, se assim se pretender, liberal⁶⁵⁴.

Preferindo a liberdade à solidariedade, e a igualdade-igualdade à igualdade-desigualdade⁶⁵⁵.

⁶⁵² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 71: “certos preceitos ou formulações da nossa Constituição, em sede de direitos, liberdades e garantias, foram fortemente inspirados, quando não traduzidos, da Lei Fundamental alemã”.

⁶⁵³ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 95 e 99: “julgamos inequívoco que a conceção antropológica consagrada é a do humanismo ocidental”; “não aderiu ao princípio da funcionalização em que se exprime a conceção antropológica que está na base da teoria marxista-leninista”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 42: “a sistemática constitucional assinala, sem dúvida, um claro primado da pessoa”.

⁶⁵⁴ Em sentido diverso, Costa, *A hierarquia...*, p. 7: “clara superação duma conceção puramente liberal-individualista dos Direitos Fundamentais, substituída por outra que inequivocamente assume também a dimensão ‘social’ desses direitos”.

⁶⁵⁵ No mesmo sentido, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, pp. 70 e 71: “precedência da ideia de construção de uma sociedade livre sobre os ideais de justiça e solidariedade”; Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 106: o constituinte “impediu que (...) o princípio da igualdade pudesse subverter o princípio da liberdade (...). Neutralizou (...) o perigo de interpretações excessivas que pudessem conduzir à subversão da dignidade-liberdade pela dignidade-igualdade-solidariedade”; e *Direitos Fundamentais...*, p. 102: “a

Supremacizando os direitos de liberdade, e secundarizando os designados direitos sociais - ou socialistas⁶⁵⁶.

Determinando, para uns, um regime jurídico excecionalmente protetivo, e configurando, para os outros, um regime minimalista - ou, em rigor, um verdadeiro não-regime⁶⁵⁷.

Mais: não desenhando esses presuntivos direitos sociais enquanto direitos subjetivos públicos, mas enquanto meras expetativas de, possíveis e futuros, direitos subjetivos⁶⁵⁸.

Não obstante a persistência da afirmação, utopista, da igualdade real, da igualdade de resultado, enquanto tarefa fundamental do Estado (art. 9º, al. d)).

Ou da referência, ora platónica, ao dever de efetivação de tais direitos (art. 9º, al. d))⁶⁵⁹.

E, até, da subsistência - embora, preambular e imprescritiva - do histórico escopo funcional da abertura do caminho a uma sociedade socialista (parágrafo 4º).

Resquícios de um, hoje expurgado, autoritarismo dirigente da Constituição económica⁶⁶⁰.

8.1. ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Os Direitos Fundamentais encontram a respetiva sede, em exclusividade, na Constituição.

liberdade negativa goza afinal de uma primazia sobre outras referências (como a solidariedade) e outros princípios constitucionais, a isso correspondendo a vincada reafirmação da primazia dos Direitos Fundamentais de liberdade na sua função dominante”.

⁶⁵⁶ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 99: “tornou-se inequívoco não pretender a Constituição vincular a realização dos direitos económicos, sociais e culturais à construção de um certo tipo de sociedade”.

⁶⁵⁷ Em sentido oposto, Costa, *A hierarquia...*, p. 7: “característica particularmente importante e distintiva do catálogo de direitos da Constituição portuguesa (...) reside (...) no facto (...) de destacar (...) os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, e sobretudo, incluir, para além dos direitos clássicos, um vasto elenco de direitos económicos, sociais e culturais”.

⁶⁵⁸ Em sentido diverso, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 153: “a Constituição portuguesa terá alcançado a via intermédia, posto que, chamando a todos Direitos Fundamentais, organizou uma divisão muito nítida entre os direitos, liberdades e garantias, de um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, do outro”.

⁶⁵⁹ Em sentido diverso, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 231: “enquanto os direitos e liberdades são garantidos, os direitos económicos, sociais e culturais são objeto de promoção e efetivação” (art. 9º)”.

⁶⁶⁰ Em sentido próximo, Medeiros, *O Estado...*, pp. 25 e 26: “na lógica de uma Constituição autoritariamente dirigente (Canotilho) se põe em causa a função que a Constituição, nas sociedades abertas, pluralistas e fracionadas, como a portuguesa, é chamada a desempenhar”.

Incluindo-se nesses direitos os que se encontram expressos, resultando a sua identificação de interpretação *strictu sensu*.

E, outrossim, aqueles se encontram implícitos⁶⁶¹, decorrendo a respetiva identificação de inferência.

Não obstante, a Lei Fundamental portuguesa sugere, equivocadamente, uma virtual extensão do âmbito dos Direitos Fundamentais ao plano internacional (art. 8º e 16º).

E, inclusivamente, a um patamar interno ordinário (art. 16º, nº 1).

8.1.1. RECEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

I - Os Direitos Fundamentais apresentam-se, decerto, próximos dos Direitos Humanos.

Mas revelam-se, igualmente, insuscetíveis de uma sinonímia absoluta, porquanto, se os primeiros relevam da Constituição, os segundos procedem do Direito Internacional.

Logo, quando a Constituição recebe os Direitos Humanos, estes não mudam a sua natureza, não se transformam, por essa circunstância, em novos Direitos Fundamentais

Nem, tão-pouco, a noção substantiva de Direitos Fundamentais conhece quaisquer mutações.

Direitos Fundamentais permanecem Direitos Fundamentais, Direitos Humanos continuam a ser, apesar dessa receção, de natureza estritamente formal, Direitos Humanos⁶⁶².

O que significa que aos Direitos Humanos é aplicável o Direito Internacional, e nunca o Direito Interno - nem mesmo, o respetivo Direito Constitucional.

Que a respetiva génese é regulada pelo Direito Internacional, e que, ao longo da sua vigência, continuam a ser disciplinados pelo Direito Internacional (Convenção de Viena, de 1969, sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

⁶⁶¹ No mesmo sentido, Medeiros, *O Estado...*, pp. 27 e 28: “no feixe de faculdades que integram o direito fundamental pode haver, ao lado dos poderes expressamente previstos, faculdades implícitas determináveis no plano hermenêutico (...); fazem 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”.

⁶⁶² Em sentido oposto, Costa, *A hierarquia...*, p. 7: “denota um entendimento da categoria ‘Direitos Fundamentais’ como algo de mais amplo do que a categoria dos ‘direitos constitucionais’ (isto é, dos direitos formalmente consagrados no texto da Constituição)”, e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 63: “a cláusula aberta do nº 1 do artigo 16º obriga à adoção de um conceito material de qualificação de Direitos Fundamentais para efeito de na sua base selecionar aqueles que merecem ingressar na categoria, não obstante o seu posicionamento meramente exterior à Constituição formal”.

Mormente, em sede de interpretação, de inferência, de integração, de aplicação e entrada em vigor, de revisão e modificação, ou de suspensão e cessação (Convenção de Viena, de 1969, sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

II – Os mecanismos constitucionais de receção do Direito Internacional, e de admissão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não apresentam uma natureza excecional.

Não refletindo, pois, quaisquer características de subsidiariedade ou de secundariedade.

Em primeiro lugar, como o demonstra o instituto do *ius cogens* e, em correspondência, o posicionamento hierarquicamente superior das normas que no mesmo se albergam.

Uma superioridade não apenas frente às restantes normas internacionais, mas face às normas internas constitucionais e, por maioria de razão, às normas internas ordinárias.

Mais: uma superioridade que independe da previsão de mecanismos expressos de receção.

Em segundo lugar, como o demonstra o primado do Direito da União Europeia sobre a integralidade do Direito pátrio, com a sua inerente exigência de aplicação incondicionada.

Em terceiro lugar, como o demonstra a inequívoca supra-constitucionalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶⁶³.

III - A Constituição da República portuguesa recebe, em geral, o Direito Internacional (art. 8º).

A Constituição da República portuguesa recebe, em especial, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (art. 16º, nº 1).

A Constituição da República portuguesa recebe, privilegiadamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16º, nº 2).

⁶⁶³ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 394: “constituindo um mecanismo de abertura verdadeiramente subsidiário e excecional, a revelação de um direito autonomamente recebido pela cláusula aberta pressupõe (...) que o direito, pretensão ou faculdade não possa integrar a previsão normativa de qualquer dos Direitos Fundamentais objeto de enumeração constitucional (no catálogo ou fora dele)”.

8.1.1.1. DIREITO INTERNACIONAL EM GERAL

I - A Constituição portuguesa, elaborada, originariamente, nos anos setenta do século passado, revela-se, sem estranheza - e sem particular mérito⁶⁶⁴ - aberta ao Direito Internacional.

Essa abertura traduz-se, de imediato, na receção automática do Direito Internacional geral ou comum (art. 8º, nº 1).

Prossegue com a receção plena do Direito Internacional convencional, incluindo os tratados *proprio sensu* e os acordos internacionais (art. 8º, nº 2).

E, mais recentemente, estende o automatismo recetivo ao Direito unilateral das Organizações Internacionais das quais Portugal é parte, *maxime*, o Direito das Nações Unidas e o Direito da União Europeia (art. 8º, nº 3 e nº 4).

II - As normas recetoras do Direito Internacional Geral não se esgotam nas assinaladas.

Podendo ser consideradas como tais - se bem que, de forma muito atípica e indireta - as estabelecidas pela Constituição para o domínio das relações internacionais (art. 7º).

Designadamente, a norma prescritora do respeito pelos Direitos do Homem (art. 7º, nº 1), ou mesmo, porventura, a tocante à cooperação com todos os outros Povos, em ordem à emancipação e ao progresso da Humanidade (art. 7º, nº 1, *in fine*)

Embora já não a regra alusiva aos Direitos dos Povos, porquanto estes, em razão da natureza transindividual dos seus sujeitos, não se conformam como Direitos Humanos⁶⁶⁵.

8.1.1.2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

I - A Constituição afirma, de modo mais específico - mas pleonástico, atenta a extensa previsão geral - que os Direitos Fundamentais consagrados não excluem outros constantes das regras aplicáveis de Direito Internacional (art. 16º, nº 1).

O fundamento desta construção traduz, no essencial, um reforço da proteção do indivíduo.

⁶⁶⁴ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 52: “a generosidade é talvez uma das características mais salientes da Constituição de 1976”.

⁶⁶⁵ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 378: “o princípio do respeito dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos (art. 7º, nº 1 e nº 3).

Quer numa ótica material, com a emersão extra-nacional de novos direitos e liberdades⁶⁶⁶, quer, sobretudo, no domínio adjetivo, com o estabelecimento de novos meios extra-estaduais complementares de tutela, mormente, no que respeita ao foro jurisdicional.

Efetivamente, o Estado, mesmo o suposto Estado de Direito democrático, é, demasiado frequentemente, o principal inimigo do indivíduo.

O principal inimigo da sua dignidade, da sua liberdade, da sua segurança e, bem assim, da sua propriedade.

E o principal inimigo da democracia, quando entendida como algo mais do que um minimalista direito de sufrágio⁶⁶⁷.

II – Porém, ao contrário do que sugere a fórmula constitucional, a receção operada não conduz a uma novação do título originário, não gera novos Direitos Fundamentais.

Os direitos beneficiários dessa abertura e que, por força da Constituição, passam a coabitar, na ordem interna, com os Direitos Fundamentais, são, apenas, Direitos Humanos.

Inexistindo, desse modo, na Constituição portuguesa, Direitos Fundamentais atípicos⁶⁶⁸.

Os Direitos Fundamentais revelam-se sempre típicos, porque só assumem tal natureza os que estão, expressamente, fixados na Constituição, não aqueles que têm origem exterior.

Encontramo-nos, pois, face a uma cláusula de abertura constitucional aos Direitos Humanos, não de uma suposta cláusula constitucional aberta de Direitos Fundamentais⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ “Exemplos de direitos constantes de convenções internacionais seriam a proibição da prisão por dívidas, ou a proibição de sujeição de qualquer pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 53.

⁶⁶⁷ Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 54: “necessidade de evolução e adaptação do sistema em face de novos perigos para a dignidade humana e para a esfera vital de liberdade, nomeadamente os riscos acrescidos por novas tecnologias”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 387: “a doutrina nacional tem identificado diversas funções na cláusula do artigo 16º, nº 1, entre as quais além da função geral (...) de possibilitar a abertura a outros direitos que não os expressamente enumerados no texto constitucional: a função de extensão do regime de tutela dos direitos formalmente constitucionais, em especial dos direitos, liberdades e garantias; a função de abertura ao futuro (a novos direitos), mas também de abertura pretérita (...); o estabelecimento de uma relação dinâmica entre o Direito Natural e o Direito Positivo; uma função próxima do princípio *in dubio pro libertate*”.

⁶⁶⁸ Em sentido oposto, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, pp. 471 e 484: “as tipologias exemplificativas dos Direitos Fundamentais conferem a possibilidade de outros tipos de Direitos Fundamentais, fora da tipologia, serem constitucionalmente relevantes, Direitos Fundamentais que se designarão assim de atípicos”; “o art. 16º, nº 1 realiza (...) uma abertura explícita a verdadeiros Direitos Fundamentais atípicos, norma que merece a qualificação de cláusula aberta por se referir na previsão a Direitos Fundamentais não especificados e na estatuição à sua admissibilidade constitucional”.

⁶⁶⁹ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 73: “princípio de cláusula aberta, também dito de não identificação ou da não tipicidade”; e Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 471: “as

III - Em consequência, entendem-se irrelevantes, no que tange às relações entre fontes internacionais e internas, as diferenciações entre as tipologias taxativas e as tipologias exemplificativas⁶⁷⁰, ou entre as tipologias explícitas e as tipologias implícitas⁶⁷¹.

O que não significa a despreciação dessas contraposições no estrito domínio dos Direitos Fundamentais, no exclusivo âmbito das posições jurídicas ativas de carácter interno.

Efetivamente, a positivação de Direitos Fundamentais tanto pode fazer-se de forma tipificada como não tipificada, e tanto pode assumir forma expressa como implícita⁶⁷².

Aliás, o facto de a Constituição ter optado pela tipificação expressa, não sugere que todos os Direitos Fundamentais beneficiem de previsão - ou de uma integral previsão - expressa.

De facto, o recurso a noções jurídicas - e não jurídicas - indeterminadas, ou escassamente densificadas, constitucionalmente, vislumbra-se inevitável⁶⁷³.

O mesmo ocorrendo com a existência - e inclusivamente, a exigência - de uma interpretação constitucional adequada evolutiva.

tipologias exemplificativas dos Direitos Fundamentais conferem a possibilidade de outros tipos de Direitos Fundamentais, fora da tipologia, serem constitucionalmente relevantes, Direitos Fundamentais que se designarão assim de atípicos”.

⁶⁷⁰ Nesse sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 68, louvando-se em Ascensão: “a *summa divisio* a estabelecer é entre a tipologia jurídica taxativa e a tipologia jurídica exemplificativa (...). A tipologia taxativa implica que o Direito não acolhe outros tipos jurídicos para além dos que se encontram nela englobados; o conjunto dos tipos previstos esgota o universo juridicamente relevante dos mesmos e fala-se em *numerus clausus* (...). A tipologia exemplificativa, ao invés, representa a possibilidade de o Direito admitir a relevância de outros tipos para lá dos que se encontram por ela abrangidos; o seu número apresenta-se assim como não fechado e diz-se que há um *numerus apertus* (...). A tipologia exemplificativa (...) combina, com enorme felicidade, as vantagens do conceito abstrato e da tipificação. Garantindo um conjunto mínimo de situações, abre as portas a outras situações que, por razões várias, não lograram ser incluídas na tipologia, mas que são igualmente relevantes”.

⁶⁷¹ Nesse sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 81: a “admissão da existência de figuras ou categorias para além dos tipos que são incluídos numa dada tipologia pode apresentar duas modalidades possíveis e com um grau de dificuldade de deteção assaz diferenciado: esse reconhecimento pode ser explícito ou implícito”.

⁶⁷² No mesmo sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, pp. 51 e 54: “a existência dos Direitos Fundamentais atípicos traduz, antes do mais, uma opção de índole técnica dentro da positivação dos Direitos Fundamentais”; “o critério que alicerça esta nova classificação reside na abstracção ou na pormenorização da respetiva positivação constitucional”.

⁶⁷³ No mesmo sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 93: “atendendo à existência de uma tipologia constitucional de Direitos Fundamentais, as cláusulas gerais assumem sempre um carácter extensivo, na medida em que alargam o rol dos Direitos Fundamentais que o Direito Constitucional passa a prever”.

IV – A Constituição portuguesa consente a receção de qualquer tipo de Direitos Humanos⁶⁷⁴.

Entretanto, essa admissibilidade não preclude - nem, tão-pouco, mitiga - a natureza jurídica, radicalmente oposta, dos direitos de liberdade e dos designados direitos sociais.

Assim, se no primeiro caso, são incorporados no ordenamento nacional direitos subjetivos, no segundo caso essa inserção é, tão-somente, a de expectativas, fácticas, de direitos subjetivos⁶⁷⁵.

8.1.1.3. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

I - A receção dos Direitos Humanos pela Constituição portuguesa não se circunscreve às realidades de natureza vinculativa, à *hard law*.

Compreendendo um texto que não ostenta, geneticamente, essa vocação, um texto de natureza *soft law*, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16º, nº 2).

II – A Constituição estabelece que os seus preceitos, relativos aos Direitos Fundamentais, devem ser interpretados e devem ser integrados de harmonia com a Declaração Universal.

Oferecendo-lhe, desse modo, uma vinculatividade que, num momento inicial, não detém.

Quer porque, a sua possível obrigatoriedade emana de um costume internacional geral, de existência e alcance sempre controvertidos.

Quer porque, mesmo admitindo semelhante consuetudinidade, não se revela no passado, não se revela hoje, e, porventura, não se revelará nunca, verdadeiramente universal.

Mas mais: ao erigir a Declaração Universal dos Direitos Humanos como parâmetro de identificação, interpretativa e integrativa, da globalidade das normas portuguesas de Direitos Fundamentais, a Constituição posiciona-a num patamar superior a si própria⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 404: “o âmbito normativo do art. 16º, nº 1 alarga-se ou abre-se a todos os Direitos Fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles - os direitos, liberdades e garantias”.

⁶⁷⁵ Em sentido próximo, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 93: “apesar da letra, parece-nos que a cláusula deve respeitar sobretudo a direitos, liberdades e garantias”.

⁶⁷⁶ Em sentido oposto, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 52: “a integração dos preceitos constitucionais pela Declaração Universal significa que os dois textos devem ser aplicados conjuntamente segundo uma dogmática de harmonização. Só assim faz sentido a paralela injunção de interpretação conforme com a Declaração Universal”.

III – Porém, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assume, em Portugal, relevância, essencialmente, simbólica.

Na verdade, seria incrível que um texto internacional, minimalista, rudimentar, elaborado imediatamente após a II Guerra Mundial, num quadro político de Guerra Fria, pudesse servir de modelo interpretativo ou, sobretudo, de modelo integrativo, a um outro, interno, maximalista, técnico, e aprovado em data posterior.

Mais: sendo *soft law*, a Declaração não consagra nenhum mecanismo garantístico, atinente aos próprios Direitos Humanos ou, por extensão, aos Direitos Fundamentais⁶⁷⁷.

Acrescendo, que, ao tempo da feitura da Constituição portuguesa são já conhecidos, no plano geral, os dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, bem como, num plano regional, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶⁷⁸.

E, finalmente, mais abstruso se revelaria que, um texto insuscetível de utilização enquanto fonte de Direitos Humanos, fosse suscetível de utilização exclusiva como fundamento da restrição dos Direitos Fundamentais⁶⁷⁹.

IV – À incorporação e ao posicionamento supra-constitucional da Declaração Universal dos Direitos Humanos presidem, basicamente, razões conjunturais de política interna⁶⁸⁰.

De um lado, apresenta-se como modo de suprimento de uma legitimidade política democrática que o poder militar emergente em abril de 1974 não possui⁶⁸¹.

De outro lado, afirma-se como garantia de uma futura existência de Direitos Fundamentais, no contexto de uma Assembleia Constituinte coagida, objetivamente, ao

⁶⁷⁷ Em sentido oposto, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 94: “a Constituição delega na Declaração Universal dos Direitos do Homem uma tarefa, que traduz simultaneamente uma garantia do sistema de direitos, a de a Declaração servir de parâmetro-garantia-função, no qual a Constituição confia”.

⁶⁷⁸ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 61: “talvez devam ser repensados a permanência e o sentido de semelhante cláusula”.

⁶⁷⁹ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1102: “a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser invocada para se proceder, no plano interno, a uma limitação dos Direitos Fundamentais; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 120: “divergência entre os que reconhecem no artigo 29º, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem a presença de uma cláusula de autorização de restrições e os que terminantemente a recusam”.

⁶⁸⁰ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 47: “a Declaração Universal, que consagra esse valor do Homem como ‘ideal comum de todos os Povos e Nações’, é, por essa boa razão, escolhida como fator de unidade na interpretação do conjunto dos Direitos Fundamentais”.

⁶⁸¹ “Assegurar a cada cidadão os Direitos Fundamentais estatuídos em declarações universais” (Proclamação da Junta de Salvação Nacional, compromisso 5º).

longo de todo o procedimento de elaboração da Lei Fundamental, por forças políticas não-democráticas⁶⁸².

8.1.2. DIREITO INTERNO ORDINÁRIO

I - A Constituição refere, adicionalmente, que os Direitos Fundamentais consagrados no seu texto não excluem outros constantes das leis (art. 16º, nº 1).

Porém, os direitos previstos em ato legislativo ordinário não são Direitos Fundamentais.

Não o são, por não preencherem os requisitos mínimos de uma sua identificabilidade enquanto Direitos Fundamentais⁶⁸³.

E não o são, porque não têm, nem poderiam ter, o regime que a Constituição estabelece para os Direitos Fundamentais.

Mormente, no que tange à aplicabilidade, vinculação, restrição, suspensão, reserva legislativa, ou revisão constitucional⁶⁸⁴.

II - Mais: se estes direitos subjetivos de fonte infra-constitucional fossem visionados como Direitos Fundamentais, assistiríamos a um paradoxo jurídico.

De facto, realidades que têm menção expressa na Constituição, os designados direitos sociais, são visionadas como expectativas fácticas por, entre outras razões, não possuírem determinabilidade constitucional bastante, nem, em consequência, aplicabilidade direta.

Mas, em contrapartida, estas realidades ordinárias, sobre as quais inexiste, sequer, uma breve alusão constitucional, seriam encaráveis como verdadeiros Direitos Fundamentais.

⁶⁸² No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 60: “esta regra foi concebida pela Assembleia Constituinte como cláusula de recurso, num momento em que a própria Assembleia Constituinte se achava condicionada pela dinâmica (pouco amiga da liberdade) do processo revolucionário (...). Funcionou como um valioso quadro de referência e uma válvula de segurança do sistema de Direitos Fundamentais”.

⁶⁸³ No mesmo sentido, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 483: “a ideia de abertura, efetuada pelo art. 16º, nº 1 (...) a direitos infraconstitucionais não se coaduna minimamente com o seu sentido normativo, pondo em causa o próprio conceito de direito fundamental que o acompanha, nem sequer sendo de conceber a existência de um conceito original de direito fundamental ou de uma dualidade de conceitos que acolhessem posições subjetivas infraconstitucionais”.

⁶⁸⁴ Em sentido oposto, Costa, *A hierarquia...*, p. 19: “o facto de a Constituição (artigo 16º, nº 1) admitir a existência de Direitos Fundamentais legais (...) suscita o problema de saber se aqueles direitos não recebem, ao fim e ao cabo, um estatuto ‘constitucional’”; e, no acórdão do Tribunal Constitucional nº 266/87, sustenta-se o “entendimento de que a tais direitos só é aplicável parte do regime dos direitos, liberdades e garantias”.

Ora, se inexistem Direitos Fundamentais indeterminados, ou cuja determinação dependa, na sua essência, de um ato complementar, menos ainda poderão conceber-se Direitos Fundamentais ignorados pela Constituição e previstos em exclusivo na lei comum⁶⁸⁵.

III - Não se nega, a múltiplas realidades de fonte sub-fundamental, a natureza de direitos subjetivos, públicos, individuais, positivados, tipificados, determinados, preceituados, incondicionados, justiciáveis, paradigmaticamente frente ao poder e, acessoriamente, face à comunidade, e encontrando como fundamento a defesa da dignidade da pessoa humana.

Não se ignora, sequer, a proximidade contedística de muitos deles com alguns direitos, liberdades e garantias, e, eventualmente, com alguns direitos de natureza análoga àqueles.

Exemplificativamente, em sede de Direito Privado, o direito ao nome (art. 72º, Código Civil), o direito ao pseudónimo (art. 74º, Código Civil), o direito à indemnização por danos (art. 483º, Código Civil).

Ou, em sede de Direito Público, o direito de audiência prévia dos interessados em procedimento administrativo (art. 121º, segs., Código do Procedimento Administrativo).

O que se recusa, é a sua configuração, para efeito algum, enquanto Direitos Fundamentais.

8.2. FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

I - A dignidade da pessoa humana ergue-se como o fundamento, como a razão de ser, primeira e última, dos Direitos Fundamentais, de quaisquer Direitos Fundamentais⁶⁸⁶.

Ou, quiçá, como o sobre-princípio no qual se escoram todos os remanescentes princípios.

Mais: afirma-se como o postulado existencial dos Direitos Fundamentais, considerada a sua inclusão na ideia de fundamentalidade e na própria noção de Direitos Fundamentais.

II - No que se reporta à atual Constituição pátria, a dignidade da pessoa humana apresenta-se, não só enquanto fundamento do modelo de Direitos Fundamentais, mas,

⁶⁸⁵ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, p. 392: “os Direitos Fundamentais constantes das leis têm apenas dignidade materialmente constitucional”.

⁶⁸⁶ Em sentido contrário, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 407: “Vieira de Andrade expulsa do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, que não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana” (...). Trata-se, pois, de uma distinção ideológica”.

mais compreensivamente, enquanto fundamento da integralidade do ordenamento constitucional⁶⁸⁷.

Atenta a afirmação, expressa e inicial, nela, de que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º)⁶⁸⁸.

O personalismo destaca-se, inerentemente, como a mais estrutural característica dos Direitos Fundamentais, e como a mais estrutural característica da própria Constituição.

III - O conceito de dignidade da pessoa humana revela-se, patentemente, multifuncional.

Em primeiro lugar, definindo um sentido unitário para todos os Direitos Fundamentais⁶⁸⁹.

Em segundo lugar, propiciando uma interpretação e uma inferência uniformes desses Direitos Fundamentais.

E, em terceiro lugar, sustentando uma possível integração, adequada e coerente, de lacunas constitucionais identificadas em sede de Direitos Fundamentais⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 476: “opera, simultaneamente, como pressuposto existencial e fim do Estado de Direito e como justificação axiológica do sistema de Direitos Fundamentais”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, pp. 46 e 82: “a Constituição erige os Direitos Fundamentais em princípios ordenadores do ordenamento jurídico em geral e da atuação do poder político em particular”; “a decisão axiológica estruturante de máxima grandeza da Constituição, formulada no art. 1º, baseia a República na dignidade da pessoa humana”; e Pinto, *Direitos de personalidade...*, p. 9: “a dignidade da pessoa humana é (...) elevada a valor fundamental que confere sentido e unidade às disposições constitucionais, e em particular às relativas aos Direitos Fundamentais”.

⁶⁸⁸ No mesmo sentido, Costa, *A hierarquia...*, p. 6: “preceitos iniciais e emblemáticos da Constituição portuguesa denunciam já o lugar central que nela ocupa o reconhecimento dos Direitos Fundamentais enquanto um dos seus eixos estruturantes, e o significado de tais direitos enquanto expressão do estatuto jurídico-subjetivo básico e irreduzível de cada homem decorrente da sua mesma natureza e dignidade (art. 1º e art. 2º)”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 55: “o exame dos preceitos de mais transcendente fundamentação axiológica da Constituição – os artigos 1º e 2º - mostra-nos que os Direitos Fundamentais se caracterizam por uma função primacial: a de proteger e garantir diretamente e por via principal bens jurídicos da esfera individual indispensáveis à salvaguarda da dignidade humana de todas as pessoas ou de pessoas pertencentes a certas categorias abertas de socialidade”.

⁶⁸⁹ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 102: “um princípio que confere unidade e coerência de sentido ao sistema constitucional de Direitos Fundamentais”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 306: “função cometida ao princípio da dignidade da pessoa humana, de assegurar a unidade valorativa, a unidade de sentido, ou mesmo a unidade do sistema de Direitos Fundamentais”.

⁶⁹⁰ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 541: “são diversas as funções jusfundamentais a assinalar ao princípio da dignidade da pessoa humana: (i) uma função simbólica; (ii) uma função instrumental (nas vestes de parâmetro para a interpretação e integração de normas, bem como de reforço e de fundamento para a redução dos efeitos de proteção); (iii) e funções de proteção (seja como eventual critério de último recurso, seja como fundamento de especiais deveres de proteção e de promoção”.

IV – Sem prejuízo da sua excecional relevância, a dignidade da pessoa humana implica articulação com as exigências da democracia.

De facto, Portugal é uma República soberana, baseada, igualmente, na vontade popular (art. 1º).

Logo, a densificação da dignidade resulta, parcialmente, de decisão democrática popular.

Se bem que, numa ótica puramente sistemática, a dignidade da pessoa humana preceda a vontade popular e que, numa perspetiva lógico-jurídica, não poderia deixar de a preceder.

De facto, conexionando-se, ambas, com os direitos de liberdade, à primeira subjazem, intrinsecamente, os direitos pessoais, e à segunda, essencialmente, os direitos políticos⁶⁹¹.

V - Em contrapartida, impugna-se uma associação direta entre a dignidade e a igualdade.

É certo que, num tributo às origens socialistas da Constituição, uma menção à dignidade e, inclusive, à dignidade social, surge na disposição relativa à igualdade (art. 13º, nº 1).

Não são, entretanto, nem conceitos sinónimos, nem conceitos de articulação necessária.

A dignidade apresenta um carácter, intrinsecamente, pessoal, individual, isolado, atomístico, é inata a cada ser humano, independentemente da sociedade, ou de qualquer juízo externo valorativo desta.

Opostamente, a igualdade pressupõe um relacionamento, uma comparação, um confronto, entre situações individuais, implica, inevitavelmente, sociabilidade, em escala maior, no socialismo ou, em grau menor, no liberalismo^{692 693}.

⁶⁹¹ No mesmo sentido, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 70: “a precedência (...) da dignidade da pessoa sobre a vontade popular (isto é, a prioridade da pessoa sobre a organização política); e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 82: a dignidade, “antes de ser um bem da comunidade, é um bem de cada indivíduo”.

⁶⁹² Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 710: “os dois elementos primários irrecusáveis que estruturam esse subsistema normativo são a dignidade da pessoa humana e a igualdade, que vêm, por sua vez, a fundir-se na essência da igual dignidade de todas as pessoas”; e *Direitos Fundamentais...*, pp. 79 e 66: “no artigo 13º, nº 1, está enunciado o princípio geral da igualdade, que a Constituição da República portuguesa logo associa à dignidade (a mesma dignidade social). Daí a articulação (estabelecida pelo Tribunal Constitucional) na fórmula da igual dignidade, expressa e metaforicamente concebida como eixo em torno do qual gira todo o Estado de Direito”, “o Tribunal Constitucional “tem seguido um rumo um pouco diferente, ao privilegiar a articulação com a igualdade (daí o uso que tem feito da fórmula “igual dignidade”) e com a exigência de condições mínimas indispensáveis para uma exigência condigna”.

⁶⁹³ Em sentido oposto, Tavares, *op. cit.*, p. 22: “a violação da dignidade numa das suas facetas não pode deixar de comprometer a dignidade de toda a pessoa”; e Cabrita, *Direitos Humanos...*, pp. 54 e 53: “a dignidade humana admite a intervenção social do Estado inspirada em algum princípio de justiça redistributiva (...). Para que cada indivíduo possa ter uma existência digna (...) pode por vezes ser necessária uma atuação e não uma abstenção, do Estado”. “A dignidade humana exige a liberdade das necessidades ou a libertação da miséria”.

VI - Manifestações constitucionais específicas, expressas, da dignidade da pessoa humana, são, sobretudo, as atinentes à procriação medicamente assistida (art. 67º, nº 2, al. e)), à criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e experimentação científica (art. 26º, nº 3), à obtenção e utilização de informações pessoais (art. 26º, nº 2) e, bem assim, excecionalmente, à natureza não pública das audiências nos Tribunais (art. 206º).

VII - Manifestações constitucionais, implícitas, de dignidade da pessoa humana, são as que subjazem à generalidade dos direitos, liberdades e garantias e, decisivamente, aos direitos, liberdades e garantias pessoais, ou, *maxime*, aos direitos pessoalíssimos⁶⁹⁴.

Em primeiro lugar, ao direito à vida (art. 24º, nº 1), à garantia da proibição da pena de morte (art. 24º, nº 2) ou à garantia de não extradição, sempre que ao crime praticado possa corresponder, à luz do Direito do Estado requisitante, pena de morte (art. 33º, nº 4).

Mais: a examinada dignidade da pessoa humana compreende, necessariamente, em relação à vida, quer a vida da pessoa nascida, quer a vida da pessoa apenas concebida⁶⁹⁵.

Efetivamente, apresentar-se-ia absurda a mencionada - e dupla - proteção da vida, de um qualquer agente criminoso, frente à absoluta desproteção de uma nova vida, por viver, e em relação à qual inexistente, pela natureza das coisas, qualquer tipo de censura ética.

Em segundo lugar, ao direito à integridade (art. 25º, nº 1), à garantia de proibição da tortura e de tratos e penas cruéis, degradantes ou desumanos (art. 25º, nº 2) e à garantia de não extradição, quando ao crime praticado possa corresponder, no Direito do Estado requisitante, pena que lese, irreversivelmente, a integridade física (art. 33º, nº 4).

Em terceiro lugar, surgem, como manifestações específicas implícitas de dignidade, ainda, a liberdade de consciência (art. 41º), os direitos à identidade pessoal, ao

⁶⁹⁴ Em sentido próximo, Pinto, *Direitos de personalidade...*, p. 10: “da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana”.

⁶⁹⁵ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, pp. 110 e 109: “afirmar que a vida intra-uterina, pelo facto de possuir dignidade, granjeia tutela constitucional, implica, necessariamente, atestar que estamos perante uma forma de vida humana, logo, automaticamente, protegida ao abrigo do artigo 24º”. “A dignidade da vida humana abarca também o direito de nascer (...). Este direito subjetivo foi e é grosseiramente violado, ao permitir-se que a decisão entre a vida e a morte do feto pertença inteiramente à discricionariedade da grávida”; e, embora noutro plano, Chorão, *op. cit.*, p. 78: “proposta de sentido transcendentista-objetivista-realista-‘absolutista’-‘jusnaturalista’ (...): “um verdadeiro direito humano, respeitante a um bem básico e primário do titular, bem radicado na sua natureza e dignidade pessoal e que este recebe na sua condição criatural (...) como dom (...) de Deus”.

desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26º, nº 1).

E, em quarto lugar, o direito à liberdade física (art. 27º), bem como as garantias constituídas pela proibição de penas e medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo, ou assumindo duração ilimitada ou indefinida (art. 30º, nº 1),

VIII - A dignidade da pessoa humana, apesar da sua estrutural relevância, não é mencionada entre os limites expressos de revisão constitucional (art. 288º, *a contrario*).

Todavia, situação idêntica ocorre com os princípios regentes dos Direitos Fundamentais.

O princípio da universalidade, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da confiança, o princípio da responsabilidade, ou o princípio da proteção, não se encontram, também, expressamente mencionados entre os limites materiais de revisão.

E, mal se conceberia, que tanto os direitos, liberdades e garantias, como os direitos de natureza análoga, se encontrassem protegidos de semelhante vicissitude, e o mesmo se não verificasse, por absoluta maioria de razão, com os princípios que os enquadram⁶⁹⁶.

8.3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

O critério identificador dos Direitos Fundamentais não resulta evidente na Constituição portuguesa⁶⁹⁷,

E menos óbvio se apresenta o critério demarcador dos vários tipos de Direitos Fundamentais.

Mormente, de um lado, os direitos, liberdades e garantias, e os direitos de natureza análoga áqueles e, de outro lado, os designados direitos económicos, sociais e culturais⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 542: “na medida em que a garantia do art. 288º, al. d), da Constituição tem de ser referida ao quadro de princípios dos direitos, liberdades e garantias e ao quadro dos princípios que corporizam o cerne identitário desse sistema (...), a norma da dignidade da pessoa humana beneficia “em cadeia” da proteção assegurada pela cláusula de intangibilidade”.

⁶⁹⁷ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1049: “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 dentre toda uma variedade de posições jurídicas”

⁶⁹⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 173: “não que a delimitação atual, mesmo após várias revisões constitucionais, seja rigorosa e permita uma distinção clara e fundada entre duas categorias de direitos”.

Porém, afigura-se incontornável uma determinação desses critérios constitucionais, em ordem ao conhecimento e segmentação dos dois mencionados tipos de realidades jurídicas, bem como à identificação, casuística, dos direitos de natureza análoga⁶⁹⁹.

8.3.1. DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS

I – A Constituição prevê uma radical - e expressa - disjunção⁷⁰⁰ entre o que designa por direitos, liberdades e garantias, e o que denomina de direitos económicos, sociais e culturais.

No entanto, uma deficiente conceção sistemática torna complexa e, sobretudo, incerta, a identificação do fundamento jurídico - presumindo a respetiva existência - subjacente a esta contraposição.

II - Em primeiro lugar, porque o modelo de Direitos Fundamentais português apresenta uma sensível clivagem por referência à estruturação, típica e duradouramente sedimentada, do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Estruturação ancorada numa dicotomia, inequívoca, entre, de um lado, direitos civis - ou pessoais - e direitos políticos e, de outro lado, direitos económicos, sociais e culturais.

Dualismo que, reflete, igualmente, em larga medida, um paradigma comum, histórico e atual, da generalidade dos Direitos Fundamentais internos, designadamente, europeus.

III - Em segundo lugar, porque o texto analisando se aparta, com fundamento idêntico, das anteriores soluções do constitucionalismo português, quer liberais, quer não-liberais.

Em parte, porque encerra, no que designa por direitos, liberdades e garantias, quer direitos de liberdade, quer direitos sociais, num contexto constitucional, ademais, em que existe um segmento autónomo consagrado aos direitos económicos, sociais e culturais⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 398: “esta classificação e este regime (dos direitos, liberdades e garantias) vão servir de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos ao longo da Constituição”; e Gouveia, *Manual...*, p. 1077: “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 primeiros”.

⁷⁰⁰ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade ...*, p. 15: “dicotomia (ou ‘dualismo’) que encontra apoio implícito no texto constitucional”.

⁷⁰¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 533: “a expressão, direitos, liberdades e garantias, constitui apenas a designação de uma categoria de Direitos Fundamentais (entendidos como situações jurídicas político-constitucionais compreensivas) específica da Constituição portuguesa, e de modo algum uma classificação de direitos ou de posições jurídicas”.

Noutra parte, considerando que, no que refere como direitos económicos sociais e culturais, se incluem múltiplos direitos que são, simultaneamente, direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, direitos que são, em rigor, conteudisticamente, direitos de liberdade, e, não, direitos sociais⁷⁰².

Uma construção sistemática mais infeliz, revelar-se-ia, provavelmente, impossível⁷⁰³.

8.3.1.1. ARTICULAÇÃO ENTRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS, E DIREITOS ECONÓMICOS SOCIAIS E CULTURAIS

Como decorrência da exposta indeterminação constitucional, observam-se múltiplas construções doutrinárias sobre a natureza jurídica dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos económicos, sociais e culturais e, sobretudo, a sua recíproca articulação.

Mas essa multipolaridade torna-se suscetível de condensação em três correntes principais.

Uma primeira, defendendo a existência de um regime unitário dos Direitos Fundamentais, albergando, quer os direitos de liberdade, quer os direitos sociais.

Uma segunda, sustentando a diferenciação dos princípios e do regime dos Direitos Fundamentais, colocando, num polo, os direitos de liberdade e, noutro, os direitos sociais.

Uma terceira, advogando a sinonimização dos Direitos Fundamentais com os direitos subjetivos de liberdade e, assim, a redução dos direitos sociais a expectativas fácticas⁷⁰⁴.

⁷⁰² Em sentido próximo, Novais, *Direitos sociais...*, p. 336: “numa segunda leitura (...), no Título III (...) havia direitos que eram verdadeiramente direitos de liberdade (...), também no título II (...) estavam implicitamente contidos que, verdadeiramente, não o eram, já que, quando analiticamente decompostos, apresentavam parcialmente a natureza e estrutura típicas dos direitos sociais”.

⁷⁰³ Em sentido oposto, Haberle, *Novos horizontes...*, p. 47: “bem conseguida sistematização (‘direitos, liberdades e garantias’ e ‘direitos e deveres económicos, sociais e culturais’)”.

⁷⁰⁴ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 216: “defrontam-se várias teses relativas à diferença entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais: “teses absolutizadoras da contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais; teses negadoras de uma distinção entre esses dois tipos de direitos; e teses intermédias ou relativizadoras”.

8.3.1.1.1. TESE DO REGIME UNICITÁRIO DOS DIREITOS DE LIBERDADE E DOS DIREITOS SOCIAIS

I - A tese do regime unicitário dos Direitos Fundamentais consubstancia-se na rejeição - ou, quiçá, numa profunda releitura⁷⁰⁵ - da diferenciação estabelecida, substancialmente e formalmente, pela Constituição, entre direitos de liberdade e designados direitos sociais.

II - Porém, essa unicidade contradita, e contradita frontalmente, o texto fundamental⁷⁰⁶.

Contradita-o, porque este aparta, sistematicamente, os dois grupos de - presuntivas - situações jurídicas ativas.

E contradita-o, sobretudo, porque, em razão de uma axiologia distinta⁷⁰⁷, estabelece, para cada um, modelos normativos diversos, quer em sede principiológica, quer no domínio regimental^{708 709}.

III - A Constituição determina princípios diferenciados para os direitos de liberdade e para os designados direitos sociais.

⁷⁰⁵ “A doutrina tem salientado a aproximação entre direitos sociais e direitos, liberdades e garantias, na medida em que os primeiros, para além de dimensões de proteção, também podem conter imposições determinadas de prestações, que vinculam o legislador e suscetíveis de aplicação direta, tal como os últimos também incluem (...) conteúdos prestacionais”; assim, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 140.

⁷⁰⁶ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 415: “a Constituição (...) não consagrou uma disciplina jurídico-constitucional unitária dos Direitos Fundamentais”.

⁷⁰⁷ Em sentido oposto, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, pp. 658: “importa não confundir (...) a dimensão axiológica e a vertente estrutural. E, se, na primeira perspetiva, é possível descortinar no sistema português uma unidade de sentido, já no plano estrutural a diversidade constitui uma marca indelével (...). A contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais situa-se, assim, entre a unidade e a diversidade”.

⁷⁰⁸ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 162: “diferença essencial estabelecida pela Constituição quando separa os direitos, liberdades e garantias dos restantes Direitos Fundamentais para efeitos de aplicação de um regime especial”.

⁷⁰⁹ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 10, 47 e 63: “dogmática unitária e abrangente dos Direitos Fundamentais”; “se é certo que há lugar para diferenciação no mundo dos Direitos Fundamentais (...) essas diferenciações não decorrem de qualquer distinção ou contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais”; “os direitos sociais apresentam, não diferentemente do que ocorre com os direitos de liberdade, uma vocação de titularização individualizada ou individualizável”; “seja na dimensão positiva (direito ou pretensão a que o Estado crie ou forneça uma prestação), seja na dimensão negativa (direito a que o Estado não atente, afete ou suprima a prestação já concedida ou a que o particular já acede), aquilo que está em causa é a garantia jurídica do acesso a um bem material, um direito social”.

Na verdade, apenas os princípios da universalidade (art. 12º, 14º e 15º), da igualdade (art. 13º) e da proteção jurídicas (art. 20º) lhes são, e apenas tendencialmente, comuns (art. 20º, nº 5, *a contrario*).

Já não o princípio da proporcionalidade (art. 18º, nº 2, 19º, nº 4), nem o princípio da confiança (art. 18º, nº 3), nem, tão-pouco, o princípio da responsabilidade (art. 22º)⁷¹⁰.

IV – Igualmente, a Constituição define um regime jurídico, não apenas distinto, mas oposto⁷¹¹, para os direitos de liberdade e para os designados direitos sociais⁷¹².

Prevê uma força jurídica diferente para os direitos, liberdade e garantias e para os designados direitos económicos, sociais e culturais (art. 18º).

Consagra a existência de preceitividade, para os primeiros, e de impreceitividade, para aos segundos (art. 18º, nº 1)⁷¹³.

Pressupondo a determinabilidade imediata - e não a mera determinabilidade, eventualmente mediata - de uns, e, em confronto, a indeterminabilidade - ou a indeterminabilidade imediata, dos outros⁷¹⁴.

E fixa, para cada uma dessas realidades jurídicas ativas, padrões de vinculação opostos⁷¹⁵.

⁷¹⁰ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 385: “se as restrições aos direitos sociais têm de observar - consoante jurisprudência firme do Tribunal Constitucional - os princípios da igualdade, da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e, também agora, o princípio da proporcionalidade, nada afinal resta da invocada diferença de regime relativamente aos direitos de liberdade”.

⁷¹¹ Em sentido próximo, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, p. 673: “o próprio texto constitucional (...), talvez para compensar a sobrecarga de direitos sociais, acentuou os traços diferenciadores, a nível de regime, entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, em vez de relativizar a relevância da distinção (v.g. a referência aos direitos, liberdades e garantias nos artigos 21º e 22º)”.

⁷¹² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 363: “não pode ignorar-se que a nossa ordem constitucional institui um regime especial para estes direitos e que dele excluiu os direitos sociais”.

⁷¹³ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 66: “do que se cura é de atribuir aos Direitos Fundamentais sociais o estatuto de direitos constitucionais, deixando de lado a sua dimensão originária de ‘direitos legais’”.

⁷¹⁴ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 344: “após a respetiva conformação legal, um direito social, até pela natureza das prestações estatais em causa, adquire maior determinabilidade, em geral, que aquela que os direitos de liberdade recolhem na sua conformação pelo legislador ordinário”.

⁷¹⁵ Em sentido oposto, Canotilho, *Jusfundamentalidade...*, p. 844: “passou a compreender-se a jusfundamentalidade em íntima articulação com a ideia de deverosidade protetiva, que pode ir desde a proteção do nascituro até ao dever de proteção da saúde e da qualidade de vida”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 264: “a vinculatividade da respetiva observância não dependerá do tipo em que for classificado, do nome artificial que lhe for atribuído, mas apenas da força jurídica diferenciada que a Constituição lhe atribuir, da natureza material e estrutural do dever, das características intrínsecas que o marcam, dos condicionamentos que se impõem, por natureza ou por força da observância dos princípios do Estado de Direito, à respetiva realização”.

Quer para a vinculação das entidades públicas (art. 18º, nº 1, e art. 3º, nº 2 e 3), quer, sobretudo, para a vinculação das entidades privadas - enquadradas, necessariamente, por um princípio de autonomia da vontade⁷¹⁶.

A Constituição estabelece, ainda, regimes opostos para os condicionamentos ordinários (art. 18º, nº 2 e nº 3, e art. 19º).

Assim, a modelos especialmente cautelares de restrição e de suspensão dos direitos, liberdades e garantias, contrapõe a ausência de constrangimentos, expressos, no que tange aos designados direitos económicos, sociais e culturais⁷¹⁷.

Finalmente, assegura aos direitos, liberdades e garantias mecanismos de tutela, jurisdicional, não jurisdicional e, até, de auto-tutela, dos quais afasta os designados direitos económicos sociais e culturais (art. 20º, nº, 5, e art. 21º)⁷¹⁸.

V – Acresce que, a tese unicitária implicaria, para o regime dos designados direitos sociais, um conjunto de efeitos inaceitável em Estado de Direito e em Estado democrático.

Em primeiro lugar: preceitividade e aplicabilidade direta, quiçá, por uma via jurisdicional.

Em segundo lugar: vinculação plena dos sujeitos públicos e vinculação parcial dos sujeitos privados, com funcionalização dos mesmos face às necessidades da coletividade.

Em terceiro lugar: compressão agravada da restrição, bem como, impossibilidade da suspensão, exceto em circunstancialismos de estado de sítio ou de estado de emergência.

Em quarto lugar, integral rigidificação da Constituição dos Direitos Fundamentais, por via da extensão dos limites de revisão materiais expressos⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 84: “se há direitos constitucionais sociais, isso significa, no mínimo, em Constituição normativa, que os poderes constituídos - todos eles, do legislador aos Tribunais - estão constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais”.

⁷¹⁷ Em sentido oposto, Silva, Susana Tavares da, *op. cit.*, p. 116: “os defensores da dogmática unitária dos Direitos Fundamentais propõem que o retrocesso social seja tratado no quadro do regime jurídico geral da restrição dos Direitos Fundamentais”.

⁷¹⁸ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 9 e 10: “os diferentes tipos de Direitos Fundamentais (...) não são passíveis de diferenciação de proteção jurídica”; “sustentamos (...) que os direitos sociais são verdadeiros Direitos Fundamentais e que o seu regime de proteção constitucional se identifica, no essencial, com a proteção conferida os direitos, liberdades e garantias”.

⁷¹⁹ Em sentido idêntico, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 158: “por muitas razões, não há, nem pode haver, em face da Constituição portuguesa, um regime jurídico unitário para todos os Direitos Fundamentais”; e *A estruturação...*, V. II, p. 540: “a comunicabilidade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais (...) deixa de ser pensável sempre que o problema da efetividade dos direitos económicos, sociais e culturais possa por em causa o princípio da efetividade jurídica dos direitos, liberdades e garantias”.

VI – Por consequência, encontrar-nos-íamos não no âmbito de um sistema liberal de Direitos Fundamentais, mas no de um sistema totalitário e sem Direitos Fundamentais.

Em razão da adstrição do Estado a um texto constitucional rígido, programático, finalista, determinista, irreversível, e ideologicamente socialista.

Em razão da prevalência dos direitos sociais sobre os direitos os direitos de liberdade, designadamente por via da inevitável ablação, total ou parcial, da propriedade privada enquanto meio de sustentação desse programa.

Em razão da negação ao Soberano de qualquer escolha democrático-eleitoral substantiva, atenta a prévia definição programática.

E em razão da captura dos órgãos políticos dotados de legitimidade popular - Assembleia da República, Governo e Presidente da República - por órgãos jurisdicionais não eleitos popularmente, mas aos quais caberia vigiar o cumprimento daquele programa constitucional⁷²⁰.

VII – Mais: a pretensa unicidade dogmática dos Direitos Fundamentais não assume, sequer, natureza interpretativa.

Efetivamente, a construção em exame não detém um mínimo de correspondência textual constitucional, ainda que imperfeitamente expressa (art. 9º, Código Civil), surgindo, dessarte, em plano marginal ao hermenêutico⁷²¹.

E, cumulativamente, extravasa os dois outros mecanismos atinentes à identificação de normas, a saber, o da inferência jurídica e o da integração jurídica.

Num caso, porque a solução unicitária não se encontra implícita no texto constitucional, atendendo a que, este consagra, de forma expressa, a solução contrária.

No outro, porque inexistente, no texto constitucional, em sede de diferenciação entre tipos jusfundamentais, qualquer lacuna - de previsão ou de estatuição - ou qualquer omissão.

⁷²⁰ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 18: “a não existir uma diferenciação de natureza entre os diferentes tipos de Direitos Fundamentais, cai por terra a tese da ‘inexibilidade intrínseca’ dos Direitos Fundamentais sociais”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 361: “praticamente todo o pretenso regime específico dos direitos, liberdades e garantias é extensível aos direitos sociais”.

⁷²¹ Em sentido oposto, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, pp. 6 e 7: “esta diferenciação de estrutura e de projeção das normas no ordenamento constitucional surge essencialmente como um problema de interpretação constitucional”; “a disjunção de regimes jurídicos não autoriza o intérprete-aplicador, seja o legislador, as autoridades administrativas, ou o poder judicial, a estabelecer barreiras fixas ou fronteiras intransponíveis entre esses dois regimes jurídicos”.

VIII - A examinada construção unicitária dos Direitos Fundamentais pretende, desse modo, não a identificação do sistema constitucional existente, mas, opostamente, a criação, e a criação *contraconstitutionem*, de um sistema alternativo ao sistema vigente.

Ora, a missão da doutrina é a de conhecer o regulado, não de re-regular, ou, menos ainda, de sobre-regular, o regulado⁷²² - *maxime*, num domínio como o do Direito Constitucional.

IX - Não se exclui a admissão do costume constitucional enquanto fonte de Direito, nem, tão-pouco, do próprio costume constitucional *contra constitutionem*, mesmo num quadro de Constituição formal e de Constituição rígida⁷²³.

Bem pelo contrário, sustenta-se, inclusive, um seu posicionamento supra-constitucional.

Exige-se, contudo, que essa prática consuetudinária brote, diretamente, de fonte popular, que esse uso emane da própria comunidade dos indivíduos, e não de meros órgãos representativos, sobremaneira, quando dotados de uma nula legitimidade democrática⁷²⁴.

X - Derradeiramente, considerada a deficiente sistematização e qualificação dos Direitos Fundamentais, um outro modelo de unificação estatutária é sustentado⁷²⁵.

Assim, o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias seria aplicável não somente a estes, mas, na sua vertente subjetiva, à totalidade dos direitos.

Simetricamente, o regime dos direitos económicos, sociais e culturais teria aplicação a qualquer dos direitos estabelecidos, na sua vertente objetiva⁷²⁶.

⁷²² “Reis Novais pretende, falando nas vezes do constituinte, negar a própria existência de um regime específico de direitos, liberdades e garantias”, assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 158.

⁷²³ Nesse sentido, Rodrigues, *Direito Constitucional...*, pp. 47 e 48.

⁷²⁴ Nesse sentido, Rodrigues, *Direito Constitucional...*, p. 51.

⁷²⁵ Nesse sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A cultura...*, p. 138 e 136: “não há (...) dois regimes jurídicos distintos (...), mas um só regime jurídico, aplicável a todos os Direitos Fundamentais, independentemente da sua qualificação jurídica. “A solução passa (...) pela relativização e desvalorização da dicotomia entre direitos, liberdades e garantias, e direitos económicos, sociais e culturais, considerando-a de natureza mais política do que jurídica, enquanto fruto das circunstâncias históricas em que foi elaborada a Constituição de 1976 e do extremar de posições ideológicas”. “Em nossos dias, os direitos, liberdades e garantias não correspondem mais apenas a deveres de abstenção estaduais, mas exigem também a intervenção dos poderes públicos, da mesma maneira que os os direitos económicos, sociais e culturais, para além de dependerem de tarefas estaduais, também conferem um domínio constitucionalmente garantido de agressões exteriores por parte de entidades públicas”.

⁷²⁶ Nesse sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A cultura...*, p. 138: “o denominado regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, que integra um conjunto de regras destinadas a impedir agressões públicas e (privadas), é de aplicar a todos os Direitos Fundamentais, na medida da sua vertente subjetiva; da mesma maneira, o denominado regime dos direitos económicos, sociais e culturais, que corresponde à regulação da atuação dos poderes públicos, é de aplicar a todos os Direitos Fundamentais, na medida da sua vertente objetiva”.

E, reflexamente, constatar-se-ia a desnecessidade do instituto dos direitos análogos⁷²⁷.

XI - Porém, embora lógica e substancialista, não se julga aceitável a proposta dogmática.

Em primeiro lugar, porque recusa, integralmente, a segmentação patente na Constituição.

Em segundo lugar, porque inexistente na Constituição um regime específico - ou, pelo menos, um regime específico com carácter expresso - referente aos direitos sociais.

Em terceiro lugar, porque inutiliza, de todo, o instituto dos direitos de natureza análoga.

E, em quarto lugar, porque supõe a existência de uma dimensão jusfundamental objetiva.

8.3.1.1.2. TESE DOS DOIS TIPOS DE DIREITOS, OS DIREITOS DE LIBERDADE E OS DIREITOS SOCIAIS

I - A tese da distinção, simultaneamente, principiológica e regimental, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais configura-se, na doutrina portuguesa, quase-unânime⁷²⁸.

Entretanto, apesar do consenso, revelam-se muito distintos os critérios de segmentação.

II - Antes de mais, importa diferenciar entre critérios estruturais e critérios valorativos.

Dos primeiros, resultam os binómios naturalidade-artificialidade, universalidade-restritividade, positivividade-negatividade, determinabilidade-indeterminabilidade, precatividade-programaticidade, vinculatividade-invinculatividade, incondicionalidade-condicionalidade, e justiciabilidade-injusticiabilidade.

Nos outros, a dicotomia elementar sedia-se na relevância *versus* irrelevância da dignidade da pessoa humana, ou, na relevância principal *versus* relevância reflexa dessa dignidade.

Por último, e complementando os anteriores, regista-se, ainda, frequentemente, na doutrina portuguesa, a sustentação, quer de critérios mistos, quer de critérios múltiplos.

⁷²⁷ Nesse sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A cultura...*, p. 139: “tendo em conta a identidade de natureza de todos os Direitos Fundamentais e a unidade das respetivas regras jurídicas, é forçoso concluir que a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos económicos, sociais e culturais (...) não obriga à criação da ‘não-categoria’ dos ‘direitos análogos’”.

⁷²⁸ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1035: “direitos, liberdades e garantias, com um regime reforçado; e direitos económicos, sociais e culturais, com um regime enfraquecido”.

8.3.1.1.2.1. CRITÉRIOS ESTRUTURAIS

8.3.1.1.2.1.1. NATURALIDADE / ARTIFICIALIDADE

I – No âmbito deste critério estrutural, os direitos de liberdade revelar-se-iam, quanto à origem, direitos naturais, inerentes ao Homem, diretamente derivados da Razão⁷²⁹.

Desse modo, apresentar-se-iam declarativas, a positivação, a tipificação e a justicialidade.

Em contraste, os direitos sociais configurar-se-iam como direitos artificiais, como direitos não ancorados, nem na natureza do Homem, nem na correspondente Razão.

Emanando, ao invés dos anteriores, de uma simples vontade criadora positiva estadual⁷³⁰.

Pior: seriam direitos artificiais, porque artificial, é, igualmente, o afirmado Estado social.

II – Na verdade, esse alegado Estado social não só não resulta do Direito Natural, como surge enquanto seu oposto, ou, quiçá, enquanto manifestação jurídica *contra-natura*⁷³¹.

Efetivamente, o que é co-natural ao Homem é, sobretudo, a liberdade, não a solidariedade.

Por maioria de razão, uma solidariedade imposta e de jaez, alegadamente, paternalista⁷³².

⁷²⁹ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 26 e 221: “a conotação jusnaturalista reduz os direitos a direitos de autonomia”; “os Direitos Fundamentais são direitos naturais, sem necessidade da intervenção do poder para a sua incorporação no sistema jurídico eficaz que é o positivo”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 148: “nos direitos de liberdade, pode dizer-se, que pelo menos idealmente, pré-existe uma esfera de autonomia que o Estado tem de respeitar”.

⁷³⁰ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 149 e 67: “nos direitos sociais (...) é o Estado que tem que criar algo que não pré-existe na esfera do titular do direito”; “a procura e a garantia do acesso a tais bens era algo que se situava num plano material qualitativamente distinto do plano natural, supra e pré-estadual, das liberdades negativas individuais”; e Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 166: “a respeito da natureza dos direitos sociais na Alemanha, cumpre sublinhar que existe um relativo consenso na doutrina deste país a respeito de dois aspetos. O primeiro consiste em que a capacidade de realização de direitos sociais prestacionais depende do grau de desenvolvimento económico e o segundo que o crescimento económico não pode ser assegurado juridicamente”.

⁷³¹ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 256 e 257: “o Estado Social assume-se como provedor de todas as pessoas sob a sua jurisdição e que, abandonadas às capacidades próprias e aos recursos proporcionados pelo livre jogo do mercado, seriam incapazes de aceder àquelas condições mínimas de existência e, conseqüentemente, de gozo da liberdade”; “o Estado social preocupa-se ativamente com as condições fácticas da liberdade e da autonomia, com a equalização das condições de participação, assume tarefas de redistribuição da riqueza comum, de prestação generalizada de serviços públicos essenciais, de racionalização e regulação das relações económicas e sociais, de melhoria das condições de vida das camadas mais débeis, de promoção do bem-estar”.

⁷³² No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, pp. 139 e 140: “aqueles que são defensores (...) do socialismo (...) defendem uma filosofia paternalista. E (...) acabam, se chegam ao poder, por promover os interesses

Aliás, se dúvidas persistissem sobre o grau de compressão exercido pelo suposto Estado social sobre o valor maior da liberdade e, assim, sobre a sua iniquidade, seria clarificadora uma referência aos pretensos Direitos Fundamentais do indivíduo frente a si próprio⁷³³.

III - O critério *subjudice* perfila-se assertivo no que tange à artificialidade aos designados direitos sociais, bem como à caracterização do Estado social que lhes inere.

Em contraste, não surge exato na afirmação de que todos os direitos de liberdade, ou de que todos os direitos, liberdades e garantias, são direitos naturais.

De um lado, porque alguns desses direitos ostentam uma origem muito mais recente.

De outro lado, porque os próprios direitos de liberdade tradicionais evoluem, e de forma sensível, adquirindo novas valências, que não decorrem dos seus conteúdos originários.

8.3.1.1.2.1.2. UNIVERSALIDADE / RESTRITIVIDADE

I - Os direitos de liberdade configurar-se-iam enquanto verdadeiros direitos universais.

Os direitos sociais conformar-se-iam como direitos restritos a parte dos indivíduos⁷³⁴.

E a uma parte dos indivíduos selecionados pelos detentores do poder, de acordo com critérios económicos, e critérios políticos - ou, no limite, estritamente político-partidários.

II – Mas uma contraposição, nesses precisos moldes, não resulta inteiramente satisfatória.

Efetivamente, os direitos sociais não seriam universais, no sentido em que nem todos os indivíduos beneficiariam deles, em simultaneidade, e num momento específico⁷³⁵.

da própria classe, em nome do bem-estar geral”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 94: “numa clara manifestação de paternalismo estadual, acaba por haver uma certa usurpação de significativas parcelas da liberdade e autonomia individuais”.

⁷³³ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 260: “o dever de proteção respeita, inclusivamente, embora a título excepcional, à proteção contra si mesmo, no sentido de que, para garantir o acesso individual atual ou futuro aos bens jusfundamentalmente protegidos o Estado se sente obrigado a proteger o indivíduo das decisões e opções que o próprio indivíduo assume livre e conscientemente”.

⁷³⁴ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 211: “é excessivo atribuir esses direitos a pessoas que têm possibilidade de satisfazer por si mesmos essas necessidades, por terem capacidade económica suficiente”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 47: “a discutida natureza universal dos direitos sociais, isto é, a de saber se os direitos sociais são direitos de todos ou direitos só de alguns, dos mais carenciados”.

⁷³⁵ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 126: reafirmação do sentido originário desses direitos, que os perspetiva como direitos em concreto apenas de alguns – direitos dos excluídos do mercado *lato sensu*, ou seja, daqueles aos quais o mercado não assegura, em termos de autossustento, um mínimo

Mas, potencialmente, todos os indivíduos seriam seus titulares, e seus possíveis beneficiários, não se separando, pois, dos direitos, universais, de liberdade.

8.3.1.1.2.1.3. NEGATIVIDADE / POSITIVIDADE

I – Nesta concepção, decerto a mais comum na doutrina, os direitos de liberdade surgiriam enquanto direitos negativos, direitos a uma abstenção, direitos a uma omissão do poder.

E, por seu turno, diferentemente, os direitos sociais emergiriam enquanto direitos positivos, direitos a uma intervenção, direitos a uma prestação oriunda desse poder.

II - Porém, é inrígida a configuração de direitos meramente negativos, com afastamento de qualquer valência positiva⁷³⁶.

Do mesmo que o é, se bem que em grau diverso, a afirmação da existência de direitos estritamente positivos.

Na realidade, os Direitos Fundamentais assumem sempre uma natureza híbrida, simultaneamente, positiva e negativa⁷³⁷.

III - Acresce que, de entre os direitos de liberdade *lato sensu*, não devem confundir-se os direitos ou as liberdades, tendencialmente negativos, com as garantias, tipicamente positivas.

de existência compatível com a sua dignidade”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 48: “são direitos de todos, mas os respetivos deveres de prestação estatal só surgem relativamente a alguém que se encontre abrangido pela respetiva previsão normativa”.

⁷³⁶ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 136: “são essencialmente direitos a ações negativas ou omissões por parte do Estado - próprios da garantia de não violação de um espaço pré-delimitado de liberdade e autonomia individual - mas nele se integram, também, direitos ou pretensões a ações positivas (...), pelo que não é correto identificar, sem mais, os direitos de liberdade com direitos negativos ou direitos de defesa”.

⁷³⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 162 e 163: “são frequentemente múltiplas as faculdades incluídas num direito constitucionalmente consagrado, faculdades que têm objeto e conteúdo distintos, que são oponíveis a destinatários diferentes, determinam deveres de variado tipo e que podem até ter titulares diversos”; “não se pode (...) pensar num singular poder ou pretensão jurídica unidimensional ou unidirecional, antes a representação mais adequada é a de um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direções distintas”.

Logo, mesmo que os direitos ou as liberdades não impliquem uma prestação, uma ação estadual, as inerentes garantias sugerem, quase sempre, a necessidade da mesma⁷³⁸.

Mais: os direitos de liberdade, ao invés dos direitos sociais, assumem perfil vinculativo, quer para os entes públicos, quer para as entidades privadas (art. 18º, nº 1, *in fine*).

Logo, suscitam - até por maioria de razão - intervenção do poder público para a defesa do indivíduo, não frente a esse poder, mas face aos outros indivíduos⁷³⁹.

IV - Reciprocamente, torna-se inexato defender a existência de direitos sociais rigorosamente positivos, com o afastamento de quaisquer vertentes omissivas.

De facto, os direitos sociais podem albergar, cumulativamente, uma dimensão negativa, porquanto a prestação em exame tanto pode ser de *facere*, como de *non facere*⁷⁴⁰.

Exemplificativamente, os direitos à saúde, ao ensino ou ao trabalho, não significam, apenas, a prestação de cuidados de saúde, de ensino, ou, mesmo, a otimização das condições para a criação de emprego.

Significam, também, a não colocação em risco, pelo poder, com a respetiva ação, desse direito à saúde, desse direito ao ensino, ou desse direito ao trabalho⁷⁴¹.

⁷³⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 192, 169 e 60: “embora a ideia dos Direitos Fundamentais tenha surgido para defesa do cidadão contra o Estado, pressupõe (...) a existência de um poder estadual que os assegure”; “os direitos de defesa não se traduzem apenas em faculdades de impedir, implicam também, em caso de violação, o direito e o dever de suspensão de eventuais intromissões ilegítimas, bem como o direito e o dever de reposição da situação anterior ou de eliminação das consequências já verificadas de tais intromissões ou ofensas”; “descobre-se nas próprias liberdades e garantias uma dimensão prestacional, na medida em que a defesa perante o Estado implica, em caso de intervenção ofensiva, a anulação dessa intromissão e porventura a reposição da situação anterior ou a indemnização”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 399: “mesmo que a dimensão garantística aponte basicamente para a inexistência de agressão ou coação político-estatal, isso não significa que eles não se configurem, igualmente, como direitos a exigir o cumprimento do dever de proteção a cargo do Estado (...) das condições de exercício da liberdade”; e Novais, *As restrições...*, p. 136: “dever jurídico corresponsivo dos direitos de liberdade que impende sobre o Estado traduz-se num conjunto de deveres de omissão, mas também de ação”; e *Direitos sociais...*, p. 128: “a generalidade dos tradicionais direitos civis e políticos exige, igualmente, como os direitos sociais, a realização de atuações e prestações estatais positivas, sem as quais, ou não podem exercer-se ou não podem ser efetivamente garantidos”.

⁷³⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 169: “a maioria (senão a totalidade) dos direitos de liberdade (direitos pessoais e civis ou cívicos) inclui (...) outras faculdades de exigir ou pretender ações positivas, seja para a sua proteção contra terceiros, seja para promoção das condições do seu gozo efetivo”.

⁷⁴⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 170: “a obrigação de prestação tanto pode ser de facto positivo (de *facere* ou de *dare*) como de facto negativo (*non facere*)”.

⁷⁴¹ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 128 e 259: “também os direitos sociais seriam de algum modo direitos negativos, uma vez que também deles é possível deduzir obrigações estatais de omissão”. “O Estado tem uma obrigação (...) de se abster de intervir nas possibilidades e capacidades de acesso que o particular, por si próprio, ou integrado em instituições ou associações de que faz parte,

V - Dogmaticamente, contudo, afigura-se exequível a identificação, por referência a cada específico direito, de um seu conteúdo nuclear, essencial, ou prevalecente, seja este positivo, seja o mesmo negativo⁷⁴².

VI - Nesse contexto, a distinção assente na ideia de um núcleo identitário, subsistiria⁷⁴³.

Os direitos de liberdade seriam, predominantemente, negativos, direitos frente ao poder.

Na perspectiva do seu titular, traduzindo uma liberdade-autonomia⁷⁴⁴, e do ângulo do poder público, um dever de não agir, um dever de se abster, um dever de não interferir⁷⁴⁵.

Os direitos sociais seriam, tendencialmente, direitos positivos⁷⁴⁶, direitos através do poder, ou com recurso ao poder, direitos a uma prestação por parte de tal poder.

autonomamente alcançou ou poderia alcançar se não existissem impedimentos jurídicos relativamente aos quais o Estado passa a ter uma obrigação positiva de remoção”.

⁷⁴² No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 110: “direitos ou faculdades integrados na sua dimensão principal ou direitos e faculdades integrados nas suas dimensões acessórias ou instrumentais”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 165: “existência de um conteúdo principal, que abrange as faculdades ou garantias específicas de cada hipótese normativa, e de um conteúdo instrumental, que incluirá outras faculdades ou deveres, que, não constituindo o programa normativo do direito em si, decorrem diretamente da necessidade da sua efetivação, visando assegurar o seu respeito, a sua proteção ou a sua promoção”.

⁷⁴³ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 45: “o conteúdo principal dos direitos, liberdades e garantias traduz-se em direitos negativos”; (...) o conteúdo principal dos direitos económicos, sociais e culturais traduz-se em direitos positivos”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 112: “da mesma forma, no direito ao ensino como um todo encontramos direitos de liberdade e direitos sociais (a liberdade de aprender e ensinar é um direito de liberdade, o direito de ensino básico gratuito é um direito social), mas tomando em conta a dimensão principal do direito, podemos dizer que o direito ao ensino é um direito social”.

⁷⁴⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 401: “direitos cuja referência primária é a sua função de defesa, auto-impondo-se como direitos negativos, diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distanciação e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 334: “primordialmente uma aspiração de garantia efetiva e imediata da liberdade”.

⁷⁴⁵ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 128: “os direitos de defesa correspondem tendencialmente ao conceito de *status negativus* de Georg Jellinek. Servem sobretudo a esfera de liberdade da pessoa humana contra as agressões do poder político. Centram-se numa pretensão negatória”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 168: “dever de abstenção, abstenção de agir, e por isso, dever de não interferência ou de não-intromissão”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 257: “o dever de respeitar continua a traduzir-se essencialmente num dever de abstenção, de não interferência nas esferas de autonomia, de liberdade e de bem-estar dos particulares, garantidas pelos Direitos Fundamentais; essa continua a ser a sua dimensão principal”.

⁷⁴⁶ No mesmo sentido, Luño, *op. cit.*, p. 21: “os Direitos Fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantia negativas dos interesses individuais, para se tornarem um

Direitos que significariam, em rigor, uma contraditória dependência do poder, não obstante a existência de deveres, agora positivos, com origem neste mesmo poder⁷⁴⁷.

VII – A construção implica o afastamento da chamada teoria dos direitos como um todo.

Da teoria de que cada direito específico incorporaria sempre e, quiçá, incorporaria sempre em medida próxima, ou em medida equivalente, aspetos negativos e aspetos positivos.

De uma teoria que, no seu limite, desaguaria na tese unicitária dos Direitos Fundamentais.

Em parte, porque, em cada realidade constitucional jusfundamental prevista, sobressai, ou uma valência negativa, ou uma valência positiva.

Noutra parte, porque se a Constituição intentasse configurar semelhante modelo, não procederia à segmentação dos Direitos Fundamentais em duas opostas categorias⁷⁴⁸.

VIII – O critério da negatividade ou da positividade dos Direitos Fundamentais, revela-se, em qualquer caso, um critério diferenciador imperfeito.

Efetivamente, assume, não uma natureza qualitativa, mas uma matriz quantitativa, prevalente, ou tendencial.

8.3.1.1.2.1.4. DETERMINABILIDADE / INDETERMINABILIDADE

I - Os direitos de liberdade afirmar-se-iam, nesta construção, enquanto direitos determinados.

E os direitos sociais perfilar-se-iam, opostamente, enquanto direitos indeterminados⁷⁴⁹.

conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”; Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 25: “obrigações de prestação positiva cuja satisfação consiste num *facere*, uma ação positiva, a cargo dos poderes públicos”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 213: “pretensões a prestações a conceder às pessoas, requerendo uma intervenção positiva do Estado (o objeto imediato do Direito é aqui uma conduta positiva do Estado traduzida numa prestação fáctica ou material”.

⁷⁴⁷ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 58: “embora a contraposição indivíduo-Estado não desapareça, esbate-se na medida em que os direitos não são, em si, direitos contra o Estado (contra a lógica estadual) mas direitos através do Estado”.

⁷⁴⁸ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 102 e 343: “direitos tomados como um todo”; “distinção entre Direitos Fundamentais como um todo e cada um dos direitos, pretensões, garantias ou faculdades particulares que o integram”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 146: “sendo certo que a Constituição, no art. 19º, se refere precisamente ao direito fundamental como um todo”.

⁷⁴⁹ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 441: “‘bloco de determinidade’ versus ‘bloco de indeterminidade’”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 152: “não há como ignorar ou desvalorizar a

Melhor: enquanto direitos imediatamente determinados, de um lado, e enquanto direitos mediamente determinados, de outro.

Significando determinabilidade imediata a delimitação conteudística dos direitos nos próprios atos jurídicos que primariamente os consagram⁷⁵⁰.

E significando determinabilidade mediata que esta depende da integração do comando constitucional por um superveniente comando.

II - Os direitos de liberdade seriam, nesta dicotomia, direitos constitucionalmente determinados, direitos dotados de uma especial densidade normativa.

Direitos que permitiriam a identificação imediata dos respetivos objeto e conteúdo⁷⁵¹, circunscrevendo a politicidade detida pelo legislador infraconstitucional⁷⁵².

Os direitos sociais seriam direitos, igualmente, mas direitos ainda indeterminados ou basicamente indeterminados⁷⁵³.

diferença qualitativa realmente existente entre direitos sociais e direitos de liberdade no que toca à respetiva determinabilidade”; “a diferença de determinabilidade entre os dois tipos de direitos está intimamente associada às diferentes reservas que os afetam *ab initio*: reserva geral imanente de ponderação (dever estatal de respeito) e reserva do politicamente adequado ou oportuno (dever estatal de proteção)”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 183 e 176: “direitos de conteúdo constitucionalmente determinável”, ou “direitos a prestações sujeitas a determinação política”; “dois tipos de direitos: aqueles cujo conteúdo 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”.

⁷⁵⁰ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 400: “aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das opções constitucionais”.

⁷⁵¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 177: “as normas constitucionais são capazes de fornecer todos os elementos e critérios necessários e suficientes para a sua aplicação, ou seja, os direitos são determinados por opções constitucionais”.

⁷⁵² No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 51: “a determinação constitucional do direito vai também dirigida à limitação do legislador”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 182: “a Constituição vincula apertadamente o legislador e, expressa ou implicitamente, determina no essencial as soluções que este deve consagrar”.

⁷⁵³ No mesmo sentido, Canotilho, *Tomemos a sério...*, p. 483: “os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da *interpositio* do legislador”; Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 65: “apenas em casos excecionais os Direitos Fundamentais sociais resultam determinados diretamente a partir do texto constitucional”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 142: “como o direito social não é suficientemente determinado no plano constitucional, a sua realização jurídica (...) pressupõe que a determinação das prestações juridicamente devidas venha a ser feita, mas já num plano infraconstitucional, pelo legislador ordinário”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 181: “o conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário”.

Direitos que dependeriam de subsequentes escolhas do poder político ordinário e da respetiva implementabilidade financeira⁷⁵⁴.

III – Acontece que, a realidade jurídica não se esgota nesta esquemática contraposição.

Efetivamente, existem direitos determinados em maior ou em menor grau, bem como, direitos determinados em grau suficiente ou determinados em grau insuficiente⁷⁵⁵.

Designadamente, direitos de liberdade excepcionalmente determinados - os direitos pessoais, ou dentre eles, os direitos de personalidade - e direitos de liberdade escassamente determinados - os direitos políticos⁷⁵⁶.

Reciprocamente, de par com os típicos direitos sociais, carentes, em absoluto, de determinabilidade imediata, vislumbram-se outros que a detém, embora minimalisticamente, como se observa com um segmento dos direitos laborais⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 575: “os direitos sociais a prestações (...) estão contidos em normas de viés programático, cujo conteúdo morfológico, no que concerne à sua dimensão positiva, não alcança o grau de determinabilidade das normas que consagram os direitos subjetivos”; e Novais, *Direitos sociais...*, pp. 143 e 147: “a falta de determinabilidade constitucional dos direitos sociais não é uma lacuna ou uma opção inadvertida do legislador constituinte; ela está, antes, estrita e diretamente relacionada com a natureza deste tipo de direitos e com a sua dependência de fatores mutáveis que o Estado não controla, ou pode deixar de controlar”; “de uma causa específica que advém da reserva do possível e que inibe os operadores jurídicos de chegarem ao conteúdo do direito recorrendo unicamente a critérios jurídicos de interpretação da norma constitucional”.

⁷⁵⁵ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1074: “o texto da Constituição nem sempre é coerente quanto ao grau de densidade conferido à positivação de direito fundamental”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 238: “existência de distintos graus de densidade e exequibilidade das normas de direitos, liberdades e garantias”.

⁷⁵⁶ Em sentido próximo, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 51: “a questão é apaixonadamente discutida porque a Constituição não determinou o conteúdo, a medida, do direito”; Novais, *As restrições...*, p. 134: “a norma constitucional não pode garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinável de acesso ao bem protegido”; e *Direitos sociais...*, p. 142: “não é possível, salvo raras exceções, obter indicações constitucionais precisas sobre o *quantum* que o cidadão pode exigir judicialmente do Estado”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 178: “a determinação ou determinabilidade ao nível constitucional não significa, no entanto, que haja uma suficiência incondicional dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias. Ao invés, a intervenção legislativa é indispensável (...) para a acomodação, proteção e promoção dos direitos e pode sê-lo, em grau maior ou menor, para assegurar procedimentalmente o seu exercício ou até para concretizar o respetivo conteúdo”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, pp. 79 e 80: “a existência de Direitos Fundamentais carecidos de conformação legislativa não ocorre apenas no âmbito dos direitos sociais fundamentais, embora seja esta a área onde mais se concentram. Exemplos da presença daquelas figuras fora dessa área são o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (art. 20º, nº 2), a garantia da identidade genética (art. 26º, nº 3), a garantia de proteção de dados pessoais (art. 35º, nº 2), ou a garantia do direito à objeção de consciência” (art. 41º, nº 6)”.

⁷⁵⁷ Em sentido próximo, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, p. 662: “o simples apelo a um critério de determinabilidade jurídica não se afigura suficiente”.

IV – Do exposto resulta, a insuficiência do critério da determinabilidade, ou mesmo do critério da determinabilidade imediata, para operar a distinção entre tipos de Direitos Fundamentais.

Em primeiro lugar, porque apresentaria, em rigor, características estruturalmente quantitativas.

Em segundo lugar, porque a diferenciação entre os dois mais relevantes tipos jusfundamentais, assumiria, em rigor, uma consagração constitucional meramente implícita.

8.3.1.1.2.1.5. PRECETIVIDADE / PROGRAMATICIDADE

I - Agregado ao critério anterior emerge o da dicotomia precetividade-programaticidade⁷⁵⁸, ou, sinonimicamente, aplicabilidade direta-aplicabilidade indireta.

Nesse quadro, os direitos de liberdade assumiriam natureza precetiva, ou aplicabilidade direta, os direitos sociais ostentariam natureza programática, ou aplicabilidade indireta⁷⁵⁹.

II - Os direitos de liberdade apresentar-se-iam dotados de precetividade⁷⁶⁰, desde logo, por constituírem o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais.

E, por protegerem os bens jurídicos mais estruturantes, não poderiam depender de um programa eventual, ou de uma futura mediação legislativa.

O que significaria que seriam atribuídos e caracterizados pela própria Constituição, sem o contributo do normador infra-constitucional⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, pp. 437 e 448: “a determinidade é o critério da precetividade constitucional”. “Só quando há determinidade constitucional é que há necessidade de exequibilidade legislativa”.

⁷⁵⁹ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, pp. 372 e 437: “o conceito de determinidade constitucional dos direitos, liberdade e garantias, em contraste com a indeterminidade constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais, expressa-se normativamente pela ideia de aplicabilidade direta”. “A aplicabilidade direta surge como consequência da determinidade da norma, sendo esta a condição necessária e suficiente para que opere aquela”.

⁷⁶⁰ No mesmo sentido, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 97: “carácter preceptivo das normas sobre direitos, liberdades e garantias; e Gouveia, *Manual...*, p., 1072: “os direitos, liberdades e garantias definem-se em razão da norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria mais restrita do que os Direitos Fundamentais em geral: são as posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas”.

⁷⁶¹ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, pp. 436 e 457: “o carácter precetivo da norma, ou seja a sua capacidade para diretamente atribuir direitos subjetivos”; “a completude precetivo-

E que a este estaria vedada a determinação do respetivo conteúdo matricial, que surgiria, assim, enquanto reserva de Constituição (art. 18º, nº 3).

III - Em confronto, os direitos sociais, assumindo relevância secundária - embora no âmbito dos Direitos Fundamentais - caracterizar-se-iam pela programaticidade^{762 763}.

E implicariam, em qualquer caso, pela sua natureza⁷⁶⁴, a elaboração de comandos infra-constitucionais, em ordem à respetiva caracterização e densificação⁷⁶⁵.

IV - A diferenciação examinanda, ao invés das anteriores, encontra-se prevista na Constituição (art. 18º, nº 1).

Porém, afigura-se meramente consequencial, não assumindo real autonomia dogmática.

estrutural dota a norma de determinividade constitucional, ou seja, os preceitos constitucionais fornecem autonomamente todos os elementos e critérios necessários e suficientes para a sua aplicação constitucional”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 94: “é consequência de o conteúdo de certos Direitos Fundamentais estar imediatamente configurado na Constituição: pode-se chegar à determinação do conteúdo do direito (daí a expressão determinabilidade) por mera interpretação das normas constitucionais (sem necessidade de lei)”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 400: “se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade direta (...) então é porque os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei”.

⁷⁶² No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1072: “inversamente, as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática”.

⁷⁶³ Em sentido oposto, Costa, *A hierarquia...*, p. 11: “os preceitos relativos aos direitos ‘sociais’, sem deverem reduzir-se a simples proposições ‘programáticas’ ou proclamatórias (...), não ostentam ao nível constitucional a mesma densidade de conteúdo, nem idêntica eficácia, antes se perfilando, em primeira linha, como normas impositivas de legislação”.

⁷⁶⁴ No mesmo sentido, Medeiros, *O Estado...*, p. 40: “alargamento da força normativa direta das normas constitucionais que consagram direitos sociais a situações necessariamente carecedoras de interposição legislativa”: “tal solução é seguramente inaceitável para que 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”.

⁷⁶⁵ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 79: “a ausência de aplicabilidade direta significa que só graças a uma conformação legislativa fica o conteúdo do direito definido em termos de ele corresponder à subjetivação das pretensões”; Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 140: “não valem (...) como direitos constitucionais senão enquanto direitos criados por lei”; e *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 179 e 368: “há uma delegação constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos; seria pois ilegítima a conformação desse conteúdo pelos tribunais e o conseqüente reexame das decisões legislativas, por atentar contra a filosofia constitucional da repartição de poderes “; a não inclusão dos preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais no regime da aplicabilidade imediata (...) provam o reconhecimento constitucional de um poder de conformação autónoma do legislador que, não sendo livre, está por vezes escassamente vinculado pelas diretivas materiais da Constituição”.

De facto, verifica-se preceptividade, ou verifica-se programaticidade, em razão da existência, ou da inexistência, de uma precedente determinabilidade imediata, ou mediata.

Logo, ostenta um carácter aproximativo, similar ao anterior, porque não se vislumbram direitos, liberdades ou garantias alguns dotados de preceptividade absoluta.

Efetivamente, todos os direitos, até os mais elementares direitos de personalidade, implicam, pelo menos no que concerne à respetiva garantia, superveniente mediação ordinária⁷⁶⁶.

8.3.1.1.2.1.6. VINCULATIVIDADE / INVINCULATIVIDADE

I - O critério da vinculatividade, ou da invinculatividade, surge em linha com os dois critérios anteriores, o da determinabilidade e o da preceptividade.

Os direitos de liberdade, determinados e preceptivos, assumiriam, agora, natureza adstritiva, a título principal, para o poder e, a título acessório, para os sujeitos privados.

Simetricamente, os direitos sociais, indeterminados e programáticos, revelar-se-iam não vinculativos, quer para os sujeitos públicos, quer, sobretudo, para os de índole privada.

II - Efetivamente, se os direitos de liberdade correspondem a normas determinadas e a normas preceptivas, e se se revelam, assim, verdadeiros direitos subjetivos, isso traduziria, para os, indivíduos, a faculdade de exigir ao poder um específico comportamento.

E, para o poder, a adstrição, estrita⁷⁶⁷, ao respeito e garantia desses direitos elementares⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 79: “requerem sempre, embora em graus diferentes, a execução pelo aplicador de uma tarefa hermenêutica de densificação do âmbito das situações protegidas pela norma”, e Novais, *As restrições...*, pp. 160 e 161: “a Constituição revela, de facto, uma disponibilidade tendencial para se permeabilizar às normas infra-constitucionais que conformam juridicamente os recortes da realidade objeto do seu programa normativo (...). Essa abertura será tanto maior quanto o setor da realidade em questão careça de uma conformação jurídica de tal forma detalhada e intensa que só possa ser proporcionada pelo legislador ordinário”.

⁷⁶⁷ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, p. 134: “pode acontecer que Direitos Fundamentais de liberdade estejam sujeitos a uma reserva do politicamente oportuno ou do politicamente adequado, no sentido de que a decisão sobre o quando, o como e o quanto da sua satisfação incumbam (...) a uma decisão essencialmente política dos órgãos do Estado”.

⁷⁶⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 183: “as normas que preveem os direitos, liberdades e garantias são normas preceptivas e conferem verdadeiros poderes de exigir de outrem (pelo menos do Estado) um certo comportamento (...) ao mesmo tempo que impõem o dever correspondente”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 545: “direitos, liberdade e garantias (...) são complexos de posições jurídicas que se caracterizam pelo seu elevado nível de efetividade jurídica”.

III – Quanto aos direitos sociais, a vinculação do legislador ordinário revelar-se-ia diminuída, mitigada, ou enfraquecida⁷⁶⁹, mas, ainda assim, juridicamente existente⁷⁷⁰.

Logo, estes direitos não resultariam de uma mera escolha política, democrática, popular, no sentido da respetiva consagração, ou não consagração, infra-constitucionais.

IV – A modelação manifesta-se, igualmente, incapaz de propiciar uma distinção adequada entre semelhantes realidades jusfundamentais.

Com efeito, o que separaria os direitos de liberdade dos designados direitos sociais seria, tão-somente, um grau superior, ou um grau menor, de vinculatividade.

Não a respetiva vinculatividade, num caso, ou a invinculatividade, no outro.

8.3.1.1.2.1.7. INCONDICIONALIDADE / CONDICIONALIDADE

I – Distinção próxima seria a configurada pelo binómio incondicionalidade-condicionalidade⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ Nesse sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, pp. 244 e 243: “o carácter vinculativo das normas de direitos, liberdades e garantias não é homólogo – salvo de um ponto de vista puramente mítico – ao das demais normas de Direitos Fundamentais da Constituição”. “Esses Direitos Fundamentais foram estatuídos em normas constitucionais apenas medianamente vinculativas”; e Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 444: “a norma constitucional que consagra um ‘direito social’ desdobra-se, em regra, em uma estrutura bidirecional: a norma começa por, expressamente ou implicitamente, enunciar um direito de todos (...); a norma completa-se, depois, pela prescrição de incumbências ao Estado”.

⁷⁷⁰ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 378 e 519: “devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios”; “vinculatividade normativo-constitucional, impondo-se aos poderes públicos a realização destes direitos através de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 128: “os direitos a prestações têm por objeto prestações estaduais e por conteúdo pretensões à respetiva obtenção”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 205: “os direitos económicos, sociais e culturais constituem um tipo de direitos constitucionais fundamentais positivados em normas constitucionais vinculativas assistidas de formas variáveis de proteção jurídica e dotados de uma multidimensional relevância jurídica”.

⁷⁷¹ Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, p. 147: “distinção básica entre Direitos Fundamentais fáctica e juridicamente realizáveis, cuja observância depende, por isso mesmo, da vontade política do Estado – os Direitos Fundamentais de liberdade – e os Direitos Fundamentais que dependem essencialmente de fatores financeiros e materiais, que, em grande medida, o Estado não domina – os Direitos Fundamentais sociais”.

II – Assim, nos seus termos, os direitos de liberdade afirmar-se-iam insuscetíveis de quaisquer condicionamentos, de quaisquer termos, ou de quaisquer condições, tanto iniciais, quanto finais.

O poder encontrar-se-ia vinculado à sua implementação, independentemente de escolhas político-ideológicas ou, até, da existência de recursos financeiros⁷⁷².

Em contraponto, os direitos sociais, embora assumindo, alegadamente, a natureza de direitos subjetivos, patenteariam uma efetivação incerta.

Dependeriam de opções político-ideológicas e de recursos financeiros - a designada reserva do possível - que traduziriam a existência de uma dupla condição.

De um lado, uma condição suspensiva, uma vez que poderiam nem sequer chegar a concretizar-se, por a sua eficácia se vislumbrar, integralmente, diferida.

De outro lado, uma condição resolutiva, na medida em que, os existentes, de estrita origem legal, seriam direitos provisórios, podendo, supervenientemente, cessar.

III - Quanto à questão política, é inegável que os direitos de liberdade não se encontram condicionados, que não podem encontrar-se nunca condicionados, por escolhas ordinárias, enquanto os designados direitos sociais dependem, e dependem sempre, dessas escolhas.

E, bem assim, no que se refere à questão financeira, é seguro que a criação dos direitos sociais, implicando, usualmente, uma ou mais prestações positivas, assume exigências superiores, nesta matéria, à da observância, sobretudo negativa, dos direitos de liberdade.

No entanto, a relação do poder com os direitos de liberdade não se esgota numa omissão.

Designadamente, no que se reporta à concretização do direito à segurança e, agregadamente, à proteção e à garantia de todos os remanescentes direitos e liberdades⁷⁷³.

Logo, o critério da condicionalidade, ou da incondicionalidade, de natureza financeira, revela-se de escassa utilidade, atento, uma vez mais, o seu perfil meramente tendencial.

⁷⁷² Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, p. 135: “nos direitos de liberdade (...) os deveres que incumbem ao Estado são independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais”; e *Direitos sociais...*, p. 124: “se o Estado (um qualquer Estado) pode observar ao mesmo tempo um número ilimitado de direitos negativos (...) já não haverá nenhum Estado, mesmo independentemente das disponibilidades financeiras, que consiga fazer o mesmo relativamente aos direitos positivos”.

⁷⁷³ No mesmo sentido, Barreto, *op. cit.*, p. 19: “não nos podemos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 177: “não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários”; “enquanto os direitos sociais têm por suporte fundamentalmente custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdade assentam sobretudo em custos financeiros públicos indiretos cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula”.

8.3.1.1.2.1.8. JUSTICIABILIDADE / INJUSTICIABILIDADE

I - O último critério - lógica e cronologicamente - de diferenciação, estrutural, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, consubstanciar-se-ia na justiciabilidade ou injusticiabilidade, na suscetibilidade ou insusceptibilidade de uma tutela jurisdicional.

II – A justicialidade apresentar-se-ia, então, como exclusiva dos direitos de liberdade⁷⁷⁴.

Pressuporia a existência de um direito subjetivo, postularia uma imediata determinação, exigiria preceitividade, implicaria vinculatividade e, em simultâneo, incondicionalidade.

Características que - mais tipicamente - apenas os direitos de liberdade, assumiriam⁷⁷⁵.

III – Ao invés, os direitos sociais não seriam, em circunstância alguma, justiciáveis^{776 777}.

⁷⁷⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 402: “um índice relativamente seguro para aquilatar da existência de um direito subjetivo (...) é a possibilidade de o titular ativo poder recorrer aos tribunais para acionar judicialmente (...) a satisfação dessas pretensões jurídicas contra os respetivos destinatários passivos”.

⁷⁷⁵ No mesmo sentido, Costa, *A hierarquia...*, p. 11: “os direitos, liberdades e garantias’ revestem-se, logo ao nível constitucional, de uma especial densidade de conteúdo e de imediata eficácia dispositiva – o que, obviamente, legitima a possibilidade (e o dever) de um controlo judicial extenso e verdadeiramente ‘intrínseco’ mormente pelo Tribunal Constitucional, sobre as normas legais que concretizem ou regulem o exercício dos correspondentes direitos ou, de todo o modo, que com eles interfiram”: e Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 141: “controlo judicial de reexame ou razoabilidade (não de mera evidência)”.

⁷⁷⁶ No mesmo sentido, Estay, *op. cit.*, pp. 239: “a mera enunciação constitucional não permite a sua proteção jurisdicional”.

⁷⁷⁷ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 481 e 476: “tal construção e conceção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um grau zero de garantia”; os direitos sociais “são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 322: “uma vez que, em Estado constitucional, com justiça constitucional, cabe ao poder judicial, em princípio, assegurar o cumprimento desses deveres e a observância desses direitos, então os direitos sociais constitucionalmente consagrados passam a ser direitos individualmente titulados, oponíveis ao Estado e judicialmente impostos à observância da maioria democrática”; e Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 6: “a dogmática jurídica, durante muito tempo qualificou esses direitos de não justiciáveis. A sua violação não consistia em atos sancionáveis ou anuláveis, mas em simples omissões, que não resultavam como tal nem coercíveis nem justiciáveis”.

Em primeiro lugar, não possuindo determinabilidade, nem, por consequência, precetibilidade⁷⁷⁸, revelam-se insuscetíveis de fiscalização da respetiva inconstitucionalidade por omissão.

Na verdade, se a norma constitucional não se encontra determinada, ou suficientemente determinada, não pode afirmar-se, sequer, inexistirem os comandos ordinários necessários à respetiva execução⁷⁷⁹.

Logo, os comandos ordinários destinam-se, não à execução da Constituição, mas, diferentemente, à criação dos próprios direitos⁷⁸⁰.

Em segundo lugar, os direitos sociais não são justiciáveis por não apresentarem, nem vinculatividade⁷⁸¹, nem, por maioria de razão, incondicionalidade⁷⁸².

Se não são vinculativos, para o poder, não faria sentido que ao mesmo fossem exigíveis.

Por absoluta maioria de razão, num quadro de dependência de um multicondicionismo.

⁷⁷⁸ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 107 e 124: “há uma diferença sensível e forte entre direitos de liberdade e direitos sociais no domínio da separação de poderes e das competências relativas do legislador/administração e juiz”; “enfraquecimento ou, pelo menos, uma complexificação da exigibilidade jurídica de prestações positivas e do respetivo controlo judicial”; e *As restrições...*, pp. 123 e 124: “a margem que incumbe ao juiz relativamente ao legislador, sob pena de inversão dos fundamentos da divisão de poderes de um Estado de Direito, é correspondentemente reduzida”.

⁷⁷⁹ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 447: “a inconstitucionalidade por omissão (...) pressupõe um conteúdo normativo determinado que a norma que consagra um direito social não tem”; a lei não tem aí a função de tornar exequível um conteúdo que a norma constitucional por si consagre, mas de determinar um conteúdo legal que, unicamente a partir dessa intervenção se torna exequível ou postula medidas de exequibilidade”; e Novais, *As restrições...*, pp. 123 124: “o juiz deve poder decidir contra a opção do legislador democraticamente legitimado (...) quando o conteúdo jurídico-objetivo dos deveres impostos ao Estado pela norma de direito fundamental é tão preciso que a determinação das consequências jurídicas do seu incumprimento é funcionalmente adequada ao exercício da função judicial”.

⁷⁸⁰ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 368 e 383: “a proteção jurídico-constitucional típica dos direitos sociais ao nível legislativo repousa principalmente no mecanismo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão”. “Limitação dos casos de inconstitucionalidade por omissão ao incumprimento de imposições legiferantes concretas (com exclusão das normas programáticas)”.

⁷⁸¹ No mesmo sentido, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 84: “uma norma é dita vinculante quando da sua violação se pode recorrer para um Tribunal”.

⁷⁸² No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 506: “a justiciabilidade está (...) dependente do argumento financeiro (e da referida reserva do possível)”; e Novais, *Direitos sociais...*, pp. 253 e 107: “o tipo de vinculação, de subordinação, de efetividade, de instância e alcance do controlo da vinculação pode, ou até devem, ser muito diversos”; “a invocação concreta de uma dificuldade financeira pode justificar também a afetação do direito (...) mas, diferentemente, o juiz muito dificilmente pode controlar essa justificação (...) à luz da separação de poderes do Estado de Direito”.

IV - O critério *subjudice* afirma-se válido e, porventura, de entre todos, o mais válido⁷⁸³.
 Todavia, é consequencial, porque pressupõe a utilizabilidade dos critérios antecedentes.
 E é híbrido, porquanto implica uma cumulação da totalidade desses anteriores critérios.

8.3.1.1.2.2. CRITÉRIOS VALORATIVOS

I - O critério valorativo essencial de distinção entre os dois alegados tipos de Direitos Fundamentais consistiria na relevância, ou irrelevância, da dignidade da pessoa humana.
 A dignidade da pessoa humana encontrar-se-ia, geneticamente, associada aos direitos de liberdade - e à própria liberdade.

Em confronto, a dignidade da pessoa humana não se encontraria, senão secundariamente, ou não se encontraria, senão reflexamente, subjacente aos direitos sociais.

II - O critério, todavia, é inexecutável, considerada a partilha da dignidade da pessoa humana - mesmo que de forma diferenciada⁷⁸⁴ - entre os dois tipos de Direitos Fundamentais⁷⁸⁵.

8.3.1.1.2.3. CRITÉRIOS MISTOS E CRITÉRIOS MÚLTIPLOS

Finalmente, uma parte da doutrina tem procurado ancorar o dualismo dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, tanto em critérios mistos, quanto em critérios múltiplos⁷⁸⁶.

⁷⁸³ Em sentido contrário, Canotilho, *Tomemos a sério...*, p. 483: “a pré-compreensão teórico-jurídica (...) alternativa radical direito subjetivo /norma programática e a igualdade vinculação jurídica / controlo judicial, há muito foi rebatida”.

⁷⁸⁴ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 342: “pretensa maior proximidade (dos direitos de liberdade) à dignidade da pessoa humana, ao radical subjetivo”.

⁷⁸⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 97: “o princípio da dignidade humana (individual) está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais”.

⁷⁸⁶ Exemplificativamente, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 105, 106 e 533: direitos, liberdades e garantias “têm, em princípio, natureza de posições jurídicas subjetivas, dotadas de um elevado nível de efetividade jurídica; o seu conteúdo, em regra, está determinado, ou é determinável a nível constitucional; dessa determinabilidade decorre que nesses direitos, os deveres que incumbem ao Estado são independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais; à luz dessa determinabilidade de conteúdo, os respetivos preceitos são diretamente aplicáveis e vinculam imediatamente, em especial as entidades

No entanto, esses critérios decorrem, em linha direta, dos anteriormente expostos, partilhando, assim, com os mesmos, todas as insuficiências especificamente assinaladas.

8.3.1.1.3. TESE DA EXCLUSIVA EXISTÊNCIA DE DIREITOS SUBJETIVOS DE LIBERDADE E DA REDUÇÃO DOS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS A EXPECTATIVAS FÁCTICAS

I - A tese da unidade dos Direitos Fundamentais deve ser, liminarmente, excluída.

Quer porque se inadequa à diferenciação ontológica, manifesta, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, quer porque não apresenta um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expressa, no texto constitucional.

II - A tese dos dois tipos de Direitos Fundamentais, contrariamente, permite uma recolha de importantes elementos diferenciadores entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Mas, debate-se com a insuficiência dos seus critérios de distinção, que surgem, ou como qualitativos, ou como tendenciais, devendo, igualmente, ser preterida.

III - A tese aqui sustentada, em alternativa às anteriores, afirma uma diferenciação absoluta, uma diferenciação de natureza, uma diferenciação qualitativa e não quantitativa, entre, de um lado, os direitos de liberdade e, de um outro, os designados direitos sociais.

públicas”. “Positivados em normas constitucionais plenamente vinculativas, que asseguram e garantem intencionalmente na esfera jurídica das pessoas um conteúdo efetivo juridicamente determinável de um bem jusfundamental, tendo como destinatário principal os poderes públicos”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 87 e 88: “as reservas dogmáticas que sistematicamente se aduzem” (...): a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais”. “Impossibilidade de universalização deste tipo de direitos, que não poderiam ser direitos de todos”; “impossibilidade de determinação de um conteúdo definitivo a partir das normas constitucionais (...); impossibilidade de determinação da existência de eventuais violações aos direitos sociais com recurso a métodos puramente jurídicos; donde, a impossibilidade de uma vinculação estrita do poder público aos comandos constitucionais sobre direitos sociais e a não justiciabilidade (...) dos direitos sociais”; Costa, *A hierarquia...*, p. 8: distinção “tem a ver, por um lado, com a sua diferente estrutura e conteúdo e, por outro, com exigência do princípio da divisão de poderes”; e Pinto; Campos, *op. cit.* p. 506: “não é certo que o indivíduo possa a partir destes direitos económicos, sociais e culturais deduzir imediatamente aquele poder de exigir, tendo em conta, por um lado, a subordinação da sua concretização ao princípio democrático e à definição das correspondentes políticas públicas, e, por outro lado, a reserva do possível, em termos financeiros”.

Decorrentemente, caracterizando os primeiros enquanto direitos subjetivos, e definindo os segundos como expectativas fácticas⁷⁸⁷.

IV - Juridicamente, os direitos de liberdade sinonimizam-se com os próprios Direitos Fundamentais, assumindo a totalidade das características para estes identificadas.

Revelando-se, desse modo, cumulativamente, direitos subjetivos, públicos, individuais, paradigmaticamente frente ao poder, ou acessoriamente face à comunidade, naturais, positivados, negativos, tipificados, determinados, preceitos, vinculativos, incondicionados, justificáveis e fundamentados na dignidade da pessoa humana.

Assim, como Direitos Fundamentais desenham-se, apenas, os direitos de liberdade, e, reciprocamente, os direitos de liberdade compõem todo o acervo dos Direitos Fundamentais.

Mais: historicamente, os Direitos Fundamentais não são, senão, os direitos de liberdade.

E, prospectivamente, é também expectável que, após um ilusório alargamento aos designados direitos da terceira, da quarta, ou mesmo da quinta, gerações, os direitos de liberdade voltem a afirmar-se como o único tipo de Direitos Fundamentais perceptível.

Assim o exigem, de um lado, o superior valor da liberdade - ínsito nos direitos pessoais - e, de outro lado, o relevante valor da democracia - consubstanciado nos direitos políticos.

V - Juridicamente, em confronto, os designados direitos sociais recortam-se não como direitos subjetivos, ou, sequer, como direitos⁷⁸⁸, mas como puras expectativas fácticas.

Expectativas essas, decerto, positivadas, tipificadas e, inclusive, fundadas, ainda, na dignidade da pessoa humana, mas, simultaneamente, trans-individuais⁷⁸⁹, dependentes do poder e insuscetíveis de extensão às entidades privadas, artificiais, positivas, indeterminadas, programáticas, invinculadas, condicionadas e injustificáveis⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, p. 263: “a Constituição não consente uma oposição pura entre direitos de liberdade e direitos sociais”.

⁷⁸⁸ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 23: “os Direitos Fundamentais no Estado social (...) dificilmente se podem enquadrar na categoria dos direitos públicos subjetivos”.

⁷⁸⁹ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 445: “o ‘direito social’, ao converter-se num direito a prestações, deixa de ser uma medida constitucional de titularidade individual autónoma, para ser uma imposição constitucional a um terceiro (o legislador), deixando o indivíduo de ser o destinatário direto da norma constitucional”; e García; Romani, *op. cit.*, p. 516: “o detentor destes direitos não é o indivíduo, como na democracia liberal, ou sequer o cidadão, como na democracia constitucional, mas o trabalhador, o estudante, a mulher grávida, o desportista, o doente”.

⁷⁹⁰ No mesmo sentido, Estay, *op. cit.*, p. 244: “de um estrito ponto de vista jurídico, não se trata de direitos, por não serem justificáveis”.

Em consequência, semelhantes expectativas fácticas ostentam uma natureza contingente. Ou, porque não se encontram previstas, expressamente, em sede constitucional formal⁷⁹¹. Ou porque, apesar da existência de previsão constitucional, *rectius*, de alusão constitucional, podem ser, ou não, livremente, implementadas pelo legislador ordinário.

VI – Na verdade, os designados direitos sociais resultam de um anti-naturalismo - originariamente - positivista e - supervenientemente - normativista.

Ancorando-se na presunção de que a realidade, mormente, a realidade económica, social e cultural, depende do Direito, ou é implicada pela Constituição, quando a relação causal é, precisamente, a simétrica⁷⁹².

Mais: semelhante voluntarismo conduz a que os designados direitos sociais surjam, indiferentemente, quer em modelos estaduais de direito democrático, quer em modelos estaduais para-autoritários⁷⁹³.

Fenomenologia demonstrada pela sua originária previsão, legal, na Alemanha de Bismarck, ou com a sua primeira estatuição nacional, agora constitucional, no Portugal de Salazar.

⁷⁹¹ No mesmo sentido, Estay, *op. cit.*, p. 231, 232 e 218: “não são inerentes à ideia de Constituição, pelo que é perfeitamente concebível a ideia de uma Constituição sem direitos sociais”. “Os Estados que contam com sistemas de assistência social mais importantes do mundo não consideram esta matéria uma questão constitucional”; e Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 351, citando Lefort: “dispensabilidade da garantia dos direitos económicos, sociais e culturais para a continuidade do debate e da civilização democrática”.

⁷⁹² No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 435: encontra-se “ultrapassada (...) uma fase em que se pensou ser possível pedir à Constituição a proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais em bloco”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 44: “a presença de direitos a prestações de nível constitucional pode levar a que uma crise económica conduza a uma crise constitucional”.

⁷⁹³ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 568: “sem direitos de liberdade constitucionalmente reconhecidos garantidos não há Estado de Direito, nem democracia política. Já o inverso não sucede, pois os direitos sociais não são pressuposto necessário de um Estado de Direito democrático; e Pires, *Teoria da Constituição...*, p. 351: “ao contrário dos direitos negativos, os direitos económicos, sociais e culturais podem ser realizados ou negados tanto por democracias como por ditaduras”.

8.3.1.1.3.1. EXPECTATIVA

8.3.1.1.3.1.1. NOÇÃO E TIPOLOGIA

I - A noção de expectativa, em sede dogmático-jurídica, não é nova, nem sequer, recente, encontrando a génese no Direito Romano, e significando, *grosso modo*, direito futuro⁷⁹⁴.

Não obstante, é no século XX, na Alemanha, que a jurisprudência e a doutrina aprofundam o conceito, intentando a superação do seu carácter, inicialmente, fáctico, com a inerente admissibilidade, em alguns casos, de uma natureza intrinsecamente jurídica⁷⁹⁵.

II - Hodiernamente, a locução expectativa é passível de assumir duas distintas valências.

Uma, significando direito contingente, direito condicional, direito suspenso, direito futuro, sendo objeto de imediata tutela jurídica.

Outra, traduzindo-se em mera situação de pendência, em simples facticidade, em pura esperança, com a inerente ausência de qualquer tutela jurídica⁷⁹⁶.

8.3.1.1.3.1.2. EXPECTATIVA JURÍDICA

I – O direito subjetivo apresenta-se como realidade, nuns casos, de formação ou de aquisição imediatas, e, noutros casos, de formação ou de aquisição procedimentadas⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ No mesmo sentido, Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 5: “já a utilizavam, pelo menos num sentido geral, sob o nome de *spes*. A *spes* aparece referida nas fontes, por exemplo, a propósito da compra e venda (...). “Este contrato podia (...) versar sobre uma expectativa ou, melhor, sobre um direito futuro, que o vendedor tinha (...) a esperança mais ou menos fundada de vir a adquirir”. “Davam-lhe os Romanos o nome de *emptio spei* ou de *emptio rei speratae*, conforme revestia ou não carácter aleatório, quer dizer, conforme o preço era ou não devido no caso de a expectativa se frustrar”.

⁷⁹⁵ No mesmo sentido, Geraldês, *op. cit.*, p. 60: “impressionadas com o facto de se remeterem estas posições pessoais de expectação para o campo dos factos, trilharam o caminho da emancipação da posição de expectação, atribuindo-lhes o estatuto de direito subjetivo”.

⁷⁹⁶ Em sentido próximo, Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 2: “a palavra ‘expectativa’ pode ser tomada pelos jurisconsultos num duplo sentido: a) como simples esperança de uma aquisição; b) como expectativa propriamente dita”.

⁷⁹⁷ No mesmo sentido, Gonçalves, Luiz da Cunha, *op. cit.*, p. 262: “o direito subjetivo nem sempre surge de um golpe, completo, exigível, desfrutável. Deste modo, os direitos atravessam estádios de evolução (...). A incerteza pode dizer respeito à existência do direito ou à pertinência do direito, isto é, pode estar indeciso se o direito se realizará completamente no futuro, ou a quem virá a pertencer um direito já nascido”; e Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 3: “há direitos cuja constituição ou aquisição é de gestação demorada;

Nas situações de procedimentação verifica-se um desfasamento, mais ou menos alargado, entre o momento inicial da formação ou da aquisição do direito e o momento conclusório.

Contudo, entre os dois momentos torna-se possível - embora, não necessário - o surgimento⁷⁹⁸ de uma expectativa, de natureza, intrinsecamente, jurídica, visando promover, ou impedir que seja prejudicado, o nascimento de um, futuro e virtual, direito subjetivo⁷⁹⁹.

E, dessarte, existindo uma expectativa jurídica, existe, necessariamente, tutela jurídica.

II – A expectativa jurídica afirma-se no interior e não no exterior do ordenamento jurídico, configurando, ela própria, um direito subjetivo⁸⁰⁰.

Afirmando-se, ela mesma, enquanto situação jurídica ativa, faculdade jurídica, poder jurídico, vantagem jurídica⁸⁰¹.

Apesar de, minimalista, no confronto com o, futuro e virtual, direito subjetivo⁸⁰².

leva tempo a operar-se; protraí-se por um transcurso mais ou menos longo, porque começa com um facto e só vem a findar com outro, mais tarde. Ocorre então um processo de formação sucessiva, gradual, entre dois ou mais factos situados em momentos distintos, mas em que todos concorrem, conjugada ou articuladamente, para a produção do efeito final”.

⁷⁹⁸ No mesmo sentido, Fernandes, *op. cit.*, p. 596: “só existe expectativa jurídica quando se verificou já um dos factos do ciclo complexo de cuja total verificação depende a aquisição do direito subjetivo e, concorrendo com ela, existe alguma forma de tutela jurídica do interesse futuro e eventual adquirente do direito”; e Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 3: “a expectativa propriamente dita supõe que já começou a produzir-se o facto complexo, de formação sucessiva, de onde há-de vir a resultar, quando concluído, um direito ou a sua atribuição a determinada pessoa; e que, nesse período, a pessoa já goza de certa proteção legal”; “durante todo o período da pendência, o interessado está constituído numa expectativa, no verdadeiro significado jurídico da palavra”.

⁷⁹⁹ Em sentido próximo, Mendes, *op. cit.*, p. 556: “posição jurídica do potencial futuro adquirente de um direito subjetivo, que beneficia da circunstância de se haveram verificado alguns elementos do facto complexo de que depende essa aquisição, e de isso, por lei, lhe conferir já uma certa medida de proteção”; e Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 4: “proteção legal traduzida em providências tendentes a defender o interesse do titular e a assegurar-lhe, quando possível, a aquisição futura do direito”.

⁸⁰⁰ No mesmo sentido, Geraldes, *op. cit.*, p. 30: “discutir a expectativa é discutir o direito subjetivo”.

⁸⁰¹ Em sentido próximo, Rei, *op. cit.*, p. 178: “a expectativa jurídica é uma situação jurídica ativa, complexa e compreensiva”.

⁸⁰² No mesmo sentido, Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 4: “a expectativa (jurídica) é mais do que a esperança e menos do que o direito”. “É menos do que o direito, porque ainda não é este: é o seu germe, o seu prenúncio ou guarda avançada, como que o direito em estado embrionário”; e Ascensão, *Expectativa jurídica*, pp. 574 e 575: “se compararmos a expectativa com o direito definitivo, cuja verificação se prepara, teremos a tendência para concluir que uma expectativa é algo de menos que um direito subjetivo e representa, portanto, uma categoria diversa deste. Há uma posição pessoal de vantagem, paralela à que surge no direito subjetivo, há a tutela de um interesse. Mas a expectativa não representa a realização antecipada de um trecho do conteúdo de um direito subjetivo”.

III – A expectativa jurídica recorta-se enquanto direito subjetivo meramente processual, rigorosamente adjetivo, estritamente instrumental⁸⁰³.

Enquanto direito subjetivo à obtenção de proteção, preservação, conservação, garantia, tutela, de um outro direito subjetivo.

Enquanto direito subjetivo através do qual é garantida a posição do indivíduo que emerge como futuro, presumível, ou previsível, titular de um outro direito subjetivo.

Logo, nada existe na expectativa jurídica senão essa tutela jurídica, nada há para além de semelhante tutela⁸⁰⁴.

IV – A expectativa jurídica, o direito adjetivo, apresenta-se como um direito autónomo - se bem que, não independente - por referência ao direito substantivo por si tutelado⁸⁰⁵.

Consequentemente, cessa aquando da afirmação plena deste último, fenómeno que não se verificaria, caso se integrasse no referido direito, caso não se observasse a referida autonomia^{806 807}.

⁸⁰³ No mesmo sentido, Fernandes, *op. cit.*, p. 596: “situação de tutela de um direito em vias de constituição corresponde a expectativa jurídica”; Geraldês, *op. cit.*, p. 53: “a expectativa é, por definição, uma posição jurídica instrumental”; e Rei, *op. cit.*, pp. 178 e 154: “índole instrumental em relação a outra situação jurídica ativa (*maxime* a um direito subjetivo)”. “Não se destina ao aproveitamento de um bem ou a qualquer atuação sobre um bem: destina-se apenas a viabilizar ou a impedir a obstrução do nascimento, eventual, do direito”.

⁸⁰⁴ No mesmo sentido, Cordeiro, *op. cit.*, p. 137: “verdadeiro direito subjetivo, ainda que prévio ou intercalar”, e Ascensão, *Direito Civil...*, pp. 86 e 87: “pretendeu-se que a expectativa, como realidade instrumental, seria de manter distinta do direito subjetivo. Mas não há razão para divisar sempre mais categorias de situações jurídicas ativas (...). A expectativa cai inteiramente no âmbito do direito subjetivo, como afetação individual, concreta e destinada a criar um espaço de autonomia. O facto de ser instrumental não é razão em contrário, porque muitos direitos subjetivos são instrumentais (os direitos de garantia em relação aos direitos de crédito, por exemplo), sem que isso ponha em causa a sua natureza”.

⁸⁰⁵ No mesmo sentido, Rei, *op. cit.*, p. 178: “a expectativa jurídica é uma situação jurídica autónoma, diferente do direito subjetivo”.

⁸⁰⁶ No mesmo sentido, Geraldês, *op. cit.*, p. 25: “se a expectativa fosse uma parte do direito definitivo ou pleno, então não desapareceria com o surgimento deste”.

⁸⁰⁷ Em sentido oposto, Coelho, *op. cit.*, p. 252: “enquanto os interesses se encontram nessas fases preliminares, o titular dos interesses não tem ainda um direito subjetivo, tem uma expectativa”; e Geraldês, *op. cit.*, p. 30: “os defensores do direito subjetivo como um poder da vontade, quase automaticamente negam à expectativa jurídica o estatuto de direito subjetivo porque, em seu entender, faltará ao expectante o poder jurídico de, por sua vontade, determinar o aparecimento do direito esperado”.

V - Finalmente, numa compreensão relacional, a expectativa jurídica, refletindo a existência de um direito, implica, logicamente, a existência de um correspondente dever.

Determina, para outra pessoa jurídica, um condicionamento da sua liberdade de ação⁸⁰⁸.

Se bem que temporário, ainda que não definitivo e, porventura, suscetível de reversão.

Efetivamente, a tutela em que se traduz a expectativa não significa uma garantia absoluta de aquisição de um direito, não implica a existência um direito substantivo adquirido⁸⁰⁹.

A expectativa jurídica consiste, tão-somente, na respetiva defesa, em ordem a evitar uma sua perda, ou a insuscetibilidade futura do seu subsequente e adequado exercício^{810 811}.

8.3.1.1.3.1.3. EXPECTATIVA FÁCTICA

A expectativa fáctica, ao invés, posiciona-se, integralmente, no exterior da ordem jurídica.

Com efeito, sempre que inexistam mecanismos de tutela, sempre que inexistam direitos subjetivos de natureza processual, a expectativa só pode apresentar-se como expectativa fáctica⁸¹².

⁸⁰⁸ No mesmo sentido, Rei, *op. cit.*, pp. 153 e 154: “o que caracteriza a expectativa jurídica é a ausência de disponibilidade ou de liberdade dos envolvidos em relação à eventual efetivação do direito do expectante”; “é a situação jurídica que corresponde à posição daquele a favor de quem foi restringida a liberdade do titular atual do direito”; e Geraldes, *op. cit.*, p. 44: “efeito gradativamente ablativo dos poderes do alienante”.

⁸⁰⁹ Em sentido próximo, Tavares, *op. cit.*, p. 251: “as chamadas expectativas de direito contrapõem-se aos direitos qualificados como adquiridos, e não a quaisquer situações jurídicas que, embora não confirmam um direito definitivamente constituído, não deixam, todavia, de conter um poder jurídico de interesses, e portanto um direito subjetivo”.

⁸¹⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, pp. 66 e 67: “verificam-se nas situações concretas em que alguém espera que se completem os elementos suscetíveis de dar origem a um direito subjetivo seu, um direito *in fieri* (em formação) (...). A sua tutela jurídica consiste apenas na proibição à Administração de impedir arbitrariamente a produção do facto ou do ato que dê origem a esse direito (mas já não a proibição de regulação diversa)”; Moncada, *op. cit.*, p. 685: “podem os titulares desse direito condicional, ou expectativa jurídica, acautelarem-se, praticando todos os atos conducentes à sua conservação e defesa”; e Rei, *op. cit.*, p. 179: “é uma faculdade dirigida à tutela e à reação jurídica por parte do beneficiário da eventualidade do nascimento ou aquisição de um direito subjetivo (...) contra perturbações ilícitas no curso dos acontecimentos”.

⁸¹¹ Exemplificativamente, “hipótese característica de expectativa jurídica é a dos contratos ou outros negócios celebrados sob condição suspensiva”; “atos jurídicos celebrados em nome de outrem sem poderes representativos, isto é, no exercício de gestão de negócios; *posse ad usucapionem*; substituição fideicomissária”; assim, Telles, *Expectativa jurídica...*, pp. 4 e 5.

⁸¹² No mesmo sentido, Fernandes, *op. cit.*, p. 596: “se não existir tutela, pode falar-se em expectativa de facto, mas não de direito”; Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 2: “não goza da menor proteção jurídica; não

E, embora tal expectativa possa revelar-se mais ou menos fundada, provável, ou realista, não ultrapassa a rígida linha de fronteira do não-direito em direção ao Direito⁸¹³.

A expectativa fáctica permanece, necessariamente, como mera esperança⁸¹⁴, mero desejo, mera aspiração⁸¹⁵, mera eventualidade, mera suscetibilidade de uma sua futura realização.

Impassível de acautelamento, quer de natureza jurisdicional, quer não jurisdicional⁸¹⁶.

8.3.1.1.3.2. OS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO EXPECTATIVAS FÁCTICAS

I - Os designados direitos sociais não são direitos subjetivos⁸¹⁷, nem são, sequer, expectativas jurídicas, mas, tão-somente, expectativas fácticas⁸¹⁸.

é legalmente tutelada de nenhuma forma (...); a lei não toma sob a sua tutela essa situação; não a protege nem direta, nem indiretamente; abandona-a a si mesma, como simples previsão ou desejo, que não importa para o Direito”; e Rei, *op. cit.*, p. 151: “a expectativa de facto corresponde ao sentido vulgar da palavra e não beneficia de qualquer proteção jurídica”.

⁸¹³ Em sentido oposto, Rei, *op. cit.*, p. 151: “a expectativa de facto singulariza-se por se situar nas fronteiras do jurídico, entre o nada jurídico e o direito subjetivo”.

⁸¹⁴ No mesmo sentido, Telles, *Expectativa jurídica...*, p. 2: “se não são suficientes para ser alcançada qualquer proteção legal, falar-se-á, com propriedade, apenas em ‘esperança’ para a distinguir dos casos em que já intervém essa proteção legal que seria de ‘expectativa jurídica’ propriamente dita. “Traduz não só a noção vulgar de expectativa, como a atitude psicológica - a esperança, mais ou menos fundada, de beneficiar de uma possível aquisição futura”.

⁸¹⁵ No mesmo sentido, Rei, *op. cit.*, p. 151: “traduz-se numa mera aspiração ou previsão de um certo facto ou efeito jurídico”.

⁸¹⁶ Exemplificativamente: “nem mesmo um herdeiro não legitimário tem uma expectativa (...). “Investido em plena liberdade testamentária, o proprietário do património conserva o livre direito de frustrar por completo os cálculos do interessado, revogando o testamento (...). Legalmente, não é assegurada ao interessado nenhuma possibilidade de reação”; assim, Telles, *Expectativa jurídica...*, pp. 2 e 3.

⁸¹⁷ Em sentido contrário, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 477: “indiscutível dimensão subjetiva dos direitos sociais”; e Novais, *As restrições...*, p. 141: “não se pode, sem mais, identificar os direitos de liberdade como direitos subjetivos e os direitos sociais como meras pretensões individuais reflexamente protegidas”.

⁸¹⁸ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 361: “não está em causa apenas uma recomendação, uma diretiva, em que os titulares sejam só indiretamente interessados ou gozem de meras expectativas (jurídicas ou de facto)”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 252: “os direitos sociais são, entre nós, Direitos Fundamentais, reconhecidos expressamente pela Constituição nessa qualidade”.

Desde logo, porque não assumem natureza pré-jurídica, mas, ao invés, natureza não-jurídica, natureza extra-jurídica⁸¹⁹ - ou, na expressão, lapidar, de Carl Schmitt, a natureza de aleluias jurídicas⁸²⁰.

Depois, porque não se traduzem no aproveitamento, direto ou imediato, de bens jurídicos, não configurando, pois, a existência de quaisquer direitos subjetivos.

Por fim, porque não permitem uma intervenção tutelar destinada a garantir o aproveitamento, mesmo que virtual e futuro, de bens jurídicos dessa natureza⁸²¹.

II – Assim, as expectativas fácticas de direitos sociais caracterizam-se, pela trans-individualidade, pela indeterminação, pela programaticidade, pela invinculatividade⁸²², tanto pública como privada, pela condicionalidade e, enquanto definitivo corolário, pela injusticialidade⁸²³.

Trans-individualidade, porque assumem, enquanto destinatários, não apenas os indivíduos singularmente considerados, mas os indivíduos integrados em grupos societários - ou, até, pretensamente, as pessoas coletivas.

Indeterminação porque, mesmo se constitucionalmente previstas, essa previsão não ultrapassa a referência, a menção ou a alusão, não permitindo um conhecimento, nem dos seus eventuais conteúdos, nem, menos, do respetivos alcance e sentido específicos.

⁸¹⁹ Em sentido próximo, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, pp. 69 e 111: “é usual distinguir-se os direitos constitucionais, de um lado, das simples pretensões e expectativas do outro”; “não se trata de um direito verdadeiro e próprio mas de uma simples ‘pretensão’ ou ‘expectativa’ que espera vir a ser reconhecida juridicamente como tal (...). Para que essa pretensão ou expectativa se transforme em ‘direito’ necessita de ser reconhecida como tal pelos poderes instituídos”.

⁸²⁰ Em sentido oposto, Canotilho, *Tomemos a sério...*, p. 481: “não podemos considerar como simples ‘aleluia jurídico’ (*C. Schmitt*) o facto de as Constituições (como a portuguesa de 1976 (...)) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares”.

⁸²¹ No mesmo sentido, Rei, *op. cit.*, p. 169: “um direito subjetivo em que não há aproveitamento de um bem, ou sequer permissão de atuação sobre o bem, não pode enquadrar-se na noção de direito subjetivo”; e “um direito totalmente desprovido de eficácia é um mero preciosismo jurídico”.

⁸²² Em sentido próximo, Estay, *op. cit.*, p. 220: “carácter de diretivas ou promessas desprovidas de toda a obrigatoriedade jurídica”; e Rei, *op. cit.*, p. 178: “a expectativa (...) torna-se expectativa jurídica quando algum princípio ou valor jurídicos retira aos sujeitos envolvidos a liberdade de interferir no curso dos acontecimentos que conduzirá, ou não, à verificação da aspiração ou previsão do expectante”.

⁸²³ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, p. 103: “se só existe direito quando está prevista a sua garantia judicial, então, na ausência desta - como acontece em geral no caso dos direitos sociais - os direitos em questão seriam, dada a inexistência ou precaridade da sua tutela judicial, remetidos para o domínio do não Direito, para o domínio das boas intenções políticas ou das proclamações programáticas, mas juridicamente irrelevantes”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 476: “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.

Programaticidade, porque não possuem prescritividade, porque não permitem uma aplicação autónoma, nem direta, nem, por maioria de razão, imediata⁸²⁴.

Inviolabilidade, porque o poder não está adstrito à respetiva consagração ordinária, o mesmo se verificando, naturalmente, no que toca às entidades privadas.

Condicionalidade, porque dependem, desde logo, de uma escolha política - simultaneamente, representativa ou popular - e, depois, da existência dos amplos recursos financeiros indispensáveis à sua implementação.

E injusticialidade, porque, como efeito das características anteriores, não beneficiam - nem poderiam, logicamente, beneficiar - de tutela jurídica, mormente, de uma tutela jurisdicional, traduzível, por exemplo, em verificação da inconstitucionalidade por omissão.

III – É seguro que, os designados direitos sociais surgem positivados e tipificados na Constituição, ou que esta oferece indicações quanto a alguns dos seus possíveis sentidos contedutísticos.

É certo, igualmente, que a Constituição, estabelece a possibilidade de o legislador ordinário proceder à criação de direitos sociais, e desenha uma autorização, implícita, permissora da respetiva consagração.

Todavia, essa Constituição não contém qualquer injunção, adstrição, ou vinculação jurídica, tendo como destinatário o legislador ordinário, em ordem à criação de semelhantes direitos⁸²⁵.

De onde, os designados direitos sociais emergem, indubitavelmente, como uma opção, política e financeira, de fonte legislativa ordinária, respaldada no sufrágio popular, eleitoral, ou, quiçá, referendário.

⁸²⁴ Em sentido oposto, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 450: “programaticidade (...) não significa uma perda de normatividade jurídica (...) antes permite que a Constituição possa ser realizada de forma gradativa”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 477: “ao contrário do que geralmente se afirma, um direito social não se dissolve numa mera norma programática, ou numa imposição constitucional”.

⁸²⁵ Em sentido oposto, Silva, Susana Tavares da, *op. cit.*, p. 107: “o *se* da socialidade não é opção”; Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 25: “os Direitos Fundamentais sociais constituem obrigações de prestação positiva cuja satisfação consiste num *facere*, uma ação positiva, a cargo dos poderes públicos”; Novais, *As restrições...*, p. 137: a norma constitucional de Direito Fundamental não cria, ela própria, em termos definitivos, um âmbito determinado de acesso reconhecido, abrindo, todavia, essa possibilidade e impondo essa obrigação aos órgãos do Estado”; e *Direitos sociais...*, pp. 86, 142 e 143: “os direitos sociais seriam insuscetíveis de ser considerados como direitos subjetivos, seriam direitos à medida da lei ou não resistentes à lei, ou seja, direitos que, em termos práticos, não teriam outro alcance que aquele que lhes viesse a ser atribuído pelo legislador”; “um direito na disponibilidade e dependente da decisão do legislador ordinário (...) um direito não diretamente aplicável logo a partir da sua consagração constitucional (...) não seria, por definição, um direito fundamental”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 359: “o legislador não pode decidir se atua ou não: é-lhe proibido o *non facere*”.

IV – Consequentemente, não se prevê - nem poderia prever-se - mecanismo algum de tutela jurídica, ou jurisdicional, para uma presuntiva omissão legislativa ordinária.

E, desprovidos dessa tutela, torna-se inevitável, igualmente, a rejeição do respetivo entendimento enquanto expectativas, de natureza jurídica, de direitos sociais⁸²⁶.

V - Porém, se uma aferição da inconstitucionalidade por omissão se encontra precluída, o mesmo se não verifica no que concerne a um juízo de inconstitucionalidade por ação.

De facto, o normador ordinário não está vinculado à criação de quaisquer direitos sociais.

Mas, se pretender implementá-los, não surge absolutamente livre na sua forma de intervenção, estando adstrito a fazê-lo dentro do respeito, escrupuloso, pelos princípios constitucionais não reservados aos direitos de liberdade.

VI – Efetivamente, a Constituição, em sede principiológica, parece não distinguir, quanto à universalidade, à igualdade e à proteção jurídica - neste último, com a exceção dos direitos pessoais (art. 20º, nº 5) - entre designados direitos sociais e direitos de liberdade.

No entanto, esse trionómio aplica-se, obrigatoriamente, apenas aos direitos de liberdade, porquanto a existência destes se vislumbra sempre necessária.

Em confronto, aplica-se, potencialmente, apenas aos designados direitos sociais, dado que a previsão dos mesmos se observa sempre contingente⁸²⁷.

⁸²⁶ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 389: “os preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais contêm programas de socialização que dependem, para a sua efetivação, da vontade política da comunidade - dos órgãos de direção política, dos partidos e grupos sociais, dos cidadãos, mas dispõem igualmente de garantias jurídicas, ainda que com intensidades variáveis, que correspondem à sua qualidade essencial de direitos subjetivos fundamentais”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 402: “inexistência de uma conexão necessária entre uma pretensão jurídica autónoma e a justiciabilidade dessa mesma pretensão”; e Novais, *Direitos sociais...*, pp. 84 e 322: “se há direitos constitucionais sociais, isso significa, no mínimo, em Constituição normativa, que os poderes constituídos - todos eles, do legislador aos Tribunais - estão constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais (...) e logo ficam radicalmente em causa as construções assentes numa pretensa diferença constitucional de natureza e regimes entre direitos de liberdade e direitos sociais”; “uma vez que, em Estado constitucional, com justiça constitucional, cabe ao poder judicial, em princípio, assegurar o cumprimento desses deveres e a observância desses direitos, então os direitos sociais constitucionalmente consagrados passam a ser direitos individualmente titulados, oponíveis ao Estado e judicialmente impostos à observância da maioria democrática”.

⁸²⁷ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 359: “têm força jurídica e vinculam efetivamente os poderes públicos impondo-lhes autênticos deveres de legislação”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 478 e 518: “a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”; “das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio

Assim, o legislador ordinário, ao optar pela implementação de quaisquer direitos sociais, fica obrigado à observância do princípio da universalidade, do princípio da igualdade e, outrossim, às exigências da proteção jurídica.

Se bem que, esta construção jusuniversal e jusigual possa ter uma consequência perversa.

De facto, uma consagração dos designados direitos sociais, nesses moldes, compreensivos, é suscetível de conduzir ao esgotamento da integralidade dos recursos financeiros disponíveis, o que impedirá, no final, a existência fáctica de tais direitos.

VII – O quadro apresenta-se, contudo, muito diferenciado, no que tange aos remanescentes princípios constitucionais.

Efetivamente, os princípios da proporcionalidade, da confiança e da responsabilidade não condicionam o poder quanto aos designados direitos sociais, *maxime*, quanto à respetiva restrição, ou à sua eventual suspensão⁸²⁸.

De um lado, porque uma extensão destes princípios aos designados direitos sociais, não apresentaria o mínimo suporte textual na Constituição.

De outro lado, porque, se os designados direitos sociais podem inexistir, nenhum sentido assumiria a imposição de condicionamentos, e, sobretudo, de condicionamentos exigentes e alargados, ao seu próprio condicionamento⁸²⁹.

VIII – Analogamente, não se afirmando enquanto direitos subjetivos, nem, tão-pouco, como expectativas de direitos, os designados direitos sociais não beneficiam de um regime constitucional específico⁸³⁰.

Mais: o que se observa é a inexistência de prescritividade - ou aplicabilidade direta - de vinculatividade das entidades públicas e, a *minori ad maius*, de vinculatividade das entidades privadas (art. 18º, nº 1, *a contrario*).

jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) tem um direito fundamental a um núcleo básico de direito sociais (...) na ausência do qual o Estado português se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas”.

⁸²⁸ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 415: “seria incorreto dizer que existem dois regimes distintos para dois grupos diversos de Direitos Fundamentais. O que existe é um regime geral (a todos aplicável) e um regime especial próprio dos direitos, liberdades e garantias”.

⁸²⁹ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 306: “guardas de flanco dos direitos sociais: o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade e o princípio da proteção da confiança”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 84: “são cada vez mais intensos na doutrina (e mesmo na jurisprudência) os sinais que apontam para que esse princípio se deva considerar também aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais”.

⁸³⁰ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 363: “o texto constitucional nada diz sobre a força jurídica dos preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais”.

É, igualmente, a possibilidade, quase incondicionada, de restrição (art. 18º, nº 2 e nº 3, *a contrario*), bem como de suspensão (art. 19º, *a contrario*).

E é, finalmente, a ausência de limites materiais à respetiva supressão, quiçá integral, não por efeito de uma transição constitucional, mas no âmbito de uma estrita revisão constitucional (art. 288º, al, d), *a contrario*)⁸³¹.

IX - No que se reporta aos designados direitos sociais, a única previsão regimental constitucional específica prende-se com a matéria competencial - aliás, secundária, porquanto, essencialmente, concorrencial (art. 165º).

Matéria cuja regulação, não obstante, se afigura indispensável caso o legislador ordinário os pretenda implementar, ou, simetricamente, desimplementar.

8.3.1.1.3.3. CONSTRUÇÕES PARCIALMENTE ANÁLOGAS

I – Outras construções jurídicas existem que, embora não extraindo as consequências últimas da distinção entre as duas realidades examinadas, e não apartando, assim, radicalmente, os direitos subjetivos de liberdade das expectativas fácticas sociais, não se afastam, integralmente, dessa distinção.

II – Assim, aquelas que se referem a ambas as entidades, direitos de liberdade e designados direitos sociais, em sentido atécnico, designando-as, ambas, como expectativas, e diferenciando, apenas, entre expectativas negativas e expectativas positivas⁸³².

Aquelas, igualmente, que recusam a qualificação dos designados direitos sociais enquanto direitos constitucionais⁸³³, ou enquanto direitos subjetivos⁸³⁴, sem, todavia, se pronunciarem sobre uma natureza, ou uma nomenclatura, alternativas.

⁸³¹ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 363: “não é legítimo utilizar aqui pura e simplesmente a argumentação *a contrario* estabelecendo para os direitos sociais um regime negativo do regime dos direitos, liberdades e garantias”.

⁸³² Nesse sentido, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 7: “diferença entre a natureza de ‘expectativas negativas’ dos direitos de defesa e a natureza de ‘expectativas positivas’ dos direitos sociais”.

⁸³³ Nesse sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 441: “precisamente porque a decisão constituinte os não dotou de um conteúdo constitucional que permita a sua eficácia imediata, eles não são direitos constitucionais, no sentido de direitos preceituados pela Constituição”.

⁸³⁴ Nesse sentido, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 18: “os Direitos Fundamentais sociais não garantem posições jurídico-subjetivas”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 157: “não têm, por regra, um conteúdo determinado e (...) por regra não podem qualificar-se como direitos subjetivos”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 161: “direitos a prestações, aos quais a generalidade da doutrina

Aquelas, ainda, que entendem os designados direitos sociais como meramente programáticos⁸³⁵, exclusivamente políticos⁸³⁶, ou rigorosamente discricionários⁸³⁷, não se debruçando, contudo, sobre os respetivos efeitos jurídicos.

E, por último, aquelas construções, que definem as realidades sociais examinandas como verdadeiros direitos, se bem que, como direitos potenciais⁸³⁸, como direitos imperfeitos⁸³⁹, como direitos fracos⁸⁴⁰ ou enfraquecidos, como direitos sob condição suspensiva⁸⁴¹, como direitos indeterminados⁸⁴², como direitos variáveis⁸⁴³, ou como direitos complementares⁸⁴⁴.

italiana e alemã nega a qualidade de direito subjetivo ou até de interesse legítimo”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 157: “não têm, por regra, um conteúdo determinado e (...) por regra não podem qualificar-se como direitos subjetivos”.

⁸³⁵ Nesse sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 43: “avalancha da normação programático-finalista da Constituição portuguesa, precipitada essencialmente nesses direitos sociais”.

⁸³⁶ Nesse sentido, Estay, *op. cit.*, p. 240: “os preceitos sobre direitos sociais prestacionais são normas políticas, diretrizes, e princípios, orientadores do fim do constitucionalismo social, que não é outro senão o de alcançar a igualdade material”. “São exortações aos poderes públicos a que estes não ficam obrigados”.

⁸³⁷ Nesse sentido, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 13: “o que a Constituição confia à ‘discricionariedade’ do legislador mostra-se tão só constitucionalmente ‘possível’ isto é, não resulta nem necessário, nem impossível”.

⁸³⁸ Nesse sentido, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 112: “não se constitui como uma regra de direito atual, mas potencial”.

⁸³⁹ Nesse sentido, Barcellona, *op. cit.*, p. 34: “direitos imperfeitos”; e Costa, *A hierarquia...*, p. 8: “a Constituição não coloca exatamente no mesmo plano os direitos de liberdade e de participação, por um lado, e os direitos ‘sociais’ por outro”.

⁸⁴⁰ Nesse sentido, Morais, *Curso...*, p. 554: “direitos relevantes, mas ‘fracos’”.

⁸⁴¹ Nesse sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 244: “os direitos sociais seriam, secundando a doutrina administrativista italiana, direitos enfraquecidos à espera de expansão (...), designação que assim exprimiria a verdadeira natureza dos direitos sociais enquanto posições jurídicas subjetivas sob condição suspensiva”.

⁸⁴² Nesse sentido, Estay, *op. cit.*, p. 242: “os direitos sociais de natureza prestacional não têm conteúdo essencial. A sua própria natureza impede-o, já que o conteúdo do direito será aquele que o legislador em cada caso determinar”.

⁸⁴³ Nesse sentido, Barcellona, *op. cit.*, p. 34: “os direitos sociais são a face de uma política social que é realizada por um Governo e que são, como tais, uma variável dependente do processo económico, dos seus critérios de cálculo e da autonomia das suas lógicas”.

⁸⁴⁴ Nesse sentido, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 70: “foram sedimentando na consciência jurídica geral, de tal sorte que se apresentam como direitos complementares”.

8.3.1.1.3.4. COROLÁRIOS DO ENTENDIMENTO DOS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO EXPECTATIVAS FÁCTICAS

São, essencialmente, três, os corolários extraíveis do entendimento dos designados direitos sociais enquanto expectativas fácticas.

Primeiro, a existência de uma reserva absoluta de decisão política, quanto à sua consagração, ou não consagração, ordinária, e, em caso afirmativo, quanto à extensão, alcance e sentido da mesma.

Segundo, a dependência da criação dos designados direitos sociais de uma reserva financeira, traduzida não apenas em critérios de estrita viabilidade, mas, cumulativamente, de racionalidade e de oportunidade.

E terceiro, a configuração do alegado Estado social enquanto escolha, aberta, livre, democrática e popular, e não como imposição, forçada por uma Constituição autoritária.

8.3.1.1.3.4.1. RESERVA ABSOLUTA DE DECISÃO POLÍTICA

I - Enquanto corolário nuclear, emerge a existência de uma reserva de decisão política da parte do Estado, especificamente, do que concerne ao legislador ordinário^{845 846}.

Mais: de uma reserva de decisão política com origem constitucional, e uma reserva de decisão política com carácter absoluto⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 61: “o conteúdo concreto desses direitos depende dos recursos sociais existentes e é determinado por opções políticas, por vezes conjunturais, na sua afetação”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 155 e 156: “direitos cujo conteúdo principal consiste em prestações materiais a fornecer pelo Estado, prestações essas dependentes de opções e de uma conformação político-legislativa”; e Novais, *Direitos sociais...*, pp. 132 e 345: “reserva do politicamente adequado ou oportuno, de avaliação a cargo dos decisores políticos e, particularmente, do legislador democrático”; “afetados na sua dimensão principal e em abstrato (...) por uma reserva do financeiramente possível que, por sua vez, reforça e potencia uma reserva do politicamente adequado ou oportuno na correspondente realização positiva”.

⁸⁴⁶ Nos casos mais significativos que este Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre direitos sociais em sede de fiscalização abstrata - *Ac. 39/84*, Caso do Serviço Nacional de Saúde, *Ac. 11/92*, Caso do Direito à Habitação, *Ac. 148/94*, Caso das Propinas Universitárias - considerou-se que (...) as concretizações legislativas de direitos derivados a prestações, indissociáveis da realização efetiva dos direitos sociais, assentam, na prática, em critérios de oportunidade técnico-financeira e política”; assim, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 520.

⁸⁴⁷ Em sentido oposto, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, p. 675: “princípio da ilegitimidade de uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve caber ao legislador ordinário”; Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 13 e 61: “a questão principal radica em saber se nessa ‘margem de ação’ o legislador é livre ou se nela podem intervir ainda os Tribunais de justiça constitucional no exercício do seu direito ou poder de controlo”; “do ponto de vista do

II – Reserva absoluta significa que é ao legislador ordinário que cumpre decidir sobre a consagração *ex novo*⁸⁴⁸, a extensão, e a priorização, de quaisquer designados direitos sociais.

Significa, também, que só a esse legislador ordinário compete, em cada momento ou conjuntura históricos, decidir sobre a respetiva persistência ou impersistência, sobre a sua vigência ou a sua revogação.

E significa, ainda, que essa decisão legislativa ordinária assume politicidade plena, independentemente do quadro financeiro em cada momento existente.

De onde, não obstante a disponibilidade dos recursos financeiros, o Estado pode entender dever poupar, pode preferir investir, pode, inclusive, escolher entre os vários direitos sociais.

Como pode optar por fasear a aplicação de tais recursos, ou proceder à graduação das intensidades prestativas, em relação a cada um desses direitos sociais selecionados⁸⁴⁹.

Assumindo, então, como contrapartida necessária, o redesenho dos Deveres Fundamentais tributários e, sobretudo, das restrições ao direito de propriedade privada.

III – A inviolabilidade dos designados direitos sociais decorre, sobretudo, de uma decisão de natureza política⁸⁵⁰, que encontra o seu fundamento mais profundo na própria ideia, inquestionável, de democracia⁸⁵¹.

juiz constitucional (...) deve definir-se, conjuntamente, o ‘conteúdo’ do direito e o ‘universo’ a que este deve ser garantido, para além do ‘nível’, em certo sentido quantitativo, no qual o direito deve ser realizado”; e Costa, *A hierarquia...*, p. 11: “há-de ser bastante mais reduzido o espaço para uma intervenção judicial, em particular do Tribunal Constitucional, de controlo das normas legais concretizadoras dos correspondentes direitos”.

⁸⁴⁸ Em sentido diverso, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 61: “o legislador ‘concretiza’ os Direitos Fundamentais sociais”.

⁸⁴⁹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 179: “não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas uma verdadeira opção quanto à respetiva afetação material”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 248: “na lógica de um sistema de economia aberta, o Estado não tem o efetivo poder de disposição sobre os bens que constituem o objeto das prestações (...) pelo que é sempre ineliminável a componente de ponderação, escolha e composição dos distintos princípios (...). O processo de concretização do Estado social é um processo aberto e dinâmico”.

⁸⁵⁰ No mesmo sentido, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, pp. 678 e 679: “num Estado democrático, cabe aos órgãos legislativos, renovados e legitimados através de eleições, a prerrogativa de avaliação sobre o modo de afetação de recursos escassos à satisfação das, muito diferentes e muito heterogéneas, necessidades coletivas”.

⁸⁵¹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 360: “é necessária uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas, num quadro de prioridades a que obrigam a escassez de recursos, o carácter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, da

É, pois, o Soberano, de forma referendária - preferencialmente - ou através dos seus presumíveis representantes - eventualmente - quem deve determinar a consagração, ou não, dos designados direitos sociais⁸⁵²

E, em caso de existência dos mesmos, a sua extensão, alcance e - inevitável - graduação.

Não, nunca, a própria Constituição, nem, decerto, menos ainda, a função jurisdicional⁸⁵³.

Quer de uma forma exclusiva, quer de uma forma partilhada - com a função político-legislativa - considerada a respetiva carência, estrutural, de legitimidade democrática⁸⁵⁴.

abertura característica do próprio princípio democrático”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 249: de outro modo, “conferiria primazia absoluta à realização de um princípio jusfundamental material sobre o princípio da competência da decisão do legislador (duas conclusões obviamente incompatíveis com o princípio da separação de poderes e com o princípio democrático”.

⁸⁵² Em sentido próximo, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 137: “os parlamentos discutem e decidem, e os tribunais constitucionais fiscalizam”.

⁸⁵³ No mesmo sentido, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, p. 680: “a separação constitucional de poderes impede o juiz de se arvorar em legislador, nomeadamente, em matéria de direitos sociais a prestações, através da organização dos meios públicos para as proporcionar”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 206: “a função político-legislativa (...) não pode, pela sua legitimidade representativa, estar sujeita a oráculos judiciais”; e *O ‘direito ao mínimo de existência condigna’...*, p. 23: “as escolhas que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído, com legitimidade democrática e politicamente responsável perante a comunidade - isto é, não certamente a juízes, sob cobertura de uma interpretação, mas, em primeira linha, ao parlamento e ao Governo”; “o Tribunal reconheceu e reafirmou que o legislador democrático há-de dispor de um poder próprio de conformação para estabelecer a forma, a medida e o grau em que concretiza as imposições constitucionais relativas aos direitos sociais”; Morais, *Curso...*, p. 600: “opções de escolha política, em que o judiciário atue como parte ofuscam a imparcialidade do julgamento que é um atributo constitutivo desse poder, carecendo as decisões de mérito político de uma legitimação democrática no voto popular; Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 77: “atribuir à competência material dos Tribunais decisões sobre política económica, social ou cultural, e fazer com que os Tribunais por estas respondam, viola não apenas o princípio ‘democrático’, como o princípio da ‘separação de funções’”; e Costa, *A hierarquia...*, p. 12: “só em casos muito contados ou extremos poderá e deverá ele emitir um juízo negativo de constitucionalidade sobre aquelas normas - sob pena de, de outro modo, o Tribunal invadir a função própria do legislador e se sobrepor, indevidamente, às opções (políticas) por este legitimamente tomadas”.

⁸⁵⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 179, 370, 180 e 181: “há uma delegação constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos; seria pois ilegítima a conformação desse conteúdo pelos tribunais e o conseqüente reexame das decisões legislativas, por atentar contra a filosofia constitucional da repartição de poderes”; “espaço autónomo relevante de conformação política do conteúdo dos direitos, que não pode ser suprimido pelos aplicadores da Constituição nos casos concretos, designadamente, pelos juízes”; “não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação”; “a sua realização implica opções autónomas e específicas de órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 47: “têm de ser deixados ao legislador democrático as opções sobre a afetação dos recursos, bem como o primado da respetiva concretização”.

Efetivamente, em Estado de Direito, e em Estado democrático, os Tribunais são órgãos declarativos, de aplicação e, de nenhum modo, órgãos criativos ou decisórios, não se concebendo, pois, concorrência, em sede de direitos sociais, entre política e judicatura.

Mais: no quadro de um texto constitucional como o português, em simultâneo, programático e regulamentista, a emergência de um poder judicial ativista conduziria à reversão definitiva da intervenção seletiva popular e, em última análise, à negação da própria democracia^{855 856}.

IV – Os Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos limitam-se, pois, em exclusivo, a assegurar os direitos de liberdade, os direitos pessoais, e os direitos políticos.

Relativamente aos primeiros, o indivíduo encontra-se defendido, *ipso jure*, em quaisquer circunstâncias.

E, utilizando os segundos, o indivíduo determina a existência, ou a inexistência, dos designados direitos sociais.

⁸⁵⁵ Em sentido próximo, Hespanha, *op. cit.*, p. 1603: “a emergência da ideia de que o direito mais decisivo não é o que foi explicitamente formulado genericamente por uma maioria (direito maioritário), mas o que é revelado por uma elite mais capaz de entender o que a comunidade entende ser justo (direito contra-maioritário)”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 360 e 371: “os Tribunais (...) não podem, em obediência ao princípio da divisão de poderes, controlar, quanto ao respetivo conteúdo, as opções legislativas, a não ser excecionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”; “a não ser assim, e dada a indeterminação dos preceitos e o âmbito alargado das matérias, a função legislativa degradar-se-ia em mera função executiva da Constituição e correria o risco de ficar sujeita a um ‘governo dos juizes’”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 520: “nos casos mais significativos que este Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre direitos sociais em sede de fiscalização abstrata - *Ac. 39/84*, Caso do Serviço Nacional de Saúde, *Ac. 11/92*, Caso do Direito à Habitação, *Ac. 148/94*, Caso das Propinas Universitárias - considerou-se que: 1) as normas consagradoras de direitos sociais podem e devem servir de parâmetro de controlo judicial, mas que: 2) eles ficam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade”.

⁸⁵⁶ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 33, 254 e 117: “coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance (...); tudo se resume, em última análise, em saber se o juiz, designadamente o juiz constitucional, pode, com fundamento nas normas sobre direitos sociais, e, em caso afirmativo, em que medida e com que alcance, impor ao Governo/maioria democrática a invalidação das respetivas decisões no cumprimento positivo de deveres, ainda que contra a vontade ou a opção política desses titulares do poder político”. “Margens de decisão e de apreciação que, pese embora a natureza jusfundamental dos direitos sociais, cabem ao legislador democrático e ao poder judicial”. “Há, apesar e na estrita observância do princípio da separação de poderes, um espaço ou uma margem de apreciação judicial da questão financeira, eventualmente infirmando as decisões do legislador e administração”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 520: “o Tribunal não pode abster-se de um controlo jurídico de razoabilidade fundado no princípio da igualdade”; e Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 200: “a sua forma de atuação (do Tribunal Constitucional) não é a mera aplicação ou execução do que se encontra previamente estatuído, mas essencialmente interpretação”.

Optando, em liberdade, entre, de um lado, a segurança que lhe oferecem os direitos sociais e a inerente compressão da propriedade, ou, de um outro lado, o risco pessoal associado à inexistência de direitos sociais e a correspondente expansão daquela propriedade.

8.3.1.1.3.4.1.1. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS SOCIAIS A UM MÍNIMO

I – A reserva constitucional absoluta de decisão política carrega, por seu turno, a infirmação dos alegados direitos sociais a um mínimo.

Na realidade, se os designados direitos sociais se recortam, não como direitos subjetivos a exigir, não como expectativas jurídicas a acautelar o exigível, mas como expectativas fáticas, então o Estado não se encontra vinculado à inerente implementação⁸⁵⁷.

Logo, não se trata de um grau, maior ou menor, de vinculação jurídica estadual aos designados direitos sociais, trata-se da sua absoluta inviolabilidade^{858 859}.

⁸⁵⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 156 e 42: “uma das ideias que francamente recusamos é a de que existiria um conteúdo mínimo em todos os direitos económicos, sociais e culturais”. “No plano jurídico essa ideia colide com a sistemática e com a letra do artigo 18º, nº 3 (que apenas se refere aos preceitos de direitos, liberdades e garantias); ela ofende a existência do artigo 17º (que postula a diferenciação - e não a uniformização – dos Direitos Fundamentais sociais); ela ofende a *ratio* do artigo 17º (que é a de qualificar algumas figuras, e não todas as figuras); ela não resiste nem à observação da *praxis*, nem à observação das consequências que resultariam da sua admissibilidade”. “O legislador constituinte afastou-se da nossa tradição constitucional, que colocara sempre no universo dos direitos individuais um direito social mínimo, para preferir um catálogo desenvolvido de direitos e deveres económicos, sociais e culturais”.

⁸⁵⁸ “Doutrina portuguesa sobre a garantia constitucional de um direito ao nível mínimo de subsistência”: “são essencialmente duas as posições assumidas quanto à configuração dessa garantia: por um lado, a sua identificação com a garantia do conteúdo mínimo dos direitos sociais; por outro lado, a formulação de um princípio de realização de um mínimo social enquanto instrumento de concretização dos direitos sociais na sua dimensão de direitos positivos a prestações do Estado”; assim, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1109.

⁸⁵⁹ Em sentido oposto, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 108: “a constitucionalidade da medida legislativa violará direitos adquiridos se colidir com o núcleo essencial de existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 213: “a liberdade constitutiva do legislador está sujeita a um respeito vinculado pelo conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional”; Novais, *Direitos sociais...*, pp. 192 e 206: “pelo menos um mínimo estará sempre constitucionalmente garantido”. “Na realidade do Estado de Direito em países economicamente desenvolvidos nas épocas em que se vive uma situação de estabilidade ou progresso económico a questão da garantia de um mínimo, e tão só do mínimo, não se coloca praticamente em termos jurídicos; as próprias necessidades de luta e a competição político-eleitoral resolvem naturalmente o problema, o Estado acaba sempre por garantir mais que o mínimo social”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 518: “nesta perspetiva, o “rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica”, o “subsídio de desemprego”, são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito”.

Pior: se a Constituição define uma reserva de essencialidade, uma reserva minimalista, mesmo em contexto de condicionamento restritivo, fá-lo para os direitos de liberdade (art. 18º, nº 3, *in fine*), não para os designados direitos sociais⁸⁶⁰.

Acresce que, a admitir-se a exigência de um mínimo para os designados direitos sociais, tratar-se-ia de um mínimo de estrita determinação legal, nunca constitucional.

O que suscitaria a questão da determinação, em sede qualitativa, e em sede quantitativa, da extensão e da específica configuração desse alegado mínimo social⁸⁶¹.

Determinação essa, impossível, obviamente, no quadro das normas constitucionais⁸⁶².

II – Igualmente, não possui ancoragem constitucional o - mais específico - direito a um mínimo em ordem a uma existência condigna, ou, se se preferir, o direito à condignidade⁸⁶³.

Nem uma ancoragem constitucional expressa, nem, tão-pouco, uma ancoragem implícita.

Mais: se se entende que tal condignidade significa dignidade merecida, ou dignidade proporcional ao mérito, aquilo que se observa, frequentemente, é, ao invés, assistencialismo e subsidiodependência, assentes em desmerecimento e demérito⁸⁶⁴.

III – Assim, não é viável sustentar, sob pena de confusão concetual, que o mínimo seja, afinal, um direito subjetivo, de teor implícito, inerente à dignidade da pessoa humana⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ Em sentido oposto, Medeiros, *O Estado...*, p. 42: “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, diretamente aplicável”; e Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 26: “cabará reconhecer aos Direitos Fundamentais sociais um conteúdo mínimo, que corresponde à extensão e ao alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e que não pode ser diminuído (art. 18º/3)”.

⁸⁶¹ No mesmo sentido, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1114: “o problema prende-se, evidentemente, com a definição do ‘mínimo’ que se adote e da sua conexão com a ideia de dignidade humana”.

⁸⁶² Em sentido diverso, Canotilho, *Jusfundamentalidade...*, p. 852: “qual é a ‘mais pequena porção’ de um direito social a que qualquer pessoa pode aspirar e qual o mínimo que qualquer pessoa, qualquer governo, qualquer instituição, deve assegurar para salvaguarda desse mesmo direito social?”

⁸⁶³ Em sentido oposto, Canotilho, *Para uma revisão...*, pp. 533 e 534: “a dogmática e a jurisprudência têm procurado sedimentar uma outra categoria jusfundamental - a condignidade existencial - estritamente associada à dignidade da pessoa humana e à proteção do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais”.

⁸⁶⁴ “Condignidade significa qualidade de condigno, ou seja, ‘dignidade conveniente’, ‘dignidade merecida’, dignidade proporcional ao mérito”; Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 534.

⁸⁶⁵ Em sentido oposto, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 534: “jurídico-constitucionalmente, a condignidade existencial surge ligada ao reconhecimento de um direito subjetivo a cuidados existenciais”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 198: “um novo direito social com uma dimensão subjetiva autónoma,

Desde logo, não poderia afirmar-se como um direito subjetivo, por carecer, em absoluto, de determinabilidade, e, assim, de preceitividade, vinculatividade e justicialidade⁸⁶⁶.

De facto, mínimo é um conceito indeterminado, inquantificável, variável e inperene⁸⁶⁷.

Depois, não surgiria como um direito expresso⁸⁶⁸ mas como um putativo direito implícito.

Revelado não por via legislativa constitucional, nem, tão-pouco, por um caminho legislativo ordinário, mas, porventura, jurisprudencialmente^{869 870 871}.

IV - Não é possível, também, sem confusão concetual agravada, sustentar que esse mínimo se afirmaria enquanto condição de liberdade, ou porventura, das liberdades⁸⁷².

decorrente da dignidade da pessoa humana, mesmo quando tal não vem expressamente consagrado nas Constituições”.

⁸⁶⁶ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 95: “mínimo existencial do direito, que corresponde a uma ‘existência condigna’ não deverá ser qualificado como ‘direito social’. Se o seu fundamento é o princípio da ‘dignidade da pessoa humana’, o direito encontra-se garantido não a título de direito fundamental social, mas a título de direito de defesa, isto é, sujeito ao regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias”;

⁸⁶⁷ No mesmo sentido, acórdão Tribunal Constitucional nº 509/02, Declaração de voto do Conselheiro Cardoso da Costa: “dá a construir, logo ao nível constitucional, um direito, no sentido estrito e dogmático do conceito (sublinho o ponto), com identidade e consistência bastantes, ainda que mínimas, para dele se extrair a conclusão a que o Tribunal chegou (...) vai um largo e arrojado, mas problemático, passo”.

⁸⁶⁸ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 80 e 194: “parece formar-se uma opinião dominante alemã, segundo a qual só existiria verdadeiro direito subjetivo originário a prestações relativamente à exigência do mínimo social”. “Nisso se distinguiria o mínimo existencial (único verdadeiro direito fundamental social) dos chamados direitos sociais entendidos como direitos de configuração legal (...). Neste sentido, enquanto o direito fundamental a um mínimo existencial seria judicialmente exigível, já os direitos sociais pediriam uma realização, não através do poder judicial, mas da concretização de políticas públicas condizentes”.

⁸⁶⁹ “Reconhecimento desse direito a um mínimo para uma existência condigna (...) no final do século XX, pela mão da jurisprudência constitucional”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 42.

⁸⁷⁰ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 80 e 194: “parece formar-se uma opinião dominante alemã, segundo a qual só existiria verdadeiro direito subjetivo originário a prestações relativamente à exigência do mínimo social”. “Nisso se distinguiria o mínimo existencial (único verdadeiro direito fundamental social) dos chamados direitos sociais entendidos como direitos de configuração legal (...). Neste sentido, enquanto o direito fundamental a um mínimo existencial seria judicialmente exigível, já os direitos sociais pediriam uma realização, não através do poder judicial, mas da concretização de políticas públicas condizentes”.

⁸⁷¹ Em sentido oposto, o acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02: “pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma (...) sobre o rendimento social de inserção por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana”; “o princípio do respeito pela dignidade humana implica o reconhecimento do direito ou garantia a um mínimo de subsistência condigna”.

⁸⁷² Em sentido oposto, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1124: “o direito ao mínimo social não é (...) um simples pressuposto do exercício dos direitos de liberdade, mas

Nem que esse mínimo condignitário se apresentaria enquanto corolário do direito à vida⁸⁷³, do direito ao desenvolvimento pessoal, de ambos, e, até, de outros direitos⁸⁷⁴.

Ou, por último, que resultaria, associadamente, do próprio moderno Estado de Direito⁸⁷⁵.

De facto, os direitos de liberdade não se confundem com os designados direitos sociais.

Liberdade é, e é apenas, liberdade, solidariedade é, muito diferentemente, solidariedade.

Do mesmo modo que, a noção de Estado de Direito, não deve apresentar-se como a vala comum em que se depositariam todas as pré-compreensões doutrinárias constitucionais, sem que surja estéril, inoperativa e, sobretudo, carente de qualquer tipo de juridicidade.

V - Impugnam-se, cumulativamente, os auto-qualificados direitos sociais de cidadania.

Que seriam, alegadamente, direitos sociais, mas direitos sociais vocacionados, de forma instrumental, para o exercício dos direitos de liberdade.

Numa parte, porque assumiriam natureza híbrida, de direitos de liberdade e de supostos direitos sociais.

Numa outra parte, porque quase nada acrescentariam à anterior construção minimalista.

antes condição da própria legitimidade de alguns desses direitos e, nessa medida, parte irrenunciável de um sistema completo de Direitos Fundamentais”; e Novais, *Direitos sociais...*, pp. 81 e 110: “um mínimo impreterivelmente exigido pela dignidade da pessoa humana ou pela satisfação das necessidades básicas indispensáveis a um exercício adequado das liberdades fundamentais; “se, na ausência de um conjunto mínimo de condições materiais o exercício dos direitos de liberdade fica esvaziado, então a garantia de tais condições materiais constitui-se em dimensão integrante do conteúdo jurídico dos direitos de liberdade”;

⁸⁷³ Em sentido oposto, Canotilho, *Tomemos a sério...*, p. 488: “o cidadão, no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida, tem um direito subjetivo (originário, definitivo) a prestações existenciais ao qual corresponde um dever correlativo por parte deste”.

⁸⁷⁴ Em sentido oposto, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 534: “a condignidade existencial surge como um derivado de outros direitos e princípios, designadamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao desenvolvimento da personalidade”.

⁸⁷⁵ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, p. 127: “os direitos ou pretensões a um mínimo de existência em condições de dignidade, que hoje são cada vez mais reconhecidos como ínsitos na consagração constitucional de um direito à vida no atual Estado de Direito”.

8.3.1.1.3.4.1.2. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS SOCIAIS ALÉM DE UM MÍNIMO

Se as aludidas expectativas fácticas não obrigam, sequer, a uma prestação estadual mínima, por maioria absoluta de razão, não implicam uma prestação estadual qualificada⁸⁷⁶.

De facto, esse alargamento traduzir-se-ia em parificação com os direitos de liberdade⁸⁷⁷.

E, assim, como uma forma, inconstitucional, de afirmação de uma pretensa unicitariedade.

Mais: atenta a natureza indeterminada das normas relativas a eventuais e futuros direitos sociais, isso sugeriria a possibilidade de uma concretização, ilimitada, de tais direitos⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 364, 371 e 183: “o conteúdo desses preceitos e das pretensões correspondentes é determinado pela Constituição apenas num mínimo, e não pode ser-lhe imputado um conteúdo normativo mais vasto pela via de uma interpretação judicial ‘atualista’”. “A não ser assim (...) a função legislativa degradar-se-ia em mera função executiva da Constituição”. “Isso é inadmissível numa sociedade democrática, porque traria consigo uma ditadura da Constituição ou um injustificado e ilegítimo ‘governo dos juizes’”.

⁸⁷⁷ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 195, 209 e 307: “numa visão relativamente mais ambiciosa, o mínimo existencial seria ampliado em função da existência da pessoa num contexto sócio-cultural (...) em ordem a assegurar as condições de desenvolvimento da personalidade, de participação e de integração comunitária”. “Independentemente de, para muitos dos seus defensores a garantia do mínimo funcionar como última barreira (...) para este novo modelo os direitos sociais valeriam potencialmente para além desse limiar, na medida em que, enquanto verdadeiros Direitos Fundamentais, deveriam ver garantidos graus de efetividade mais ambiciosos a apurar através de juízos de ponderação, de razoabilidade ou de proporcionalidade”; “uma ausência de um princípio constitucional suscetível de estruturar o juízo de controlo com o mesmo alcance com que o princípio da proibição do excesso o faz na dimensão negativa dos Direitos Fundamentais, a doutrina iniciou há alguns anos (Canaris) a reflexão sobre a eventual construção de um princípio constitucional, igualmente decorrente do princípio do Estado de Direito, mas agora também enquanto Estado social, isto é, o princípio da proibição do défice ou proibição da prestação insuficiente”; e Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 48: “tais direitos, ainda que consagrados constitucionalmente como Direitos Fundamentais, são direitos de realização social, ou seja, são direitos em que o tempo e o modo da sua realização (para além de um conteúdo mínimo (...) estão dependentes da evolução da própria sociedade”.

⁸⁷⁸ Em sentido oposto, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 536: “o ‘ser no mundo’ justifica a condignidade fundamental” “a condignidade fundamental transporta uma dimensão normativa constitucional irreconduzível a esquemas meramente económicos de *standard of living*, de ‘salário mínimo’ ou de ‘limiar da pobreza’”. “A condignidade existencial estrutura-se jurídico constitucionalmente a partir de três princípios basilares (...) (iii) a igualdade real das pessoas, impositiva de medidas de proteção”.

8.3.1.1.3.4.1.3. INEXISTÊNCIA DE UM IRRETROCESSO DOS DIREITOS SOCIAIS

I - Analogamente, a afirmada reserva constitucional absoluta de decisão política conduz à infirmação de um não-retrocesso dos designados direitos sociais.

Efetivamente, ao desenhá-los como expectativas fácticas, a Constituição pátria deixa em aberto a suscetibilidade, quer da sua existência, quer da sua inexistência.

Logo, a serem criados direitos sociais, estes assumem origem, exclusivamente, ordinária.

Nesse conspecto, nenhuma razão lógico-jurídica se enxerga para que, o mesmo legislador ordinário, se encontre vinculado, *ad eternum*, à respetiva manutenção.

Nem a uma manutenção *tout court*, nem a uma manutenção no estágio existente num preciso momento, inviabilizando eventuais restrições ou outros condicionamentos^{879 880}.

Nada obsta, por consequência, a que, através do mesmo procedimento conducente à respetiva criação, se delibere a eliminação dos direitos sociais entretanto consagrados⁸⁸¹.

Preferencialmente, na sequência de injunção, expressa, emanada do próprio Soberano, ou por via eleitoral, ou, mais desejavelmente, com recurso ao mecanismo referendário.

⁸⁷⁹ No mesmo sentido, Andrade, *O 'direito ao mínimo de existência condigna'...*, pp. 23 e 24: “a Constituição não pode conter a resposta integral para essas opções, muito menos numa sociedade livre, que constitua uma democracia pluralista”; “não podemos concordar com a afirmação de que a restrição de um direito legal derivado de um direito social esteja sujeita às mesmas regras que a Constituição impõe à restrição legislativa de direitos, liberdades e garantias”.

⁸⁸⁰ Em sentido oposto, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1105: o acórdão nº 509/02 do Tribunal Constitucional “liquida o princípio da proibição do retrocesso social, sempre que não esteja em causa uma concreta imposição constitucional de legislar”; e, o acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02: “a proibição do retrocesso social operará tão só quando se pretenda atingir o ‘núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana’”. “Onde a Constituição contenha uma ordem de legislar suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, o legislador só pode retroceder no grau de proteção já atingido na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão”.

⁸⁸¹ No mesmo sentido, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1102: “o abandono da ideia da proibição do retrocesso social é fácil de explicar (...): dificuldade de conciliar a ideia de proibição do retrocesso com a liberdade de conformação do legislador”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 391 e 379: “nem a aceitação de um princípio geral de retrocesso, nem de uma ‘eficácia irradiante’ dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um ‘bloco constitucional dirigente’”; a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa”. “A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa”.

Mais: de outro modo, semelhantes direitos não se conformariam, afinal, como direitos sociais de matriz ordinária, mas como direitos sociais dotados de uma nova, superveniente, e surpreendentemente adquirida, força constitucional⁸⁸².

Pior: como direitos sociais beneficiários do regime de intangibilidade estatuído, no âmbito da revisão constitucional, em exclusivo para os direitos de liberdade.

II – Acresce que, em nome dos designados direitos sociais, ou da presuntiva solidariedade que lhes subjaz, ou de uma quimérica igualdade de resultados, a comunidade dos indivíduos não pode ficar cativa de corporações ou de quaisquer outros grupos sociais.

Que, em momento determinado, são, eventualmente, beneficiadas pelo poder estadual, mas cujos benefícios não podem deixar de ceder, mais tarde, face à emergência de diferentes situações de, porventura, maior, mais extensa, ou mais intensa, necessidade.

III – Verdadeiramente, essa suposta insuscetibilidade de retrogradação dos designados direitos sociais funda-se num determinismo, histórico-filosófico, de extração marxista.

Na presunção de que, atingido um específico patamar de socialismo, se revelaria inevitável, cientificamente, o patamar seguinte, rumo à definitiva sociedade comunista⁸⁸³.

Acontece que, o modelo constitucional português vigente é, bem ao invés, o de um quase-ilimitado poder de conformação legislativa em sede de designados direitos sociais⁸⁸⁴.

Que, esse modelo é o da escolha programática pela vontade popular, ou, com maior clareza, que esse modelo é o da democracia⁸⁸⁵.

⁸⁸² Em sentido próximo, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 53: “não queiramos ter na Constituição aquilo que a Constituição conscientemente deixou à luta político-social e à democracia participativa”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 377: “o princípio da proibição do retrocesso social, enquanto determinante heterónoma vinculativa para o legislador implicaria (...) a elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a Direito Constitucional”

⁸⁸³ No mesmo sentido, Andrade, *O ‘direito ao mínimo de existência condigna’...*, p. 24: “ingénua conceção ferroviária da História - quer seja a da direção única do movimento emancipatório da Humanidade, ou, em abstrato, a do tempo como fator de progresso”.

⁸⁸⁴ Em sentido oposto, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1108: “o que permite sustentar que o Acórdão n.º 187/2013 inaugura uma quarta fase da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o direito ao mínimo de subsistência é a circunstância de esse mesmo direito funcionar agora como um sucedâneo do princípio da proibição do retrocesso social”; e Novais, *Os princípios constitucionais...*, p. 308: a Constituição e a lei formam uma “unidade sistemática (...) material jusfundamental, que enquanto tal é retirada à livre disponibilidade dos titulares do poder político”.

⁸⁸⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 380: “não aceitamos que os preceitos relativos aos direitos sociais possam ser interpretados como definições normativas do caminho que os homens têm inexoravelmente de percorrer na sua marcha para a sociedade justa (...). A Constituição é um quadro normativo aberto que implica e exprime uma unidade de sentido cultural e não pode ser nem deve tornar-se um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos”;

Exemplificativamente, não seria concebível, em Estado democrático, que um partido que vencesse eleições legislativas, por absurdo, com noventa e nove por cento dos sufrágios, se encontrasse obrigado, contra a expressa vontade eleitoral do Soberano, a respeitar um suposto princípio de não-retrocesso de direitos sociais de fonte estritamente legal^{886 887}.

Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 540: “na base da recusa de um princípio constitucional autónomo de proibição do retrocesso social estão a consideração da Constituição como um todo, a realização da liberdade como um todo, a combinação dos princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado ao Direito, bem como a necessidade de uma resposta preferencial à satisfação das condições materiais (...) das pessoas e dos grupos em situação de maior desproteção”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 245: “a conceção do princípio da proibição do retrocesso social (...) não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”.

⁸⁸⁶ Em sentido oposto, Silva, Jorge Pereira da, *Contributo para uma teoria...* p. 222: “deveres de atuação a que o legislador está constitucionalmente vinculado ou, se se preferir, a proibição de recriar uma inconstitucionalidade por omissão é um corolário de deveres constitucionais de atuação legislativa”; Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 52: “posição intermédia”: (i) “proibição da pura e simples revogação da lei, sem que reste legislação promotora do direito social; (ii) a proteção da confiança (...); (iii) a proibição do arbítrio e da desrazoabilidade e (iiii) a exigência de fundamentação das medidas legais de retroação social”; Silva, Susana Tavares da, p. 107: “reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso social”; Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 102: “cláusula ou princípio da proibição do retrocesso social”, ou da “não reversibilidade dos Direitos Fundamentais sociais”. “Uma vez consagradas legalmente as prestações sociais (...) o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações”; *O princípio da não reversibilidade...*, p. 68: “ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de avançar, estabelecem, contudo, uma proibição de retroceder”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 346: “tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 538; “proibição de recriar omissões constitucionais”.

⁸⁸⁷ O Tribunal Constitucional “apenas por uma vez, no acórdão nº 39/84, mostrou aderir ao princípio da proibição do retrocesso”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 159; “o Tribunal (...) apenas num único caso emitiu um juízo de inconstitucionalidade sobre normas legais com fundamento em violação dum desses direitos, ou melhor, de uma incumbência constitucional posta ao legislador (...): acórdão 39/94, em que estava em causa legislação governamental extinguindo um serviço – o serviço nacional de saúde – cuja instituição é prevista pela Constituição como instrumento de realização do direito à proteção da saúde”; nos termos destes, “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

8.3.1.1.3.4.2. RESERVA FINANCEIRA DE VIABILIDADE, RACIONALIDADE E OPORTUNIDADE

I - Do entendimento sobre a natureza jurídica dos designados direitos sociais, emerge, igualmente, uma reserva financeira, vulgarmente designada - em tradução direta da doutrina alemã⁸⁸⁸ - por reserva do possível.

Isoladamente, esta reserva financeira não se apresenta como critério de distinção rigoroso, porquanto, também os direitos de liberdade, pessoais ou políticos, implicam custos de implementação e exigem recursos significativos.

Mas, não se perfila, igualmente, irrelevante, porque a realização dos designados direitos sociais obriga a uma disponibilidade financeira claramente mais elevada⁸⁸⁹.

Sobretudo, quando estes se traduzem em prestações estaduais positivas⁸⁹⁰, cuja execução, criterização, intensidade, ou calendarização, dependem de tal suficiência económica⁸⁹¹.

II - A reserva financeira determina, nos precisos moldes da anterior reserva de decisão política, a inexistência de qualquer impedimento ao retrocesso em sede de direitos sociais.

⁸⁸⁸ “A ideia de ‘reserva do possível’ na concretização dos direitos sociais foi primeiro desenvolvida na primeira decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1972 sobre o problema do *numerus clausus* no acesso à Universidade”, assim, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1120.

⁸⁸⁹ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 571: “os direitos sociais envolvem custos incomparavelmente maiores do que os que se incorporam, diluidamente, em sede de garantia de direitos de liberdade, nos encargos com a administração, segurança e justiça”.

⁸⁹⁰ Em sentido próximo, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 102 e 103: “os bens de liberdade e de autonomia jusfundamentalmente protegidos pelos direitos de liberdade não custam (por exemplo, liberdade de religião, de expressão (...), não é possível comprá-las no mercado (...); diferentemente, os bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais são bens escassos, custosos, procuráveis no mercado”.

⁸⁹¹ No mesmo sentido, Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 100: “a escassez de meios quanto ao objeto do direito fundamental social (...) constitui um limite fáctico de todos os direitos sociais”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 91: “mesmo quando a pretensão da prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 61: “são, em si, direitos sob reserva de possibilidade social”; e Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 441: “ainda que enunciados constitucionalmente como Direitos Fundamentais, são direitos de realização social, ou seja, são direitos em que o tempo e o modo de realização depende da evolução da própria sociedade”.

Efetivamente, não faria sentido admitir que a conformação de designados direitos sociais dependesse de uma reserva do possível, mas que, quando esse possível se revelasse impossível, a inerente reversão não pudesse ocorrer^{892 893}.

Alegar-se-á que, mesmo em situações de crise económica, é possível evitar o retrocesso social, agravando, quer a carga tributária, quer o esforço tributário, dos outros indivíduos.

Mas não é assim, porque esse acréscimo se consubstancia numa restrição, direta e imediata, do direito de liberdade, intrinsecamente pessoal, de propriedade privada.

Melhor: porque a restrição do mesmo se apresenta, constitucionalmente, parametrizada, por critérios, muito constrictos, de proporcionalidade (art. 18º, nº 2 e 3, e art. 17º).

É inaceitável, pois, não apenas financeiramente, mas juridicamente, a afirmação de que existem sempre recursos, ou de que inexistiria uma inerente reserva financeira.

Mais: no domínio fáctico, são suficientemente explicativas as recentes situações de incapacidade de cumprimento de obrigações financeiras externas por parte de alguns dos Estados europeus - entre os quais, Portugal⁸⁹⁴.

III – Sem embargo, a reserva financeira não se esgota num puro juízo de viabilidade, numa estrita ótica de possibilidade.

A reserva financeira compreende, também, critérios de racionalidade e de oportunidade - em linha com a antes identificada reserva absoluta de decisão política⁸⁹⁵.

⁸⁹² No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 52: “a minha posição é (...) a de não admitir este princípio como tese geral e, precisamente porque não dominamos hoje o tempo, assim como o legislador constituinte também não se atreveu, nem se atreveria, hoje, a dominar”; Novais, *Direitos sociais...*, p. 241: “de onde se retiraria a ideia de que os recursos disponíveis será mais amanhã e mais ainda depois de amanhã e assim sucessivamente até ao fim da história? E mesmo que considerando o longo prazo, essa ideia fosse sustentável, por que razão não poderia haver situações momentâneas ou intercalares de crise económica, de dificuldades financeiras extremas ou até de penúria? Por que razão nessas alturas e ao abrigo da referida reserva do financeiramente possível não seria necessário e admissível retroceder ao nível de realização anteriormente proporcionado?”; e Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 170: “a realização dos direitos sociais é necessariamente flexível porque o Estado nem sempre pode garantir determinadas prestações de modo estável. Dizer que que a realização é flexível, significa que poderá haver retrocesso nos direitos sociais”.

⁸⁹³ O Tribunal Constitucional vem “admitindo, desde há muito, a inevitabilidade de intervenções do legislador no sentido do enfraquecimento dos níveis anteriormente concretizados (acórdão 590/2004).”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 159.

⁸⁹⁴ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 115: “na situação comum dos atuais Estados sociais de Direito pode dizer-se (...) que há sempre dinheiro (...). Há sempre dinheiro porque é sempre possível desviar para essa prestação disponibilidades residuais ou inicialmente afetadas a outros fins”.

⁸⁹⁵ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 481: “um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.

De onde, mesmo que o Estado se encontre em condições fácticas de satisfazer a integralidade das pretensões sociais, não está, constitucionalmente, adstrito a fazê-lo⁸⁹⁶.

IV – Essas decisões têm por parâmetro, cumulativamente, apreciações de oportunidade.

Ao Estado, e mais especificamente, ao legislador, preferentemente, nos termos de um expreso mandato popular, incumbe decidir sobre o momento mais adequado à consagração, ao aprofundamento, ou ao aperfeiçoamento dos designados direitos sociais.

Mas, em contrapartida, a esse legislador, e de acordo com um mesmo mandato popular, compete determinar uma possível reversão, compressão, restrição, suspensão, ou, eventualmente, ablação, dos designados direitos sociais⁸⁹⁷.

Mais: sem a suscetibilidade de interferência de qualquer tipo de Tribunais, *maxime*, do Tribunal Constitucional⁸⁹⁸.

V – Acresce que, semelhantes decisões financeiras têm de escorar-se, sempre, em critérios de racionalidade, de proporcionalidade, de custo-benefício, de vantagem-desvantagem.

A que correspondam, sobretudo, opções desenhadas para a globalidade do tecido social e, assim, para a consequente prossecução do interesse público e do interesse nacional.

VI - Finalmente, esta reserva financeira, de viabilidade, de racionalidade e de oportunidade, consequência, agora em definitivo, o afastamento da invocada condignatariedade jusfundamental, supostamente assente na dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a verificar-se esta última, inexistiria qualquer limite da reserva do possível.

⁸⁹⁶ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, pp. 149 e 134: “dever que é imposto ao Estado de realização eventualmente diferida no tempo”; “dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de preceitos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado”; e *Direitos sociais...*, p. 113: “a responsabilidade de Moçambique por não garantir a todos os seus cidadãos o direito a um mínimo vital é completamente diversa da que a Alemanha teria se não o fizesse”.

⁸⁹⁷ Em sentido diverso, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 442: “são rigorosamente direitos sob reserva (condição) de lei, ainda que o legislador possa ser responsabilizado pelo não ‘prevenir’, ‘ordenar’, ‘criar’ ou ‘promover’ a realização do direito, a medida da apropriação jurídica do direito só se determina na lei, pois que a própria estrutura da norma é essencialmente impositiva da ação legislativa e não essencialmente proibitiva dessa atuação”.

⁸⁹⁸ No mesmo sentido, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1121: “a ‘reserva do possível’ exprime o reconhecimento de uma liberdade de conformação do legislador em matéria de política orçamental, não devendo ser configurada como um instrumento que permite aos Tribunais discutir essas mesmas opções”.

O impossível teria de revelar-se sempre possível, independentemente da sua viabilidade e, por maioria de razão, da afirmação de qualquer tipo de racionalidade ou oportunidade.

Traduzindo-se, por uma outra via, paralela, em nova tentativa de unificação, principiológica e regimental, dos direitos de liberdade e dos designados direitos sociais⁸⁹⁹.

8.3.1.1.3.4.3. ESTADO SOCIAL ENQUANTO ESTADO VIRTUAL

I – O último corolário do entendimento dos designados direitos sociais enquanto expectativas fácticas é a caracterização como meramente virtual do auto-proclamado Estado social.

II – Efetivamente, na caracterização do Estado português, a Constituição utiliza a locução expressiva Estado de Direito (art. 2º).

E, atentos os princípios e o regime definidos para os direitos pessoais, a existência desse Estado de Direito vincula o próprio Estado.

Logo, este não pode ser, senão, um Estado de Direito.

III - Igualmente, na caracterização do Estado pátrio, a Constituição usa a expressão Estado democrático (art. 2º).

E, de acordo com os princípios e as regras regimentais estabelecidos para os direitos políticos, a existência de um Estado democrático obriga, igualmente, tal Estado.

Que terá de se erigir, assim, em Estado democrático.

IV - Em contrapartida, a Constituição de abril não se refere, expressamente, a um Estado social (art. 2º, *a contrario*).

Limitando-se, diferentemente, à alusão, vaga, a uma sociedade justa e solidária (art. 1º).

Ou, a uma, ainda menos caracterizada, democracia económica, social e cultural (art. 2º).

Mais: a Constituição não poderia fazê-lo, considerada a natureza estritamente legal e, sobretudo, rigidamente contingente, dos designados direitos sociais.

⁸⁹⁹ Em sentido oposto, Brito, Miguel Nogueira de, *O ordenamento constitucional português...*, p. 1122: “a associação entre o direito ao mínimo de existência e a dignidade da pessoa humana significa também a dissociação entre aquele direito e a ‘reserva do possível’”.

Perfilando-se tais direitos como livre opção do legislador ordinário, o Estado social resulta, igualmente, de uma livre decisão de tal legislador ordinário⁹⁰⁰.

Nesses termos, a socialidade - ou o socialismo - não se afirma como característica necessária do Estado português, mas, tão-somente, como característica virtual⁹⁰¹.

V - Numa ótica democrática, aliás, apenas uma de duas soluções se apresenta exequível.

Ou, o acréscimo do poder decisório do Soberano, com recurso, designadamente, a um referendo frequente, a uma eleição com adstritiva indexação programática e, desejavelmente, ao instituto da revogação do mandato político - o nomenclado *recall*⁹⁰².

Ou, definitivamente, a ablação completa desse - pretense - Estado constitucional social⁹⁰³.

8.3.1.1.3.5. OBSERVAÇÕES TEORÉTICO-VALORATIVAS

A problemática atinente aos direitos de liberdade e aos designados direitos sociais, aos direitos, liberdades e garantias, e aos direitos económicos, sociais e culturais, justifica, ainda, complementarmente, um conjunto de observações de ordem teórico-valorativa.

8.3.1.1.3.5.1. LIBERDADE E SOLIDARIEDADE

I - Os direitos, liberdades e garantias inserem-se, no que tange ao respetivo núcleo essencial, entre os direitos de liberdade⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 519: “o princípio do Estado social pode ser retirado do art. 2º da CRP (...); todas as obrigações prestacionais do Estado em matéria de direitos sociais, enunciadas no Título III da Parte I, constituem uma irradiação concretizadora desse princípio”.

⁹⁰¹ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 224: “cabe perguntar pelo sentido da existência de um catálogo detalhado de direitos económicos, sociais e culturais. O sentido é, antes de mais, político”.

⁹⁰² “Não existe um Estado social, mas esquemas diversos de realização da socialidade estatal”; assim, Canotilho, *Sobre os fundamentos...*, p. 39.

⁹⁰³ Em sentido diverso, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 131: “o Estado-Providência, incapaz de responder às exigências contraditórias de uma sociedade que, por um lado, pretende um elevado nível de bem-estar e de segurança contra os novos perigos, mas que impõe, ao mesmo tempo, em nome da eficiência, uma sujeição à lógica de mercado das atividades e serviços de interesse geral e uma privatização das formas de atuação estadual”.

⁹⁰⁴ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 161 e 135: “o núcleo de fundamentação dos direitos é a ideia de liberdade”; “a liberdade é uma condição imprescindível para a ação, permitindo a cada indivíduo alcançar os objetivos e fins morais que prossiga e que são expressão da dignidade da pessoa humana”; e

Direitos que se traduzem numa livre determinação individual, comissiva e omissiva⁹⁰⁵, numa ausência de constrangimentos, por parte do Estado e dos remanescentes indivíduos. E que são apenas limitados pela natureza e pelo Direito a essa natureza correspondente⁹⁰⁶.

II - Em confronto, os designados direitos económicos, sociais e culturais, revelam-se, quase-unanimemente, direitos de solidariedade.

Consubstanciando-se numa ideia de redistribuição dos bens sociais existentes⁹⁰⁷, quer públicos, quer privados⁹⁰⁸, visando, alegadamente, uma maior coesão social⁹⁰⁹.

E que têm subjacente a imposição, a outros sujeitos, de verdadeiros deveres.

É, assim, de rejeitar, liminarmente, a afirmação da existência de uma qualquer ideia de liberdade, não frente ao Estado, mas, alegadamente, através desse mesmo Estado⁹¹⁰.

8.3.1.1.3.5.2. IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

I - Os direitos de liberdade erguem-se enquanto direitos de - efetiva - igualdade formal.

Os designados direitos sociais recortam-se como direitos de - virtual - igualdade real⁹¹¹.

Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 50: “os direitos, liberdades e garantias são expressão de liberdade, têm por fim a liberdade e se realizam na liberdade”.

⁹⁰⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 155: “as liberdades de atuação incluem (...) também, em princípio, a liberdade de não agir, que é, muitas vezes, tão importante como o poder de agir”.

⁹⁰⁶ Em sentido próximo, Locke, *op. cit.*, p. 51: “a liberdade natural de um homem consiste em não estar submetido, na terra, à vontade ou à autoridade legislativa de outros homens, não seguindo outra regra para além daquela que lhe prescreve a lei da natureza”.

⁹⁰⁷ “Tarefa de distribuição/redistribuição dos bens sociais entre: (1) classes e estratos das populações; (2) entre Nações; (3); entre gerações”, assim, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 480.

⁹⁰⁸ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 139: solidariedade vertical e solidariedade horizontal”.

⁹⁰⁹ “O termo solidariedade tem as suas raízes no étimo latino *solidarium*, que vem de *solidum*, *soldum* (inteiro, compacto)”, assim, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 133.

⁹¹⁰ Em sentido contrário, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 24 e 25: “liberdade face ao Estado (*liberty from government*)” e “liberdade através do Estado (*liberty through government*)”.

⁹¹¹ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 114: “nos direitos sociais, a igualdade alcança-se no ponto de chegada, enquanto nos liberais (...) a igualdade existe no ponto de partida”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 45 e 64: “os direitos, liberdades e garantias articulam-se de forma privilegiada com os princípios da liberdade, da igualdade formal e do Estado de Direito, ao passo que os direitos económicos, sociais e culturais se articulam preferencialmente com os princípios da solidariedade, da igualdade material

II - Mas, se a igualdade emerge como característica comum, é notória a diferença entre, de um lado, tratar os indivíduos igualmente e, de outro lado, pretender torná-los iguais⁹¹².

Esses indivíduos não são iguais, nem passarão a sê-lo, por serem desigualmente tratados.

Pelo contrário, o tratamento desigual gera, tipicamente, uma ainda maior desigualdade.

Sobretudo, quando dessa aceção de igualdade social decorre a atribuição, a indivíduos selecionados, de direitos exclusivos e diferenciados dos de todos os remanescentes indivíduos⁹¹³.

Mais: quando da demanda igualitária social resulta, simetricamente, a oneração destes últimos com os inerentes, diferenciados e, múltiplas vezes, exclusivos, deveres.

8.3.1.1.3.5.3. AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA

I - Os direitos de liberdade são direitos de autonomia, são direitos de não-dependência⁹¹⁴.

Direitos de autonomia pessoal e de autonomia política, face ao Estado e aos restantes indivíduos.

Mesmo se, a circunstância de emergirem como direitos de autonomia, não implica que a liberdade assuma natureza absoluta ou, sequer, incondicionada.

e do bem-estar”; “apresentam-se como elementos estruturantes materiais relativos a direitos, liberdade e garantias a liberdade (seja nas vestes de liberdade-autonomia, de liberdade participação ou de liberdade-laboral) e a igualdade formal (...); quando relativos a direitos económicos, sociais e culturais, a igualdade material e a solidariedade”.

⁹¹² No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 111: “para produzir o mesmo resultado para diferentes pessoas é necessário tratá-las de forma diferente. Dar a diferentes pessoas as mesmas oportunidades objetivas não é dar-lhe a mesma hipótese subjetiva”.

⁹¹³ Em sentido diverso, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 178 e 179: “por razões de solidariedade, o princípio da igualdade não sofreria se fossem tomadas medidas discriminatórias a favor dos mais débeis”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 131: “quanto aos direitos sociais a prestações de certas categorias de indivíduos (...), ainda aqui os Direitos Fundamentais pretendem ser direitos de igualdade (...), de igualdade material, que exige a consideração da realidade em que as pessoas se movem e conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 220: “esses direitos parecem ter por objetivo imediato a igualdade real, através do estabelecimento das compensações e das diferenciações adequadas e possíveis para responder a essas desigualdades de partida”.

⁹¹⁴ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 60: “a formulação liberal dos direitos circunscreve-os àqueles que supõem uma não interferência na livre autonomia da vontade individual”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 51: “são liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função”.

De facto, se inexistente responsabilidade sem prévia liberdade, inexistente, também, liberdade sem a consequente responsabilidade⁹¹⁵.

II - Os designados direitos sociais, ao invés, são direitos de dependência, são direitos de não autonomia.

Direitos de dependência, direta, face ao Estado, e direitos de dependência, reflexa, frente à comunidade dos indivíduos, já que a respetiva previsão implica, sempre, um condicionamento, ou, no limite, uma ablação, do direito de propriedade.

São direitos decorrentes, não da liberdade⁹¹⁶, mas, em exclusivo, da solidariedade.

E, sobretudo, são direitos dos quais se encontra ausente a ideia de responsabilidade.

8.3.1.1.3.5.4. JUSTIÇA E INJUSTIÇA

I - Os direitos de liberdade realizam, idealmente, justiça, os direitos sociais implicam, necessariamente, injustiça.

Os direitos de liberdade promovem a vontade, o esforço, o trabalho, o mérito, o risco, e a responsabilidade, diferenciando cada indivíduo dos remanescentes.

Inversamente, os direitos sociais dirigem-se à satisfação de necessidades, necessidades que, na sua essência, são similares para a generalidade dos homens⁹¹⁷.

⁹¹⁵ No mesmo sentido, García; Romani, *op. cit.*, p. 518: “assiste-se à redescoberta e acentuação do conceito de responsabilidade em estrita conexão com a liberdade pessoal e o poder político, conceito por muitos considerado a chave do Estado de justiça moderno (...): a liberdade de cada um, por se alicerçar numa responsabilidade mais funda, volve-se de poder em dever e, reciprocamente, o poder político restringe-se pelo exercício das liberdades individuais”; Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 120 e 249: “os Direitos Fundamentais não podem deixar de ter por suporte uma liberdade responsável”. “Ao princípio da liberdade (ou da autonomia do indivíduo) não corresponde uma emancipação absoluta ou anárquica, mas uma liberdade acompanhada da correspondente responsabilidade social ou comunitária”.

⁹¹⁶ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 119: “todos os direitos estão ao serviço ou são função da liberdade”.

⁹¹⁷ Em sentido próximo, Waldron, *op. cit.*, p. 86: “a estrutura básica da sociedade rawlsniana não é adequada a garantir a integridade do direito de propriedade. É sim ajustada a respeitar as necessidades elementares das pessoas visando (...) a sua sobrevivência básica; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 186: “os homens podem ser mais iguais relativamente à quantidade e à qualidade das necessidades do que à quantidade ou qualidade demonstrada nesta ou naquela atividade ou trabalho”. “Entre os critérios para valorar materialmente (...) o mais adequado é o das necessidades básicas (...) frente a critérios como o da capacidade, mérito e trabalho, que dependem menos do sujeito e que são de mais difícil generalização”.

II - Nenhuma justiça se vislumbra na partilha forçada, na generosidade involuntária, ou na tirania solidária⁹¹⁸.

Nenhuma justiça se enxerga numa repartição da propriedade - potencialmente, ilimitada⁹¹⁹ - com indivíduos que não pretendem repartir com os outros indivíduos a vontade, o esforço, o trabalho, o mérito, o risco, ou a responsabilidade, mas, tão-só, coletivizar as vantagens deles decorrentes⁹²⁰.

III – É mister, contudo, distinguir, muito claramente, entre dois tipos de circunstâncias.

De um lado, aquelas em que o indivíduo, por razões que lhe são exclusivamente alheias, ou, até, que lhe são prevalecentemente alheias, não detém as condições necessárias para aceder aos bens sociais.

E, de outro lado, aquelas em que esse indivíduo, voluntariamente, em razão das suas opções por diferentes valores, ou por distintos interesses, não se coloca, ele próprio, em situação de beneficiar de tais bens sociais⁹²¹.

8.3.1.1.3.5.5. NEUTRALIDADE E IDEOLOGIA

I - Os direitos de liberdade conformam-se, estruturalmente⁹²², enquanto direitos neutrais.

Significando, de uma parte, liberdade pessoal e, de outra, não intervenção do poder⁹²³.

⁹¹⁸ Em sentido oposto, Bonavides, *op. cit.*, p. 108: “Estado social é, na substância, a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça liberdade e segurança”.

⁹¹⁹ No mesmo sentido, Waldron, *op. cit.*, p. 82: “a ideia de que o direito de uma pessoa para usar ou receber recursos pode ser baseado na necessidade, e não na relação de propriedade entre a pessoa e essa coisa, coloca uma ameaça sobre a compreensão convencional da propriedade. A propriedade nunca estará segura se ela puder ser questionada nesta base”.

⁹²⁰ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 186: os direitos sociais “facilitam o esforço de cada um tornando-o possível, mas sem o substituir”.

⁹²¹ “Adam Smith explica como se dá a acumulação primitiva do capital (...): sendo todos os homens iguais, acumulam e enriquecem os que são trabalhadores (industriosos), poupados (parcimoniosos) e inteligentes; estão condenados a ser pobres os que são preguiçosos, perdulários e incapazes (pouco inteligentes)”; assim, Nunes, *op. cit.*, p. 42.

⁹²² Em sentido próximo, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 89: “esta concepção não exclui (...) o reconhecimento dos fins sociais, ou melhor, da coincidência de fins individuais que torna aconselhável aos homens que combinem a sua demanda. Mas limita essa ação comum aos casos em que as concepções individuais coincidem (...). A ação comum está assim restringida aos domínios em que as pessoas estão de acordo quanto aos fins comuns”.

⁹²³ No mesmo sentido, Kymlicka, *Liberal individualism...*, p. 883: “um aspeto distintivo da teoria contemporânea liberal é a sua ênfase na ‘neutralidade’ - a visão de que o Estado não deve premiar ou

São direitos nos quais a ideologia, inegável, assume um carácter minimalista e universalista, pela razão, elementar, de que emerge - na essência - da natureza e da razão humanas.

São direitos, também, que, não obstante a positivação e tipificação, se traduzem na definição de um mero ordenamento-quadro, de uma simples Constituição-quadro⁹²⁴.

De uma Constituição de todos, e para todos, os cidadãos, de uma Constituição neutral⁹²⁵.

II – Pelo contrário, os designados direitos sociais⁹²⁶ apresentam-se como direitos - melhor, expetativas fácticas - intrinsecamente ideológicos, traduzindo puras escolhas políticas⁹²⁷.

Direitos que adstringem uma parte dos membros da comunidade, não raramente maioritária, a opções verdadeiramente ofensivas da sua liberdade de consciência, e contrárias às respetivas convicções políticas⁹²⁸.

Direitos dependentes de uma atuação do poder e compressores da liberdade individual⁹²⁹

Direitos que exigem parcialidade daquele poder, beneficiando uma parte - frequentemente, minoritária - dos indivíduos que integram a comunidade.

penalizar concepções particulares da ‘boa vida’, mas, antes, deve fornecer um quadro neutral dentro do qual diferentes e potencialmente conflituantes concepções do bem podem ser prosseguidas”.

⁹²⁴ Em sentido próximo, Morais, *Curso...*, p. 130: “um Estado (...) agnóstico quanto aos seus fins”.

⁹²⁵ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 9 e 10: “Alexy introduz (...) em sede de delimitação jurídico-funcional dos Direitos Fundamentais, a distinção entre os dois conceitos de ‘Constituição’: a Constituição como ‘ordem quadro’ e como ‘ordem fundamental’”; “o conceito de constituição como ordem quadro transformou-se numa bandeira comum dos mais diversos opositores da ideia de otimização. Traduz-se, numa palavra, numa ‘redução liberal’ e ‘material geral’ do conceito de Constituição. Nesta aceção os Direitos Fundamentais quedariam reduzidos a um ‘padrão’ ou ‘standard mínimo’”.

⁹²⁶ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 48: “filosofia que podemos qualificar globalmente de socializante”; e Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 26 e 133: “o modelo socialista de Direitos Fundamentais é o último no tempo”; “direitos de raiz socialista (económicos, sociais e culturais)”.

⁹²⁷ Em sentido próximo, Andrade, *O ‘direito ao mínimo de existência condigna’...*, p. 26: “se uma concepção aberta da Constituição também pode ser acusada de ideológica, por ser liberal, tem, pelo menos, a vantagem de integrar várias concretizações político-legislativas, incluindo a socialista, ao passo que, uma concepção socialista se julga autorizada a não admitir uma leitura mais liberal”.

⁹²⁸ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 327: “o reconhecimento de uma natureza própria de direito e não de mera liberalidade ou concessão livremente decidida por quem ocupar conjuntamente o poder, exclui justificações de omissão de ajuda estatal aos mais carenciados, fundadas em preconceito ideológico contra os direitos sociais, mesmo quando a justificação provém do governo democrático e esse governo viu o seu programa eleitoral sufragado pela maioria”.

⁹²⁹ “O que nos foi prometido como caminho para a liberdade era, na verdade, o caminho para a servidão”, assim, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 52.

Pior: se os designados direitos sociais, alega-se, se apresentam como mandatos de otimização, não seria desajustado esclarecer que tipo de otimização incidirá sobre aqueles que são, exclusivamente, privados do seu direito - pessoal e de origem natural - de propriedade⁹³⁰.

III – Assim, estas realidades sociais só devem conhecer existência se, em certo momento histórico, uma maioria política, socialista, por via ordinária, as entender implementar.

E apenas deverão permanecer enquanto outra maioria política, de sinal não-socialista, liberal, não entender suprimi-los⁹³¹.

Fenomenologia esta que responde pela designação de democracia^{932 933}.

8.3.1.1.3.5.6. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE E OS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS

I – Os direitos de liberdade e os designados direitos sociais não se perfilam, apenas, distintos, nem se desenham, tão-pouco, complementares⁹³⁴.

Excluem-se, reciprocamente, em razão de um conflito, insanável, entre liberalismo e socialismo⁹³⁵.

⁹³⁰ Os direitos sociais “configuram-se, na terminologia de Bockenforde, como ‘normas objetivas de princípios que correspondem a mandatos de otimização’; assim, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 85.

⁹³¹ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 95: “não é legítimo (...) averbar a crédito da concepção socialista, confundida com a marxista-leninista, os aspetos socializantes que (...) constituem hoje igualmente o património das novas concepções liberais”.

⁹³² No mesmo sentido, Andrade, *O ‘direito ao mínimo de existência condigna’...*, p. 23: “estranha-se (...) o argumento (...) que, de algum modo, diaboliza, neste domínio, as diferenças de opinião política, decorrentes da variação conjuntural das maiorias de governo - é essa diferença que deve ser assegurada num regime democrático e que justifica as eleições periódicas”.

⁹³³ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 327: “o reconhecimento de uma natureza própria de direito e não de mera liberalidade ou concessão livremente decidida por quem ocupar conjuntamente o poder, exclui justificações ou de omissão de ajuda estatal aos mais carenciados fundadas em preconceito ideológico contra os direitos sociais, mesmo quando a justificação provém do governo democrático e esse governo viu o seu programa eleitoral sufragado pela maioria. Os direitos sociais existem e valem numa dada ordem jurídica, não porque o Governo concorde ou a maioria no poder assim o entenda, mas porque a Constituição o impõe”.

⁹³⁴ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 11: “a democracia será o ponto de encontro do liberalismo e do socialismo”.

⁹³⁵ No mesmo sentido, Waldron, *op. cit.*, p. 82: “ou pessoas específicas têm direitos de propriedade sobre bens específicos, caso no qual os outros não podem ter direitos sociais (...), ou as pessoas em geral detém

Na verdade, a emergência do socialismo consubstancia uma rutura com o liberalismo⁹³⁶.

Traduzindo-se numa involução deste⁹³⁷, e afirmando-se, até, mais próximo do antigo Estado absoluto, do que de um moderno Estado constitucional de Direito democrático⁹³⁸.

Na doutrina jusfundamentalista, aliás, divisam-se somente, em rigor, duas escolas, a dos autores pró-liberdade e pró-propriedade, e a dos pró-socialização e pró-tributação⁹³⁹.

II – Efetivamente, o liberalismo é individualista, assenta numa comunidade natural, funda-se na contratualização.

Pressupõe a liberdade de todos os homens, postula um tratamento igual de todos esses homens.

É sinalagmático, porque todos os homens extraem vantagens e são sujeitos a obrigações.

direitos sociais (...) e os outros não podem ter direitos de propriedade usados para resistir às necessidades desses direitos sociais”; Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 245: “não se pode conciliar a liberdade individual com a supremacia de um só propósito a que toda a sociedade tem de estar subordinada permanentemente”; e Friedman, *op. cit.*, p. 180: “a igualdade de resultados entra claramente em conflito com a liberdade. A tentativa de a promover tem sido a principal fonte de um controlo cada vez maior e de restrições impostas pelo governo à nossa liberdade”.

⁹³⁶ Nesse sentido, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 101: “o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fraternidade’ e ‘solidariedade’, numa palavra, a realização dos Direitos Fundamentais sociais como ‘deveres público-estaduais’”.

⁹³⁷ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 307: “num contexto jurídico-constitucional em que, ultrapassada a visão liberista, a liberdade individual está associada à solidariedade cívica e a uma ética de responsabilidade comunitária (...) percebe-se que o primado da liberdade e o consequente princípio da disponibilidade dos Direitos Fundamentais dependam de algumas condições e determinados limites”; e *Algumas reflexões...*, p. 141: “a solidariedade tem de assentar num conceito adequado de direitos sociais, que não esteja preso a uma ideologia estatista de securitismo social, no quadro de um sistema aberto às escolhas democráticas e capaz de assegurar de forma efetiva uma existência condigna a todos os cidadãos”.

⁹³⁸ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 385: “a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material humanamente digno, passou a fazer parte do património da humanidade”.

⁹³⁹ No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 239: “não há outra alternativa: ou a ordem governada pela disciplina impessoal do mercado, ou a ordem dirigida pela vontade umas quantas pessoas”; e Rosas, *op. cit.*, pp. VIII e XIV: “debate entre liberais-igualitários (ou sociais-democratas) (...) e libertaristas (ou neo-liberais)”. “Rawls tinha apresentado uma defesa neocontratualista e altamente sofisticada da justiça social, implicando uma visão alargada da igualdade de oportunidades e da distribuição do rendimento e da riqueza”. “Para Nozick o distributivismo rawliano trata os mais favorecidos instrumentalmente, obrigando-os a contribuir para a melhoria da situação dos mais desfavorecidos. Ao fazê-lo, a teoria de Rawls acaba, segundo Nozick, por revelar o seu carácter teleológico, e por não respeitar suficientemente os indivíduos e a sua autopropriedade”.

E o modelo de Estado que lhe corresponde é, ou de um Estado mínimo, ou de um Estado ultra-mínimo.

III - Opostamente, o socialismo é comunitarista, assenta numa sociedade artificial, funda-se na imposição.

Pressupõe a liberdade de alguns homens e a negação dessa liberdade a outros homens, postula a necessidade de um tratamento incontornavelmente desigual entre esses homens.

É unilateral, porque parte tem apenas deveres e outra parte conhece apenas vinculações.

E o tipo de Estado que lhe corresponde é, ou o de um Estado médio, ou o de um Estado máximo.

IV – Os designados direitos sociais, ao invés dos direitos de liberdade, não são, sequer, direitos individuais, não são, tão-pouco, direitos frente ao Estado, ou face à sociedade.

São direitos da sociedade e, instrumentalmente, do Estado, sobre o próprio indivíduo⁹⁴⁰.

São direitos de corporações sobre outras corporações e de corporações sobre indivíduos.

São os direitos de alguns dos indivíduos sobre os direitos de todos os outros indivíduos⁹⁴¹.

São direitos de alguns indivíduos, arbitrariamente escolhidos pelo Estado, e de entre eles, usualmente, os piores⁹⁴².

São direitos - quando previstos legalmente - para alguns indivíduos e, para todos os remanescentes, deveres^{943 944}.

⁹⁴⁰ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 47: “os direitos sociais apresentam, não diferentemente do que ocorre com os direitos de liberdade, uma vocação de titularização individualizada ou individualizável”.

⁹⁴¹ Em sentido próximo, Canotilho, *Sobre os fundamentos...*, p. 39: “porquê responsabilizar cada indivíduo pela qualidade de vida dos seus concidadãos?”.

⁹⁴² No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, pp. 173 e 174: “há três razões principais que explicam por que razão um grupo tão numeroso e tão forte, e com ideias razoavelmente homogêneas, dificilmente seria formado pelos melhores elementos de uma sociedade, mas pelos piores”: “para descobrir um alto grau de uniformidade e semelhante perspectiva, há que descer à baixa moral e a padrões intelectuais onde prevalecem os gostos e instintos mais primitivos”; “o apoio dos dóceis e dos crédulos, que não têm convicções próprias sólidas e que estão dispostos a aceitar um sistema de valores que lhes seja matraqueado”; e “é mais fácil as pessoas concordarem com um programa negativo (...) do que colocarem-se de acordo sobre uma tarefa positiva”.

⁹⁴³ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 82: “ao passo que a liberdade é primeiro um direito e só depois um dever, a igualdade é primeiro um dever e só depois um direito”.

⁹⁴⁴ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, p. 311: “uma liberdade-dever orientada para um uso, fins e objetivos constitucionalmente adequados, já que nem o indivíduo se pode desenvolver à margem das instituições a que se encontra vinculado, nem as liberdades se podem exercer sem atender à função social

8.3.1.1.3.5.6.1. EM ESPECIAL, A INCOMPATIBILIDADE DOS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS COM O DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

I - Os designados direitos sociais revelam-se, num plano geral, incompatíveis com os direitos de liberdade.

Porém, o embate assume carácter nodular no que tange ao direito de propriedade privada.

II – Efetivamente, o direito de propriedade privada é um direito de liberdade, um direito natural de liberdade⁹⁴⁵.

É um direito-pressuposto da liberdade, porquanto, sem um mínimo de propriedade inexistente, de todo, liberdade.

É, igualmente, um direito-consequência da liberdade, porquanto esta permite a manutenção, ou extensão, da propriedade.

É, ainda, um direito de defesa, um direito negativo, um direito ao respeito geral por parte das entidades públicas e das entidades privadas⁹⁴⁶.

E é, por fim, no seio dos direitos de liberdade, indubitavelmente, um direito pessoal⁹⁴⁷.

III - Conteudisticamente, o direito *in casu* encerra um largo espectro de faculdades.

dos Direitos Fundamentais”; “a liberdade só tem sentido enquanto liberdade na sociedade, enquanto liberdade normativamente conformada e ordenada; não a liberdade do livre arbítrio individual mas (...) do indivíduo comunitariamente integrado e funcionalmente condicionado”, e *Direitos sociais...*, p. 18: “nova conceção dos Direitos Fundamentais. Mas não do homem abstrato, antes do homem situado (...) com a proclamação do empenhamento do Estado na realização prioritária dos direitos sociais”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 59 e 138: “essa nova dialética de reivindicação e de prestação exprime precisamente a superação do isolamento do homem liberal num quadro constitucional orientado para uma ordem que se pretende mais racional e sobretudo mais solidária e mais justa”. “A conceção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a conceção do Estado-amigo dos Direitos Fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efetiva”.

⁹⁴⁵ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 101 e 102: “o Estado, o poder público, tem o ‘dever positivo’ de criar um sistema de propriedade e controlá-lo. Esses direitos operam através de um ‘sistema de relações jurídicas’ ‘criado’ pelo Estado e não ‘dado’ pela natureza das coisas”.

⁹⁴⁶ Em sentido próximo, Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 504: “a propriedade é uma condição objetiva da autonomia e da realização da pessoa humana, uma afirmação do ser para si, e a sua garantia é igualmente um direito de defesa ou de segurança perante o poder público”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 52: “mais do que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objetiva e uma garantia da liberdade”.

⁹⁴⁷ No mesmo sentido, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 29: “um dos mais básicos e mais elementares do legado liberal”.

Desde a de aceder à propriedade, à de usufruir a propriedade, de transmitir a propriedade, por vida, ou, inclusive, por morte, ou, sobretudo, à de não ser privado de tal propriedade⁹⁴⁸.

E incorporando, ainda, a globalidade dos direitos reais menores tipificados no ordenamento nacional, bem como outros direitos subjetivos de expressão patrimonial⁹⁴⁹.

IV – Na Constituição ora vigente, o direito de propriedade encontra-se, todavia, afastado do catálogo dos direitos de liberdade (art. 62º).

Melhor: encontra-se afastado, intencionalmente, num contexto jurídico-político - o de 1976 - em que a propriedade privada é visionada como forma residual de propriedade⁹⁵⁰.

E, apesar de ser quase-unânime, hoje, o entendimento, quer doutrinário⁹⁵¹, quer jurisprudencial⁹⁵², do direito de propriedade privada enquanto direito de natureza análoga, facto é que, a sua desgradação constitucional e colocação no âmbito dos direitos sociais assume um duplo e, em ambos os casos, muito negativo, significado.

De um lado, porque sugere que o direito de propriedade privada não é um direito de liberdade, pessoal e, desse modo, universal.

Que não é um direito suscetível de titularização pela globalidade dos indivíduos⁹⁵³.

⁹⁴⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 173: “não se percebe por que razão a liberdade de iniciativa privada e o direito de propriedade não se encontram no título dos direitos, liberdades e garantias, ao lado dos outros liberdades e direitos pessoais”; e Pinto; Campos, *op. cit.* p. 504: “pelo menos à garantia da propriedade contra a sua privação, bem como a outras dimensões da propriedade que devam ser consideradas essenciais à realização do ser humano como pessoa, haverá que reconhecer-se natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”.

⁹⁴⁹ No mesmo sentido, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, p. 400: “a propriedade, no sentido constitucional, não se limita ao direito real máximo (nem sequer equivale a direito real (...); propriedade é todo o direito patrimonial privado”.

⁹⁵⁰ No mesmo sentido, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, p. 403: “a deslocação do direito de propriedade para os direitos económicos (art. 62º) foi obviamente intencional, por traduzir muito claramente a ideologia hostil ao direito de propriedade privada que presidiu à elaboração da Constituição”.

⁹⁵¹ Em sentido contrário, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 540: “o direito económico de propriedade”.

⁹⁵² No mesmo sentido, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, pp. 402 e 403: “a jurisprudência do Tribunal Constitucional permanece firme na qualificação do direito de propriedade como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (...) não obstante a indicação contrária dada pela separação sistemática na Constituição”.

⁹⁵³ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 114: “progressiva tomada de consciência de que a propriedade não pode ser pretensão justificada, base ética, de um Direitos Fundamentais, porque não se pode estender a todos, sendo um privilégio, ao carecer de generalidade, não um direito igual de todos os seres humanos”.

De outro lado, porque insinua que o direito de propriedade privada não é um direito frente ao poder, encontrando-se, antes, potencialmente, na disponibilidade instrumental desse poder⁹⁵⁴.

Logo, que é passível de requisição, passível de expropriação, ou, mesmo, passível de confisco⁹⁵⁵, travestindo-se num meio de financiamento dos designados direitos sociais⁹⁵⁶.

V - Acresce que, embora este direito se encontre sediado entre os direitos económicos, sociais e culturais, não se vislumbra qualquer referência, expressa, à sua função social.

E, menos ainda, quaisquer critérios permitindo uma densificação de semelhante função⁹⁵⁷, sem prejuízo, de a mesma poder encontrar vaga ancoragem na definição matricial da República e, em especial, na menção a uma sociedade solidária (art. 1º)⁹⁵⁸.

VI – Em rigor, não é concebível qualquer critério de redistribuição social, qualquer critério objetivamente igualitário ou, em feliz expressão sinónima, qualquer critério justo.

Efetivamente, a sociedade, qualquer sociedade, passada ou presente, é composta por indivíduos, singulares, únicos, irrepetíveis, e, dessa forma, inevitavelmente desiguais⁹⁵⁹.

Apresentando-se, desse modo, inviáveis, em razão da sua antinomia com a natureza humana, quaisquer conceitos de igualitarização ou, inclusive, de justa redistribuição⁹⁶⁰.

⁹⁵⁴ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 572: “dissolução do direito de propriedade, através da vinculação social do seu exercício no próprio direito de propriedade”.

⁹⁵⁵ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 184, citando Hensel: “o Estado-Providência veio a colocar a questão de saber se ele não estava a metamorfosear num Estado proprietário encapuçado por via fiscal, assim se logrando uma socialização a frio”.

⁹⁵⁶ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 60: “os direitos são menos individuais, porque já não são individualistas (...). É o que se passa, por exemplo, com o direito de propriedade, com a liberdade contratual, ou a liberdade de empresa”.

⁹⁵⁷ No mesmo sentido, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, pp. 408 e 409: “não se encontra na Constituição portuguesa qualquer referência à função social da propriedade”. “A omissão é explicável pelo ambiente ideológico em que a Constituição foi elaborada. A propriedade privada era apenas transitoriamente tolerada: não teria sentido reconhecer-lhe qualquer função”. “A omissão tem consequências negativas. Perde-se a base principiológica das limitações finalísticas da propriedade”.

⁹⁵⁸ No mesmo sentido, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, p. 410: “na ausência de declaração expressa sobre a função social, há que recorrer logo ao art. 1º da Constituição, que programa a ‘construção de uma sociedade livre, justa e solidária’”.

⁹⁵⁹ Em sentido próximo, Waldron, *op. cit.*, p. 82: “frequentemente, nas discussões filosóficas sobre bem-estar (...) a questão é apenas a de saber se as pessoas podem ser forçadas a contribuir com a sua própria riqueza para responder às necessidades dos pobres”.

⁹⁶⁰ No mesmo sentido, Mises, *op. cit.*, pp. 104 e 105: “o socialismo não fracassou por causa da resistência ideológica - até hoje, a ideologia dominante é a socialista. Fracassou pela sua inviabilidade. À medida que

A designada redistribuição social assume uma natureza, incontornavelmente, política e ideológica⁹⁶¹ - que espelha, não uma qualquer forma de justiça, mas, mais prosaicamente, as relações de força existentes, em cada momento, entre os distintos grupos sociais⁹⁶².

VII - Por último, os designados direitos sociais não são passíveis de afirmação, nem como deveres constitucionais do Estado, nem como imposições constitucionais ao Estado, nem como vinculações do Estado, pela razão, elementar, de que esse Estado é uma abstração.

São deveres, são imposições, são vinculações, diferentemente, da comunidade dos indivíduos, de cada um dos sujeitos singulares que integram essa mesma comunidade.

São transmissões dos respetivos direitos de propriedade, ou de uma parte relevante desses direitos, operadas pelo Estado, arbitrariamente e, porventura, definitivamente⁹⁶³, para a esfera jurídica de outros indivíduos, em nome de uma presuntiva e vaga justiça social⁹⁶⁴.

Melhor: revelam-se transmissões das quais se encontra ausente, de todo, a ideia de aquiescência, de consentimento⁹⁶⁵ e, por maioria de razão, de consentimento expresso⁹⁶⁶.

se tomava consciência de que, quanto mais distante se ficava da ordem de propriedade privada, mais reduzida ficava a produtividade da mão-de-obra, e conseqüentemente mais aumentava a pobreza e a miséria, tornou-se necessário não só parar a corrida para o socialismo, mas também anular algumas das medidas socialistas já tomadas. Até os soviéticos tiveram de ceder. Não continuaram a socialização da terra: limitaram-se a distribuir as terras à população rural. No comércio interno e externo, substituíram o socialismo puro pela ‘nova política económica’. Entretanto, a ideologia não acompanhou esse recuo. Agarrou-se, obstinadamente, às concepções de décadas atrás e procurou atribuir os fracassos do socialismo a todas as causas possíveis, excetuando a única verdadeira: sua inviabilidade básica”.

⁹⁶¹ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 56: “nesta ponderação, de um lado, colocar-se-ia o interesse que o titular do direito tem na prestação estatal, e do outro, o interesse do Estado em gerir adequadamente os dinheiros públicos, portanto, em última análise, o interesse dos outros particulares contribuintes em pagar o menos possível”.

⁹⁶² Em sentido próximo, Nunes, *op. cit.*, p. 74: “a expressão justiça social não é (...) uma expressão inocente de boa vontade para com os menos afortunados (...), tendo-se transformado numa insinuação desonesta de que se deve concordar com as exigências de alguns interesses específicos que não oferecem para tanto qualquer razão autêntica”.

⁹⁶³ “O Estado deveria assumir a responsabilidade de garantia dos ‘direitos adquiridos’ ou dos ‘standards de vida’ enraizados na comunidade”; assim, Canotilho, *Sobre os fundamentos...*, p. 40.

⁹⁶⁴ No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, p. 251: “não temos o direito de ser altruístas à custa de outrem”.

⁹⁶⁵ Em sentido próximo, Morris, *op. cit.*, pp. 316 e 315: “os Estados (...) restringem a nossa liberdade de numerosas maneiras, Logo, parece justificado que os Estados obtenham, antes, o nosso consentimento”. E, “depois da publicação de *Anarquía, Estado e Utopia*, é muito mais difícil ignorar a questão”.

⁹⁶⁶ No mesmo sentido, Morris, *op. cit.*, p. 316: “o consentimento pode ser explícito (expresso, direto) ou pode ser tácito ou implícito (implicado, indireto). Em contraste, o hipotético consentimento, não é consentimento”.

VIII - Ora, o que os modelos liberais, hodiernos, pretendem é, rigorosamente, o oposto.

É a existência de uma comunidade garantidora da liberdade individual e, conseqüentemente, defensora da propriedade privada que inere à liberdade individual⁹⁶⁷.

Uma comunidade de proprietários e, se possível, um capitalismo de universo generalizado popular, inteiramente diverso do das respectivas origens, classistas, elitistas e burguesas.

8.3.1.1.3.6. CONSIDERAÇÕES DE NATUREZA PRÁTICA

8.3.1.1.3.6.1. DIREITOS DE LIBERDADE

I - A principal objeção, de natureza prática, relativa aos direitos de liberdade, é a de que ficcionam uma igualdade inexistente entre os indivíduos e, tendencialmente, a perpetuam.

As desiguais condições económicas, sociais e culturais de cada um, no momento do respetivo nascimento, determinariam, assim, inexoravelmente, um padrão de vida futuro.

Acontece que, semelhante asserção não é, ou, no mínimo, não é, necessariamente, exata.

De um lado, porque as condições vantajosas não significam, sempre, a respetiva exploração pelo indivíduo, ocorrendo, frequentemente, fenómenos de natureza oposta.

De outro lado, porque as condições desprivilegiadas não implicam, obrigatoriamente, um inferior sucesso individual, nem, menos ainda, a perpetuidade da estratificação social⁹⁶⁸.

II – A segunda objeção essencial é de que a economia e o mercado surgem, em termos efetivos, mais importantes do que os direitos de liberdade e do que os próprios indivíduos.

⁹⁶⁷ No mesmo sentido, Hayek, *O caminho para a servidão*, pp. 112 e 138: “a propriedade privada não é um privilégio. Considerar como tal a propriedade privada, que todos podem adquirir ao abrigo das mesmas regras, porque só alguns a conseguem adquirir, é destituir a palavra privilégio do seu significado”. “O sistema de propriedade privada é a mais importante garantia não só dos que a possuem, mas também dos que a não possuem. É por o controlo dos meios de produção estar dividido por tantas pessoas que agem de modo independente que ninguém tem pleno controlo sobre nós”.

⁹⁶⁸ Em sentido próximo, Friedman, *op. cit.*, pp. 202 e 203: “liberdade significa diversidade, mas também significa mobilidade. É garante da oportunidade de os desfavorecidos de hoje se tornarem nos privilegiados de amanhã”.

Gerando, em consequência, situações não apenas de injustiça grave, ou de injustiça muito grave, mas, no limite, situações de verdadeira indignidade da pessoa humana⁹⁶⁹.

Porém, conhecem-se múltiplos remédios jurídicos, em ordem a prevenir, ou a reprimir, semelhantes abusos de direito, designadamente, em sede de restrição ou de colisão, sem que qualquer deles implique a consagração dos designados direitos sociais.

Se bem que, em última instância, a justiça seja o que que for, em cada momento histórico, e em cada sociedade específica, não o Direito, mas, sobretudo, o coração dos homens⁹⁷⁰.

8.3.1.1.3.6.2. DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS

I - Se, com a afirmação dos designados direitos sociais se pretenderia a superação da igualdade formal, em benefício de uma igualdade - ou, de uma maior igualdade - material, afigura-se indispensável examinar, precisamente, o respetivo modo de implementação.

Sob pena de a alegada igualdade material, proporcionada pelos direitos sociais, se revelar, afinal, uma mera abstração teórica, surgindo, ela própria, como estrita igualdade formal.

II – Ora, o exame dessa prática revela que, os designados direitos sociais se apresentam, hodiernamente, como um mero pretexto para a existência de um Estado máximo - o suposto Estado social - essencialmente, anti-democrático, corporativista e burocratizado.

8.3.1.1.3.6.2.1. DÉFICE DEMOCRÁTICO

Na prática, o exponencial aumento das funções do Estado, induzido pelos designados direitos sociais, não encontra correspondência na democraticidade funcional desse Estado.

⁹⁶⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 57: “a liberdade individual e a concorrência económica não tinha conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes - designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade”.

⁹⁷⁰ Em sentido próximo, Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 529: “o principal mérito do individualismo que Adam Smith e os seus contemporâneos advogavam é que se tratava do sistema no qual os homens maus podem provocar menores danos. É um sistema social que não depende para o seu funcionamento nem da nossa capacidade de encontrar homens bons para o pôr em curso, nem de que todos os homens se tornem melhores do que são atualmente, mas que recorre aos homens em toda a sua diversidade e com todas as suas complexidades, umas vezes bons, outras vezes maus, umas vezes inteligentes, mais frequentemente estúpidos”.

Em primeiro lugar, atenta a vacuidade dos programas eleitorais partidários, mormente, em sede de implementação, ordenação e priorização de semelhantes direitos.

Em segundo lugar, considerado o atual mecanismo de formação de maiorias políticas eleitorais, insuscetíveis, pela heterogeneidade programática, de prosseguirem o interesse público geral⁹⁷¹ ou, por maioria de razão, o interesse nacional.

Em terceiro lugar, observada a discricionariedade - ou, inclusivamente, o arbítrio - e, outrossim, a elevada opacidade dos supervenientes critérios de decisão política.

Em quarto lugar, registada a carência de mecanismos democráticos e populares de responsabilização jurídico-política, a começar pela menorização do referendo e a terminar na imprevisão do instituto da revogação do mandato político.

8.3.1.1.3.6.2.2. CORPORATIVISMO

I - Na prática, os designados direitos sociais apresentam-se como imposições corporativas, nunca como direitos de solidariedade para com os mais carenciados⁹⁷².

Mormente, porque estes, ou desconhecem a sua existência, ou não reúnem as condições para os reivindicar ou, em caso de violação efetiva, não detém os meios para reagir⁹⁷³.

⁹⁷¹ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 385: “uma coligação de minorias especiais. A maneira de se ser eleito para o Congresso é reunir grupos de, digamos, 2% ou 3% dos seus eleitores, cada um dos quais está fortemente interessado numa questão especial que dificilmente interessa aos restantes eleitores. Cada grupo estará disposto a votar no candidato se ele prometer apoiar o seu interesse sem querer saber do que fará quanto aos outros. Se se reunirem suficientes grupos destes, ter-se-á uma maioria de 51%. É esta espécie de conluio que governa o país”.

⁹⁷² No mesmo sentido, Nozick, *op. cit.*, p. 329: “a classe média é o maior beneficiário líquido (não os pobres)”; e Peces-Barba, *op. cit.*, p. 210: “servem para manter a desigualdade e atuam para aqueles beneficiários que não necessitam realmente”.

⁹⁷³ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 100 e 127: o Estado “já não assegura a sua função de proteção dos mais desfavorecidos (antes reforça os privilégios dos mais informados e dos melhor instalados na sociedade)”. “Acabam por beneficiar as elites mais ágeis e aguerridas ou com mais capacidade de *lobbying* em detrimento dos mais desfavorecidos”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 27: “quem (...) beneficia da redistribuição dos fundos públicos assim operada é antes uma camada social instruída, organizada sindicalmente ou economicamente mais forte (...) que pode pagar uma justiça que não está ao alcance de todos”.

II - Os sindicatos são uma das corporações que mais contribuem para a obliteração dos designados direitos sociais, substituindo a presuntiva justiça social por uma mera justiça sindical⁹⁷⁴.

Afirmando a defesa global dos trabalhadores, mas tratando de uma forma desigual, e constitucionalmente discriminadora, o segmento maioritário desses trabalhadores.

Designadamente, privilegiando os do sector público em detrimento dos do sector privado, beneficiando os manuais em prejuízo dos intelectuais, e priorizando os estáveis em desfavor dos precários.

Ademais, num quadro de detenção jurídica exclusiva do direito, supostamente, individual, de greve, com a inerente negação do seu exercício aos originários titulares⁹⁷⁵.

8.3.1.1.3.6.2.3. BUROCRACIA

I - Na prática, os designados direitos sociais conduzem ao crescimento exponencial de uma burocracia⁹⁷⁶ usurpadora, auto-referencial, pesada, ineficaz e permeável à corrupção.

II - A extensão e a complexidade técnica das ações a desenvolver pelo Estado, em ordem à implementação dos designados direitos sociais, transporta duas óbvias consequências.

Em primeiro lugar, gera um aumento - da extensão e da indispensabilidade - da burocracia, *tout court*, nunca anteriormente conhecido em sociedades humanas⁹⁷⁷.

Em segundo lugar, desvaloriza a função política em favor de uma função administrativa não democraticamente legitimada, ou, mesmo, progressivamente menos legitimada⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 197: “os sindicatos, que declaram representar os trabalhadores mais explorados, na realidade constituem os trabalhadores mais bem pagos do país - os aristocratas do movimento operário”.

⁹⁷⁵ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 112 e 111: “exclusividade conferida às associações sindicais para decidirem a decretação da greve (...), assim expropriando desses direitos - em termos, aliás, inconstitucionais - os próprios trabalhadores não sindicalizados”. “Monopólios jusfundamentais constitucional ou legalmente estabelecidos a favor de certas organizações coletivas em que se assiste a uma verdadeira usurpação de direitos por parte de tais organizações”.

⁹⁷⁶ No mesmo sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A vinculação...*, p. 264: “crescimento ‘tentacular’ do Estado, associado a uma grande dose de ineficiência económica e a uma asfixiante burocracia”.

⁹⁷⁷ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 378: “os burocratas não usurparam o poder. (...) O poder foi-lhes dado. É simplesmente impossível conduzir atividades governamentais complexas de qualquer outro modo que não seja a delegação”.

⁹⁷⁸ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 115, 116 e 117: “intermediação da lei tem vindo (...) a ser substituída por uma certa interposição burocrática, consubstanciada na frequente intervenção

Sobretudo, porque cada vez menos hierarquizada, a partir do Governo, e mais dependente de comissões, grupos de missão, grupos de trabalho, grupos de reflexão e observatórios.

III – Acresce que, a aludida burocracia assume, rapidamente, natureza auto-referencial⁹⁷⁹, procedendo à transformação de um presuntivo Estado social num real Estado clientelar.

Um Estado no qual o foco passa a ser o funcionalismo, e não os direitos sociais que este implementaria⁹⁸⁰, nem, tão-pouco, os indivíduos, que seriam os respetivos destinatários.

Ademais, uma burocracia, múltiplas vezes, em frontal colisão com os interesses, com as opiniões, ou mesmo, com a sensibilidade, de uma ampla maioria social e eleitoral⁹⁸¹.

IV – Finalmente, quanto mais extensas surgem as áreas económicas nas quais o Estado intervém, e quanto maiores surgem os orçamentos para o efeito disponíveis, mais lenta e ineficaz se perfila a burocracia, e superior se apresenta a probabilidade de corrupção⁹⁸².

8.3.2. DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA

I - Os Direitos Fundamentais, na Constituição portuguesa, não se esgotam na dicotomia, estrutural, direitos de liberdade e direitos sociais, nem, tão-pouco, no binómio, incaracterístico, direitos, liberdades e garantias, e direitos económicos, sociais e culturais.

administrativa e administrativa-corporativa, que deixa tais direitos fortemente limitados no seu exercício”.
 ”Excessiva (inter) mediação burocrática (...), frequentemente imposta relativamente ao exercício de certos direitos e liberdades (...) como o direito de propriedade e as liberdades de escolha e exercício da profissão ou género de trabalho, de iniciativa económica”.

⁹⁷⁹ No mesmo sentido, Nozick, *op. cit.*, p. 326: “as pessoas que estão bem economicamente desejam mais poder político, num Estado não mínimo, porque podem usar este poder para se atribuir a si próprios benefícios económicos diferenciais. Onde existe um *locus* de tal poder não surpreende que que as pessoas procurem usá-los para os seus próprios fins. O uso ilegítimo do Estado por parte dos interesses económicos para os seus próprios fins baseia-se num poder estatal ilegítimo preexistente para enriquecer algumas pessoas à custa de outras. Elimine-se esse poder ilegítimo de dar vantagens económicas diferenciais e eliminar-se-à ou restringir-se-à, drasticamente, o motivo para querer ter influência política”.

⁹⁸⁰ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 377: a burocracia torna-se “um veículo pelo qual os interesses especiais podem alcançar os seus objetivos e um interesse especial importante por direito próprio”.

⁹⁸¹ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 385: “a nova classe obteve repetidos êxitos na imposição de opiniões, apesar da vasta oposição do público e, muitas vezes, a despeito de ações legislativas e específicas em contrário”.

⁹⁸² No mesmo sentido, Nozick, *op. cit.*, p. 326: “reforçar o Estado e aumentar o âmbito das suas funções, como forma de o impedir de ser usado por parte da população, torna-o um prémio mais valioso e um alvo mais aliciante para a corrupção por quem quer que seja capaz de oferecer algo desejável a um funcionário do Estado”.

Compreendem, ainda, a figura dos nomenclados direitos de natureza análoga (art. 17º).

II – Os direitos de natureza análoga refletem, sobretudo, uma deficiente técnica no plano da sistematização e qualificação dos Direitos Fundamentais, emergindo o preceito que os consagra como um ensaio - malgrado, ele próprio - de superação de tais imperfeições.

Não se estranha, pois, a sua alegada inovação, nem uma sua inevitável singularidade⁹⁸³.

Mas seria desajustado, encará-lo como disposição nuclear do modelo jusfundamental português⁹⁸⁴, ou encontrar nele uma escatologia que, definitivamente, não apresenta⁹⁸⁵.

III - A única vantagem, potencial, da figura dos direitos de natureza análoga, traduzir-se-ia no facto de não permitir ignorar, nem minimizar, a necessidade de identificação do verdadeiro catálogo jusfundamental, para além das estritas classificações constitucionais.

De um lado, os direitos de liberdade e, de um outro lado, os designados direitos sociais.

Efetivamente, se os direitos de natureza análoga são aqueles que apresentam uma natureza jurídica similar, próxima, equiparável, à do conjunto dos direitos, liberdades e garantias, revela-se indispensável, então, um conhecimento, aprofundado, de semelhante natureza.

Ocorre, todavia, que os próprios direitos, liberdades e garantias se desenham como uma categoria heterogénea, compreendendo, no seu âmbito, quer - sobretudo - direitos de liberdade, direitos pessoais e direitos políticos, quer - acessoriamente - direitos sociais.

Revelando-se, pois, assaz melindrosa, a identificação de um critério simples e unificador.

⁹⁸³ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 48: “este artigo é, em termos de Direito Comparado, totalmente inovador”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 47: “preceito complexo e singular (pelo menos no plano do Direito Comparado não-lusófono)”; e Haberle, *Novos horizontes...*, p. 49: “posteriormente, veio o parágrafo 10º da Constituição da Estónia a tornar-se aqui um modelo”. Assim: “os direitos, liberdades e obrigações enumerados neste capítulo não excluem outros direitos, liberdades e obrigações decorrentes ou coerentes com o espírito da Constituição e que estão de acordo com os princípios da dignidade humana e com os princípios da democracia social e do Estado de Direito”.

⁹⁸⁴ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 252: “uma disposição-chave” da Constituição portuguesa”.

⁹⁸⁵ Em sentido oposto, Haberle, *Novos horizontes...*, pp. 48 e 49: “o artigo 17º está ainda por revelar, enquanto artigo do desenvolvimento dos Direitos Fundamentais”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, pp. 539 e 533: “a cláusula tem a sua justificação na necessidade de conferir um grau elevado de efetividade jurídica a uma série limitada de dimensões de direitos ou de posições jurídicas”; “uma derradeira forma de atenuar uma separação radical entre os dois subsistemas de Direitos Fundamentais”.

8.3.2.1. NOÇÃO

I – Direitos de natureza análoga afirmam-se, essencialmente, os Direitos Fundamentais que o legislador constitucional não qualificou, em termos formais, nem enquanto direitos, liberdades e garantias⁹⁸⁶, nem, tão-pouco, enquanto direitos económicos, sociais e culturais.

Não obstante, direitos de natureza análoga são, ainda, uma parte desses últimos direitos.

Mesmo se a figura não pode conduzir à unificação completa do regime jusfundamental⁹⁸⁷.

II – Assim, a extensão da analogia aos direitos elencados no capítulo dos direitos sociais só acontece, excecionalmente, quanto àqueles que são, afinal, puros direitos de liberdade.

Aos direitos que são, conseqüentemente, falsos direitos económicos, sociais e culturais, e que não deveriam, em caso algum, estar sediados entre os designados direitos sociais.

Em confronto, essa extensão analógica é insuscetível de ocorrer no que concerne aos verdadeiros direitos sociais, aos direitos sociais que o são em sentido formal - em razão da sua específica localização - e em sentido material - em razão da respetiva natureza.

III – Conteudisticamente, erguem-se como direitos de natureza análoga todas as situações jurídicas ativas, constitucionalmente estabelecidas, que reúnam, cumulativamente, as características identificadas preteritamente para os próprios direitos, liberdades e garantias.

Direitos que, independentemente da respetiva sediação constitucional, se apresentem como direitos subjetivos, públicos, individuais, de origem natural, universais, negativos, determinados, preceativos, vinculantes, incondicionados, e justiciáveis⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 33: “direitos que não estando previstos nos artigos 24º a 57º da Constituição, por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam um tratamento análogo aos direitos, liberdades e garantias”.

⁹⁸⁷ No mesmo sentido, Ascensão, *cit. in* Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 258: “o legislador constituinte não poderia ter indicado com muita clareza o âmbito do regime estabelecido para os direitos, liberdades e garantias, e ter caído na incongruência de anular a seguir a fronteira nítida que traçara, estendendo-o a direitos que separara daquele núcleo”.

⁹⁸⁸ Em sentido próximo, Botelho, *A tutela...*, p. 295: “o critério da fundamentalidade dos direitos constitucionais é um critério material, de substância, que exige o preenchimento cumulativo de três requisitos. Primeiro, o radical subjetivo, como elemento nuclear na estrutura do preceito, que se traduz na atribuição de posições jurídicas subjetivas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos. Segue-se, a função da norma, que deverá ser a de proteger e garantir essas posições jurídicas. Por último, a intenção específica, em conexão estrita com o princípio da dignidade da pessoa humana”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 51 e 52: “num momento prévio, impõe-se a identificação de um direito (...)”.

8.3.2.2. FIGURAS PRÓXIMAS

I - Nem todos os direitos constitucionalmente dispersos, os direitos extrínsecos ao catálogo, se perfilam como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias.

II - Desde logo, porque nem todos possuem analogia, ou um grau de analogia pertinente, com os direitos, liberdades e garantias⁹⁸⁹, aproximando-se, antes, dos designados direitos sociais.

Depois, porque não se recortam direitos de natureza análoga os direitos indeterminados, os direitos que não assumem um objeto suficientemente preciso⁹⁹⁰.

Com efeito, a determinabilidade é uma das características básicas - senão, a principal - dos direitos, liberdades e garantias e, por inerência, dos direitos análogos⁹⁹¹.

Não se recortam, ainda, como direitos de natureza análoga as figuras que não ostentem as restantes, ou alguma das restantes, características identificadas para aqueles direitos.

Que, apesar da sua inserção constitucional, surgem como expectativas, positivas, restritas, indeterminadas, programáticas, condicionadas e injusticiáveis, os designados direitos sociais, no seu sentido material.

Finalmente, e por maioria de razão, não surgem análogos os direitos que não encontram, sequer, acolhimento na Constituição, mas, exclusivamente, na legislação ordinária.

que sirva de estatuto básico da pessoa na sua relação com o Estado (...) e a ostentação, ao nível do objeto do direito, de um nível significativo de fundamentalidade material (...); num segundo momento, a analogia pressupõe a satisfação de uma medida de equivalência dos direitos, liberdades e garantias, valendo então aí o critério da determinabilidade constitucional do conteúdo, nos termos do qual será análogo aquele direito cujo conteúdo possa ser extraído imediatamente por interpretação das normas constitucionais que o reconhecem"; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 186: "essa analogia de natureza deve (...) respeitar cumulativamente, dois elementos: tratar-se de uma posição subjetiva individual ou de uma garantia que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade da pessoa humana, isto é, que integre a matéria constitucional dos direitos fundamentais; e poder essa posição subjetiva ou garantia ser determinada a um nível que deva ser considerado materialmente constitucional".

⁹⁸⁹ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 52: "alguns possuem natureza análoga a direitos, liberdades e garantias. Outros têm a natureza de direitos económicos, sociais e culturais"; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 42: "esses direitos dispersos pela Constituição são essencialmente direitos equivalentes a direitos, liberdades e garantias e não a direitos económicos, sociais e culturais".

⁹⁹⁰ Em sentido próximo, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 474: "Direitos Fundamentais indeterminados são os Direitos Fundamentais positivados com recurso a conceitos imprecisos".

⁹⁹¹ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 438: "sendo o critério que permite preencher o conceito de direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II e direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17º) o critério da determinidade constitucional do conteúdo de um direito, de uma liberdade ou de uma garantia, é indiferente o lugar de formalização da norma constitucional".

8.3.2.3. TIPOLOGIA

I - Importa distinguir, entre os direitos de natureza análoga, os de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais, os de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias políticas, e os de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Efetivamente, os direitos, liberdades e garantias não se revelam uma categoria homogénea, porque se os direitos pessoais e os direitos políticos são direitos de liberdade, já os direitos dos trabalhadores o não são - ou não o são, sem mais.

E, inclusive, entre os direitos pessoais e os direitos políticos, o regime constitucional é, parcialmente, diferenciado⁹⁹².

De onde, um estatuto privilegiado dos direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais, por referência aos dos próprios direitos políticos, e seguramente, aos dos direitos laborais.

II – A estrutura interna dos direitos de natureza análoga é suscetível de revelar-se muito distinta, em linha com a dos próprios direitos, liberdades e garantias.

Incorporando, designadamente, direitos a ações negativas, e direitos a ações positivas⁹⁹³.

III – A analogia fundamentadora da existência dos direitos examinados é passível de assumir alcance integral, ou revelar-se parcial.

Assim, um direito pode ser integralmente análogo aos direitos, liberdades e garantias, sempre que apresenta um perfil homogéneo de direito de liberdade.

Ou pode ser parcialmente análogo, em razão da compreensão de valências negativas e de valências prestativas (*maxime*, art. 20º).

⁹⁹² No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 406: “a tarefa de densificação metódica deve procurar, em cada caso concreto, a analogia relativamente (...) a cada uma das categorias de direitos, liberdades e garantias, não em relação ao conjunto dos direitos, liberdades e garantias”.

⁹⁹³ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 273: “podem ser direitos a ações negativas (art. 61º, 62º, 269º), direitos a ações positivas (art. 20º, 59º, 268º), direitos de conformação ou competências (art. 20º, 21º, 23º, 61º, 62º, 239º, 268º, 280º, etc)”.

8.3.2.4. IDENTIFICAÇÃO ESPECÍFICA

I - Não obstante a proximidade dos critérios de obediência analógica propostos doutrinariamente, quarenta anos após a consagração do instituto dos direitos de natureza análoga inexistiu um consenso, absoluto, no que se reporta à sua concreta identificação⁹⁹⁴.

II - Na construção sustentada, entendem-se como direitos de natureza análoga os previstos nos seguintes preceitos constitucionais: art. 20º, nº 2 (direitos à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário), art. 20º, nº 3 (direito à proteção do segredo de justiça) e art. 20º, nº 4 (direito a um processo equitativo), art. 21º (direito de resistência), art. 23º (direito de queixa ao Provedor de Justiça), art. 59º, nº 1, al. d) (direitos ao limite máximo da jornada laboral, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas), art. 60º, nº 2 (garantia da proibição da publicidade oculta, indireta ou dolosa), art. 61º, nº 1 (liberdade de iniciativa privada), art. 61º, nº 2 (liberdade de iniciativa cooperativa), art. 62º nº 1 (direito de propriedade privada) e art. 62º, nº 2 (garantias do direito de propriedade privada), art. 69º, nº 3 (garantia da proibição do trabalho de menores em idade escolar), art. 83º (garantias da propriedade de meios de produção), art. 86º, nº 2 (garantias dos empresários privados), art. 103º, nº 3 (garantia de não-pagamento de impostos inconstitucionais ou ilegais), art. 113º, nº 2 (direito ao recenseamento eleitoral) e art. 113º, nº 3 (garantias relativas às campanhas eleitorais), art. 115º, nº 1 (direito de sufrágio referendário) e art. 115º, nº 2 (direito de iniciativa popular referendária), art. 124º, nº 1 (candidaturas à Presidência da República), art. 167º nº 1 (direito de iniciativa legislativa popular), art. 206º (direito de audiência judicial não-pública), art. 207º, nº 1 (direito ao julgamento com constituição de júri), art. 239º, nº 4 (direito de candidatura autárquica de grupos de cidadãos), art. 232º, nº 2 (direito de referendo regional), art. 240º, nº 1 (direito de referendo local) e art. 240º, nº 2 (direito de iniciativa popular de referendo local), art. 245º (plenário de cidadãos eleitores), art. 263º (direito de criação de organizações de moradores), art. 268º (direitos e garantias dos administrados), designadamente, art. 268º, nº 1 (direito à informação administrativa), art. 268º, nº 2 (direito de acesso aos arquivos e registos administrativos), art. 268º, nº 3 (direitos à notificação e à fundamentação dos atos administrativos) e art. 268º, nº 5 (direito à impugnação de regulamentos administrativos externos), art. 269º, nº 3 (direitos de audiência e de defesa em procedimento disciplinar), art. 271º, nº 2 (garantia de exclusão

⁹⁹⁴ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 337: “os esforços de doutrina e jurisprudência para resolver este problema multiplicaram-se e desenvolveram-se durante décadas, mas, ao fim de milhares de páginas escritas (...) estamos muito longe de uma conclusão aceitável e, muito menos, consensual; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 48: “fonte de enorme insegurança e de inúmeras divergências doutrinárias”; e *A estruturação...*, V. I, p. 843: “desconfiança relativamente à capacidade operativa do artigo 17º (com percepção das dificuldades que projeta sobre os princípios da segurança jurídica, da separação de poderes e da hierarquia das leis)”.

da responsabilidade dos funcionários) e art. 271º, nº 3 (garantia da cessação do dever de obediência), art. 276º (direito à defesa da Pátria) e, finalmente, art. 280º (direito de recurso, em sede de fiscalização concreta de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, para o Tribunal Constitucional).

8.4. PRINCÍPIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

8.4.1. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

8.4.1.1. NA GENERALIDADE

I - Os Direitos Fundamentais afirmam-se enquanto direitos universais dos portugueses (art. 12º, nº 1)

Assim, todos os cidadãos portugueses gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição (art. 12º, nº 1).

E, do mesmo modo, os portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro beneficiam da proteção do Estado para o exercício dos direitos, estando adstritos, também, aos deveres compatíveis com a ausência do território nacional (art. 14º).

II – Não obstante, a locução empregue, cidadãos (art. 12º, nº 1), surge pouco rigorosa.

De facto, essa expressão emerge, matricialmente, como uma expressão do foro jurídico-político, e os Direitos Fundamentais não compreendem, apenas, os direitos políticos.

Os Direitos Fundamentais, são, antes de mais, os direitos das pessoas, só depois, os direitos dos cidadãos e, só por último - e eventualmente - os direitos dos trabalhadores⁹⁹⁵.

III - Os Direitos Fundamentais desenham-se, ainda, cumulativamente, como direitos dos estrangeiros e dos apátridas (art. 15º, nº 1).

⁹⁹⁵ Em sentido oposto Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 72: “apesar da aparente redução aos cidadãos (e não pessoas), como primeira ideia, o princípio da universalidade pretende afirmar que, em atenção á qualidade da pessoa, os Direitos Fundamentais foram pensados pelo legislador constituinte para todas as pessoas que possam vir a encontrar-se em relação com o Estado”.

Com efeito, os cidadãos estrangeiros e os apátridas que residam, ou se encontrem, em Portugal, gozam dos direitos e estão vinculados aos deveres dos cidadãos portugueses (art. 15º, nº 1).

Melhor: esses estrangeiros, e esses apátridas, são titulares, por referência aos portugueses, de idênticos direitos pessoais, e, tendencialmente, de análogos direitos políticos^{996 997}.

Mas, no que toca aos designados direitos sociais, a questão apresenta-se de forma distinta.

Efetivamente, se para os nacionais a decisão sobre a existência de direitos sociais assume natureza infra-constitucional livre, em relação aos estrangeiros e aos apátridas tal politicidade é, por maioria de razão, suscetível de surgir mais vincada⁹⁹⁸.

8.4.1.2. NA ESPECIALIDADE

A Lei Fundamental contém um princípio universalista e não um mero princípio de universalidade, ao qual oferece significativa dignidade sistemática e relevante extensão.

Mas, na especialidade, a Constituição reverte essa universalidade e esse universalismo.

8.4.1.2.1. CIDADÃOS PORTUGUESES

I - Em primeiro lugar, a presuntiva universalidade é constitucionalmente interrogada pelas distinções, múltiplas, entre cidadãos portugueses.

II – De um lado, diferenciando os portugueses originários dos portugueses naturalizados.

Assim, no que tange à Presidência da República, restringe a elegibilidade aos cidadãos portugueses de origem (art. 122º), excluindo, pois, quaisquer portugueses naturalizados.

⁹⁹⁶ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 213: “não parece razoável, nem encontra justificação, que se construa um fundamento de direitos que não arranque de uma visão cosmopolita e que exclua os estrangeiros (...). Quanto menos central seja na cultura política o conceito de soberania, progressivamente diluir-se-á a distinção entre nacionais e estrangeiros”.

⁹⁹⁷ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 127: “a universalidade humana dos Direitos Fundamentais exige uma regra geral de inclusão dos estrangeiros (residentes ou que se encontrem no território), embora se perceba, à partida, a existência de exceções constitucionais”.

⁹⁹⁸ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 129: “a reserva por via legislativa de certos direitos aos cidadãos portugueses só é justificável em relação a direitos que tenham fortes implicações de carácter social, desde que haja um valor constitucional que justifique o exclusivo para os nacionais, e com respeito pelos princípios da universalidade e da proporcionalidade”.

Independentemente do momento da vida no qual ocorre a naturalização, independentemente das causas, ou circunstâncias, que fundamentam essa naturalização, e independentemente de esses cidadãos possuírem, ou não, mais de uma cidadania.

III – De outro lado, limitando a universalidade aos portugueses residentes, e negando-a, significativamente, aos portugueses não residentes (art. 14º).

Compreende-se, seguramente, o estabelecimento de diferenciação relativa aos portugueses no estrangeiro, nos casos em que resulta da própria natureza das coisas⁹⁹⁹.

Mas, não faz sentido que o direito político de sufrágio dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro dependa, no que toca à eleição do Presidente da República, de prova da existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional (art. 121º, nº 1 e nº 2).

Quer porque, em plena sociedade de informação, o conhecimento, qualquer conhecimento, depende menos da distância geográfica do que da vontade de conhecer.

Quer porque as competências do Presidente da República são reduzidas, sobretudo, face às do Primeiro-Ministro e do Governo - órgãos que, paradoxalmente, não são eleitos.

Carece de fundamento, analogamente, a vedação aos portugueses recenseados no estrangeiro do direito de iniciativa popular de referendo nacional (art. 115º, nº 2), bem como do próprio direito de sufrágio referendário (art. 115º, nº 1), exceto quando a matéria decidida lhes diga especificamente respeito (art. 115º, nº 12).

Emergindo a construção tanto mais abstrusa quanto inexistente limitação análoga no que se toca à, não menos relevante politicamente, iniciativa legislativa popular (art. 167º, nº 1).

IV – Na verdade, o que se torna indispensável, hodiernamente, é uma exigência efetiva no que se refere à decisão política de atribuição, superveniente, da cidadania portuguesa.

Que deve implicar domínio adequado da língua portuguesa, oral e escrita, conhecimento alargado da história pátria, e identificação cultural aprofundada com a Nação portuguesa.

E não a segmentação entre portugueses, uns gozando a universalidade dos Direitos Fundamentais, e outros vendo-lhe negada, ou condicionada, semelhante universalidade.

⁹⁹⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 420: “a determinação dos direitos incompatíveis com a ausência do país só pode fazer-se caso a caso, atendendo ao estatuto constitucional de cada um dos Direitos Fundamentais”.

8.4.1.2.2. CIDADÃOS PORTUGUESES, CIDADÃOS ESTRANGEIROS E APÁTRIDAS

I - Em segundo lugar, a Constituição reserva a universalidade dos Direitos Fundamentais aos cidadãos portugueses, negando-a, dessarte, aos cidadãos estrangeiros e aos apátridas.

De facto, sob a epígrafe de princípio da universalidade, referem-se apenas os cidadãos portugueses (art. 12º, nº 1), asserção essa confirmada pela existência de um preceito dedicado, em exclusivo, aos cidadãos estrangeiros e aos apátridas (art. 15º).

II – Assim, excetuam-se-lhes, em geral, os Direitos Fundamentais de liberdade de natureza política, vedando-se-lhes, até, o direito ao exercício de funções públicas quando estas revistam carácter parcialmente político (art. 15º, nº 2).

Também em sede de extradição, à extensa garantia constitucional dos portugueses corresponde exígua tutela no que se reporta a estrangeiros e apátridas (art. 33º, nº 3).

E o mesmo acontece, no que tange à atividade económica e de investimentos, cujas limitações encontram como destinatários apenas os estrangeiros (art. 87º).

Mais: os aludidos desvios, de matriz constitucional, ao princípio da universalidade, não assumem, sequer, uma natureza taxativa.

Na verdade, a Constituição defere ao normador ordinário, de forma, aparentemente, ilimitada, a possibilidade de estabelecer quaisquer outras exclusões (art. 15º, nº 2)¹⁰⁰⁰.

III – Noutro plano, a epígrafe da disposição reguladora desta última matéria (art. 15º) desenha-se jurídico-politicamente muito imperfeita - mesmo não sendo vinculante¹⁰⁰¹.

De facto, inexistem cidadãos europeus, pela razão básica de que inexistente Estado europeu.

Acresce que, o inciso de natureza regional europeia não se estende à totalidade dos cidadãos dos Estados europeus mas, apenas, aos cidadãos de Estados europeus que integram uma organização internacional designada União Europeia.

¹⁰⁰⁰ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 128: “as exceções a estabelecer por lei ordinária àquela regra (do nº 1) não são livres, pelo menos no que respeita aos direitos, liberdades e garantias, devendo as leis que eventualmente reservem direitos deste tipo aos cidadãos portugueses ser consideradas verdadeiras leis restritivas e sujeitas às condições de legitimidade estabelecidas no artigo 18º”.

¹⁰⁰¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 127: “obscuridade, falta de cuidado e desnecessária complexidade na formulação das normas constitucionais”.

E acresce, ainda, numa ótica portuguesa, que todos esses cidadãos são, necessariamente, cidadãos estrangeiros, surgindo incompreensível, pois, a referência a cidadãos estrangeiros e a um *tertium genus* que seria composto pelos cidadãos europeus.

Mais: em absoluto rigor, os apátridas incluem-se, igualmente, entre os estrangeiros, não obstante a não-existência, nesse caso, de cidadania¹⁰⁰².

IV - Reciprocamente, o direito de asilo surge como direito exclusivo dos cidadãos estrangeiros e dos apátridas (art. 33º, nº 8) - se bem que, aqui, pela natureza das coisas.

Entretanto, não basta, em ordem à respetiva concessão, a existência de perseguição, ou a grave ameaça de perseguição, mesmo que com fins políticos.

É indispensável que a ação prosseguida pelo candidato ao asilo o seja em favor, designadamente, da liberdade, da democracia, dos direitos da pessoa humana, ou da paz entre os Povos.

8.4.1.2.3. CIDADÃOS ESTRANGEIROS

I - Em terceiro lugar, a Constituição portuguesa não estabelece, para a globalidade dos cidadãos estrangeiros, extensão idêntica de Direitos Fundamentais.

II - Desde logo, procede à contraposição entre estrangeiros em razão da respetiva origem.

Assim, os cidadãos dos Estados de língua oficial portuguesa podem fruir, se bem que, em condições de reciprocidade, quase todos os direitos políticos não conferidos aos remanescentes estrangeiros.

Com a exceção do acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro e Presidente dos Tribunais Supremos, e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática (art. 15º, nº 3).

E não se encontram impedidos do exercício de funções públicas de carácter predominante político (art. 15º, nº 3 e nº 2, *a contrario*).

Igualmente, os cidadãos dos Estados que integram a União Europeia poderiam ver-lhes atribuído, em condições de reciprocidade, o direito político de elegerem e de serem eleitos, em Portugal, Deputados ao Parlamento Europeu (art. 15º, nº 5).

¹⁰⁰² No mesmo sentido, Martinez, *Comentários...*, p. 31: “do ponto de vista formal, ocorre notar que também os apátridas são estrangeiros. Pelo que bastaria a referência a estes”.

Mas, essa norma encontra-se ultrapassada, com a vigência da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 39º), o mesmo se verificando quanto aos municípios - embora não às freguesias - o que concerne à capacidade eleitoral ativa e passiva (art. 40º) - sem que, entretanto, haja ocorrido um ajustamento da Constituição.

Derradeiramente, todos os outros estrangeiros podem, se bem que, apenas, em condições de reciprocidade adquirir capacidade eleitoral, ativa e passiva, para a eleição dos titulares de órgãos autárquicos (art. 15º, nº 4).

III - Depois, a Constituição aparta estrangeiros residentes e estrangeiros não residentes.

Mais: no que toca aos primeiros, o gozo de direitos diferenciados implica, nalguns casos, não apenas residência, mas residência permanente, em território nacional (art. 15º, nº 3).

E, nos remanescentes casos, atinentes à generalidade dos cidadãos estrangeiros, semelhante exigência reporta-se, tão-somente, à residência em Portugal (art. 15º, nº 4).

IV - Por último, a Constituição distingue entre cidadãos estrangeiros no que concerne à aplicação do Direito Criminal, mormente, à suscetibilidade de extradição (art. 33º, nº 6).

Pior: induz o risco de os autores aos quais são imputados crimes mais graves serem julgados em Portugal, com um Direito Penal, quiçá, mais complacente para os criminosos.

Julgamento a que corresponderá a aplicação de penas inferiores às dos autores de crimes menos graves, mas extraditados para Estados em que o Direito é menos contemporizador.

8.4.1.2.4. CIDADÃOS ESTRANGEIROS E APÁTRIDAS

Em quarto lugar, a Constituição portuguesa revela-se mais universalista para com os cidadãos estrangeiros do que para com os apátridas.

De facto, a exigência de reciprocidade, visando a atribuição de direitos não detidos, em regra, pelos estrangeiros, é, quanto aos apátridas, de verificação impossível.

Colocando, paradoxalmente, em último lugar, e num quinto círculo¹⁰⁰³, os indivíduos mais desprotegidos em sede de Direitos Fundamentais.

¹⁰⁰³ Em sentido diverso, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 417: “quatro círculos”.

8.4.1.2.5. PRECLUSÃO DAS PESSOAS COLETIVAS

I - A noção constitucional de universalidade pareceria estender os Direitos Fundamentais às pessoas coletivas (art. 12º, nº 2)¹⁰⁰⁴.

Mas isso não se verifica, dada a ausência nestas, dos pressupostos identitários nucleares dos Direitos Fundamentais, a natureza humana, e a dignidade que lhe inere.

Mais: o carácter rigorosamente instrumental, e livremente instrumentalizável, das pessoas coletivas, pelos sujeitos individuais, é radicalmente oposto à ideia de fim em si próprio.

Assim, há que entender carente de verdadeiro sentido útil o preceito constitucional que intenta atribuir esses direitos a tais sujeitos jurídicos (art. 12º, nº 2)¹⁰⁰⁵.

II - Inexistem, pois, quer Direitos Fundamentais comuns às pessoas singulares e às pessoas coletivas, quer, por absoluta maioria de razão, Direitos Fundamentais exclusivos desse tipo de sujeitos jurídicos¹⁰⁰⁶, sejam eles de matriz privada, ou de carácter público.

Existem, naturalmente, direitos das pessoas coletivas, e, porventura, até, direitos constitucionalizados, mas não passíveis de qualificação como Direitos Fundamentais¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ Na esteira da Constituição alemã: “em virtude do artigo 19.3 da Constituição, as pessoas coletivas alemãs gozam dos Direitos Fundamentais ‘na medida em que, pela sua natureza, estes lhe são aplicáveis’”; assim, Haberle, *O recurso de amparo...*, p. 51.

¹⁰⁰⁵ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, pp. 551 e 552: “a titularidade de Direitos Fundamentais por pessoas coletivas privadas (...) assume natureza derivada (...). Derivada porque esses direitos apenas são reconhecidos às pessoas coletivas (sociedades, associações e fundações) na medida em que estas são criadas por pessoas individuais, na esfera da sua autonomia privada, para servir os respetivos interesses ou interesses de ordem social”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 121, 126 e 120: “são Direitos Fundamentais por extensão, ou por analogia, que não relevam para a caracterização da categoria básica”; “à semelhança do que se entende no direito civil, também aqui podemos dizer que os direitos das pessoas coletivas não são verdadeiros poderes da vontade, mas vinculações a um fim, que só por analogia se tratam como direitos subjetivos”; “os direitos subjetivos fundamentais representam posições jurídicas subjetivas individuais, embora em alguns casos e em certos aspetos eles possam ser diretamente encabeçados por pessoas coletivas privadas ou organizações sociais - neste caso estamos perante direitos subjetivos fundamentais por analogia, que devem ser considerados direitos ‘atípicos’ ou ‘impróprios’; “por detrás da pessoa coletiva está sempre essa realidade mais profunda que é a pessoa humana, a pessoa de direito”; e Gouveia, *Manual...*, p. 1033: “Direitos Fundamentais individuais e Direitos Fundamentais institucionais, consoante os direitos sejam titulados por pessoas físicas ou por pessoas coletivas”.

¹⁰⁰⁶ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 421: “as pessoas coletivas gozam de Direitos Fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem, como sejam o corpo ou bens espirituais”.

¹⁰⁰⁷ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 120 e 119: “a Constituição reconhece a importância dos meios de ação coletivos para a realização dos indivíduos e, sem perder de vista essa intenção de proteção da dignidade humana individual”; “o nº 2 do artigo 12º não determina a atribuição direta, por extensão, dos Direitos fundamentais às pessoas coletivas, nem sequer contém uma regra de

8.4.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

I - Em sede de Direitos Fundamentais, a igualdade recorta-se como o princípio essencial.

De um lado, porque estabelece uma ligação, direta e imediata, aos valores nos quais se esteia a ordem do Direito, mormente, ao seu valor nuclear, a Justiça.

De outro lado, porque até o princípio da universalidade pode dessa igualdade ser inferido.

Dir-se-ia que são totalmente autónomos, não dependentes, nem sequer interdependentes.

Ou que um deles se reporta aos destinatários das normas, e o outro ao respetivo conteúdo.

Ou que naquele há uma abordagem quantitativa - quem, quais, quantos - e neste, distintamente, ocorre uma aproximação qualitativa - como, de que modo, em que termos.

A verdade é que a igualdade exige que os direitos sejam universais, exige universalidade.

Não poderia falar-se em igualdade se só alguns dos indivíduos fossem titulares de direitos, mas, ao contrário, a existência de universalidade não implica, *ipso jure*, a de igualdade.

A circunstância de todos serem titulares de direitos, não determina, por exemplo, uma mesma extensão, ou uma idêntica densidade dos direitos, nem, tão-pouco, obriga, seguramente - em tese geral - à ausência de discriminação, ou de discriminação negativa.

II - O examinando princípio da igualdade (art. 13º) contempla duas valências distintas.

Uma primeira valência positiva, afirmativa (art. 13º, nº 1), e uma segunda valência negativa (art. 13º, nº 2), designada, frequentemente, por princípio da não discriminação.

8.4.2.1. DIMENSÃO POSITIVA

I – A Constituição prescreve que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e que são iguais perante a lei (art. 13º, nº 1).

Melhor: que todos os indivíduos, quer nacionais, quer estrangeiros, quer apátridas, têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (art. 13º, nº 1, e art. 15º, *maxime*, nº 1).

Logo, o princípio da igualdade surge comum à integralidade dos Direitos Fundamentais.

Todavia, cumpre determinar em que moldes a igualdade se estende, constitucionalmente, a cada um desses sujeitos jurídicos, e, outrossim, a cada um dos vários tipos de direitos.

equiparação destas às pessoas humanas (nos termos do que se passa com a equiparação dos estrangeiros aos cidadãos”.

II – No sentido rigoroso do termo, igualdade significa igualdade normativa, igualdade geral e abstrata, igualdade formal, igualdade liberal¹⁰⁰⁸, ou igualdade-igualdade.

Igualdade, porquanto pressupõe a identidade de tratamento de todos os sujeitos jurídicos.

Igualdade, porquanto todas as situações são reguladas, naturalisticamente, de forma igual.

Igualdade, porquanto, não obstante a sua natureza relacional e comparatística¹⁰⁰⁹, compara e relaciona visando, apenas, igualizar, e não distinguir, e nunca discriminar¹⁰¹⁰.

Esta vertente nuclear da igualdade emana, diretamente, da Constituição, não podendo, com fundamento algum ou em circunstância alguma, ser negada pelo legislador ordinário.

Integra, sobremaneira, uma valência individual, personalística, mas compreende, cumulativamente, uma valência política, democrática, emergente do sufrágio universal.

E, *grosso modo* - isto é, desconsiderando uma parte dos direitos dos trabalhadores - reflete-se nos direitos, liberdades e garantias e, ainda, nos direitos de natureza análoga.

III - Em contraste, num sentido inrigoroso do termo¹⁰¹¹, igualdade significaria igualdade material¹⁰¹², igualdade efetiva, igualdade diferenciada, ou igualdade-desigualdade¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁸ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 184: “uma primeira dimensão (...) é a igualdade como generalização, que expressa a superação do privilégio outorgado a um sector dos cidadãos”.

¹⁰⁰⁹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1094: “o princípio da igualdade tem subjacente um juízo eminentemente comparatístico – o triângulo da igualdade - em que se colocam em confronto três realidades (...): a providência que se pretende adotar (...), 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”.

¹⁰¹⁰ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 428: “diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma igualdade relacional pois ele pressupõe uma relação tripolar”.

¹⁰¹¹ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 430: “o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um princípio de justiça social”.

¹⁰¹² Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 131: “quanto aos direitos sociais a prestações de certas categorias de indivíduos (...) ainda aqui os Direitos Fundamentais pretendem ser direitos de igualdade (...), de igualdade material, que exige a consideração da realidade em que as pessoas se movem e conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social precisam de uma proteção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas”.

¹⁰¹³ Em sentido próximo, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 178 e 179: na “igualdade como diferenciação (...), por razões de solidariedade, o princípio da igualdade não sofreria se fossem tomadas medidas discriminatórias a favor dos mais débeis”; Gouveia, *Manual...*, p. 1094: “o princípio da igualdade desenvolve-se sob duas linhas fundamentais: o tratamento igualizador (...) e o tratamento desigualizador”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 80: “com a superação do Estado liberal, a igualdade na criação do Direito passa a ser

Uma dimensão sugestiva de igualdade social, socialista - ou até, no limite, comunista¹⁰¹⁴.

Para uns, mitigadamente, uma igualdade inicial, uma igualdade de oportunidades, e, para outros, radicalmente, uma igualdade terminal, uma igualdade de condições de vida¹⁰¹⁵.

IV - Semelhante igualitarismo decorreria, virtualmente, da exigência de uma igual dignidade social (art. 13º, nº 1), da tarefa fundamental do Estado de promover o bem-estar e a qualidade de vida do Povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais, e ambientais (art. 9º, al. d)), ou, da incumbência prioritária do Estado de promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente, através da política fiscal (art. 81º, al. b)).

Acontece que, essa igualdade-desigualdade assume natureza contingente, porque depende, quase exclusivamente, da existência de direitos económicos, sociais e culturais.

Ora, se no domínio dos designados direitos sociais existem apenas expectativas fácticas, a igualdade material decorre, afinal, de um estrito decisionismo do legislador ordinário.

Apenas existindo se, e na exata medida e extensão em que, as expectativas fácticas sociais, constitucionais, se metamorfosearem em direitos subjetivos sociais, ordinários.

Só existindo se existir Estado de direitos sociais, só existindo se existir Estado social¹⁰¹⁶.

Ora, esse Estado social não surge, de nenhum modo, como um adquirido constitucional.

É, ao invés, uma simples potencialidade que, mesmo quando implementada, pode ser revertida a qualquer momento, precisamente nos mesmos termos da respetiva criação¹⁰¹⁷.

entendida também como exigência de tratamento igual do que é igual e de tratamento desigual do que é desigual”.

¹⁰¹⁴ Em sentido próximo, Morais, *Curso...*, p. 103: “certos modelos mais extremos de intervencionismo levaram a lei a tratar os cidadãos e os seus bens como puras utilidades públicas, convertendo o Direito Privado numa reserva material dotada de provisoriedade, e passando a ocupar o Direito Público um importante espaço de conformação reitora do social”.

¹⁰¹⁵ No mesmo sentido, Friedman, *op. cit.*, p. 180: “nas últimas décadas surgiu um significado de igualdade (...), a igualdade de resultados. Todos deveriam ter o mesmo nível de vida ou de rendimento; todos deveriam terminar a corrida ao mesmo tempo”.

¹⁰¹⁶ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 342: “a imposição de discriminações positivas no sentido de através delas se obter um mínimo de igualdade das condições sociais de oportunidades ou *chances* é mais uma decorrência do princípio do Estado social (...), ou princípio da democracia económica, social ou cultural, do que um aspeto ou segmento do princípio da igualdade”.

¹⁰¹⁷ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 430: “o princípio da igualdade é não apenas um princípio do Estado de Direito, mas também um princípio do Estado Social”.

Mais: em democracias maduras, os indivíduos, os sujeitos de Direitos Fundamentais, não se apresentam incapazes, dispensando pretensos tutores ou supostos curadores^{1018 1019}.

V - De um ângulo passivo, o princípio da igualdade adstringe, simultaneamente, todas as entidades públicas, nacionais, regionais ou locais.

As que criam Direito - inclusive, Direito Constitucional formal - as que determinam - interpretam, inferem ou integram - esse Direito, ou, ainda, as que aplicam um tal Direito.

E, não apenas, as entidades que geram Direito, através de atos legislativos, presumivelmente ordinários - como sugeriria a letra do preceito (art. 13º. nº 1, *in fine*)¹⁰²⁰.

VI - Em contrapartida, o princípio da igualdade apresenta, como seus destinatários, exclusivamente os poderes públicos, não sujeitos privados, não sujeitos individuais¹⁰²¹.

De facto, o valor matricial dos Direitos Fundamentais, dos direitos dos indivíduos, é o valor da liberdade, e não o valor da igualdade - ou, sequer, o valor da universalidade¹⁰²².

E, revelar-se-ia totalitário que, na sua esfera privada, no âmbito das suas relações privadas, os indivíduos, quaisquer indivíduos, estivessem adstritos à sua observância¹⁰²³.

Rectius: que se encontrassem vinculados, juridicamente, por um tão gravoso dever¹⁰²⁴.

¹⁰¹⁸ Em sentido próximo, Friedman, *op. cit.*, p. 33: no modelo social, “o papel do governo é funcionar como um tutor encarregado de obrigar alguns a ajudar os outros”.

¹⁰¹⁹ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 480: “como os resultados da distribuição primária destes bens através do mercado não conduzem automaticamente à liberdade igual, coloca-se o problema de saber quem pode e quem deve fazer a redistribuição justa dos bens sociais. É neste contexto que surge o tema / problema do Estado Social como Estado distribuidor de prestações sociais”.

¹⁰²⁰ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 79: “admite-se que dessa fórmula se pode deduzir a igualdade na aplicação do Direito e a igualdade na criação do Direito”.

¹⁰²¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 81: “o princípio geral da igualdade não parece (...) dever ser visto como um direito das pessoas mas como um dever do Estado”.

¹⁰²² Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 82: “a liberdade é primeiro um direito e só depois um dever, a igualdade é primeiro um dever e só depois um direito”. “Ao passo que a liberdade tem a ver com as ações das pessoas (descritas como direito destas), obrigando-se o Estado a prosseguir esse fim, a igualdade refere-se a ações do Estado (descrevendo um dever ser deste), sem que daí resulte de imediato um direito para os particulares”.

¹⁰²³ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 259: “estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se-nos, em princípio, impróprio, absurdo e insuportável”. “A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente deste princípio”.

¹⁰²⁴ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, pp. 310 e 311: “a liberdade só tem sentido enquanto liberdade na sociedade, enquanto liberdade normativamente conformada e ordenada; não a liberdade do livre arbítrio individual mas (...) do indivíduo comunitariamente integrado e funcionalmente

VII - Nem mesmo a auto-preterição da dignidade da pessoa humana se recorta como exceção à não vinculação dos indivíduos ao princípio da igualdade, e à inerente liberdade.

Pela razão, minimalista, de que uma eventual renúncia à própria dignidade, desde que exercida em liberdade e, preferencialmente, de uma forma reversível, não pode ser, nem deve ser, em nome dessa mesma liberdade, em honra desse valor maior, precluída¹⁰²⁵.

8.4.2.2. DIMENSÃO NEGATIVA

I - A Constituição afirma, positivamente, a igualdade entre todos os indivíduos, sejam estes, nacionais, estrangeiros, ou, inclusive, apátridas (art. 13º, nº 1).

E, coerentemente, impede uma discriminação, negativa, entre os mesmos (art. 13º, nº 2).

Afastando, assim, o privilégio, o benefício, o prejuízo, ou a privação de qualquer direito, bem como a isenção de qualquer dever, com base na ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social, ou orientação sexual.

Não se trata, contudo, de proibir toda a discriminação, mas de proceder ao afastamento da discriminação arbitrária, da discriminação ancorada em tipos específicos de fundamentos¹⁰²⁶.

II - O elenco de proibições discriminatórias constitucionalmente fixado tem jaez taxativo.

Em primeiro lugar, porque a sua redação não se apresenta exemplificativa, ao invés do que se observa com as normas internacionais, gerais e europeias, de Direitos Humanos - os lugares interpretativos mais próximos.

Em segundo lugar, porque se apresentasse natureza exemplificativa, ficaria por explicar a necessidade - ou, até, a utilidade - das sucessivas alterações registadas em quadro de revisão constitucional.

condicionado”. “Uma liberdade-dever orientada para um uso, fins e objetivos constitucionalmente adequados, já que nem o indivíduo se pode desenvolver à margem das instituições a que se encontra vinculado, nem as liberdades se podem exercer sem atender à função social dos Direitos Fundamentais”.

¹⁰²⁵ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 259: “o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade da pessoa humana dos discriminados, *maxime*, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade”.

¹⁰²⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 82: “na realidade, proíbe não as discriminações em geral, mas as discriminações infundadas”.

Em terceiro lugar, e mais salientemente, porque, configurando as proibições da discriminação exceções à liberdade, seria absurdo que o seu conteúdo não se encontrasse tipificado, permitindo-se uma analogia integrativa de lacunas em normas excepcionais¹⁰²⁷.

III – Porém, a assumir o preceito jaez exemplificativa, importaria identificar o critério que presidiria à distinção entre as discriminações negativas e as discriminações positivas.

Esse critério assentaria, então, provavelmente, nos efeitos operados pela discriminação.

Assim, sempre que, enquanto efeito da discriminação, fosse obtida uma maior igualdade, ou uma atenuação da desigualdade original, a diferenciação entre os indivíduos deveria ter-se por positiva, por admissível, ou, em múltiplas circunstâncias, por necessária¹⁰²⁸.

Sempre que dessa discriminação resultasse uma menor igualdade, ou um reforço da desigualdade, a diferenciação deveria ter-se por negativa e, destarte, por inadmissível¹⁰²⁹.

IV - Em confronto, quaisquer critérios assentes numa hipotética razoabilidade, seriedade, ou legitimidade, devem ser, liminarmente, rejeitados¹⁰³⁰.

Primeiro, porque transfeririam, anti-democraticamente, do poder político para o poder judicial - ou mesmo para a doutrina - a identificação e determinação dos direitos.

Segundo, porque agravariam, intoleravelmente, a incerteza jurídica e a insegurança sobre o efetivo conteúdo de tais direitos.

¹⁰²⁷ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1095: “a listagem das razões que não podem justificar a discriminação negativa é meramente exemplificativa”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 82: “lista aberta ou exemplificativa (e não taxativa)”. “O princípio da proibição das discriminações traduz uma norma geral que cede perante norma especial (nessa medida, sempre que a Constituição, num outro preceito, impuser uma diferenciação, ou estabelecer um regime particular que pareça afetar o postulado da igualdade, isso significa que a norma geral é afastada a favor da regra especial da diferenciação)”.

¹⁰²⁸ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 131: “pode pôr-se, em geral, o problema de saber se não há um verdadeiro direito à desigualdade quando o tratamento igualitário, em determinadas circunstâncias, seja intolerável”.

¹⁰²⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 428: “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 82: “o critério que tem sido tradicionalmente utilizado pelo Tribunal Constitucional para avaliar o fundamento dessas discriminações tem sido o da proibição do arbítrio (proibição das diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante ou assentes em categorias meramente subjetivas ou não justificadas à luz dos valores constitucionais”.

¹⁰³⁰ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 428: “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: i) fundamento sério; ii) não tiver um sentido legítimo; iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.

E, terceiro, porque colidiriam, frontalmente, com o princípio da liberdade, do qual as proibições de discriminação constituem manifestas exceções.

V – Os próprios fundamentos de não-discriminação têm de ser interpretados de forma adequada.

Na realidade, há situações nas quais, a língua¹⁰³¹, a instrução, a religião, as convicções políticas ou ideológicas, a situação económica, o sexo, ou, até, a orientação sexual, podem determinar uma insusceptibilidade de gozo de certos direitos.

VI - Quanto aos direitos, liberdades e garantias e, bem assim, aos direitos de natureza análoga àqueles, o princípio da igualdade, obriga a um tratamento desigual para o que surge desigual, e igual para o que se revela igual, implicando discriminações positivas.

Pelo contrário, essa adstrição não ocorre, necessariamente, diretamente, para os direitos económicos, sociais e culturais, considerada a sua natureza de expectativas fácticas.

Ainda assim, quando se opere a respetiva consagração pela lei ordinária, a regra da insusceptibilidade de discriminação arbitrária deve ser-lhes, identicamente, aplicada.

VII – Problemática diversa - e recente - é a que se toca às capilaridades entre o princípio da igualdade, na sua vertente não discriminadora, e o princípio da proporcionalidade¹⁰³².

De facto, o tratamento desigual do que se revele desigual pressupõe, necessariamente, condicionamentos, sendo um deles, precisamente, a verificação de proporcionalidade.

O que significa que a medida da discriminação não pode apresentar-se superior à medida da própria desigualdade que, com semelhante discriminação, pretende ver-se suprimida.

Com uma discriminação positiva, presuntivamente orientada para a igualização, não deve criar-se nova discriminação, agora negativa, nova discriminação, agora desigualizadora¹⁰³³.

¹⁰³¹ No mesmo sentido, Martinez, *Comentários...*, p. 29: “do desconhecimento da língua portuguesa resultará naturalmente a impossibilidade de exercício de funções públicas”.

¹⁰³² No mesmo sentido, Brito; Coutinho, *A 'igualdade proporcional'...*, p. 185: “adicionar ao princípio da igualdade, segundo a dimensão da proibição do arbítrio, as exigências do princípio da proporcionalidade”.

¹⁰³³ “Igualdade não é (...) igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê tratamento desigual, mas proporcionado”; Acórdão do Tribunal Constitucional nº 39/88, *cit. in* Brito; Coutinho, *A 'igualdade proporcional'...*, p. 183; “a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional (...). A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento, não podendo revelar-se excessiva”; Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, *cit. in* Brito; Coutinho, *A 'igualdade proporcional'...*, p. 183: “a desigualdade do tratamento deverá, quanto á medida em que surge

8.4.2.3. DIREITOS DE IGUALDADE

A Constituição estabelece, complementarmente a este princípio da igualdade, múltiplos direitos, agora, específicos, de igualdade¹⁰³⁴.

Designadamente, no que se relaciona com os direitos pessoais, o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1), o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade (art. 36º, nº 1), os direitos dos cônjuges, quer quanto à sua capacidade, quer no que toca à manutenção e educação dos filhos (art. 36º, nº 3), e o direito à igualdade entre filhos nascidos dentro ou fora do casamento (art. 36º, nº 4).

Ou, ainda, no que se reporta aos direitos de natureza política, a igualdade de sufrágio e de referendo (art. 10º, nº 1), a igualdade de acesso à função pública (art. 47º, nº 2), a igualdade de acesso aos cargos públicos (art. 50º, nº 1), a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos, ou a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos (art. 109º).

E, finalmente, se bem que enquanto expectativas de direitos económicos, sociais e culturais, as atinentes à igualdade no trabalho, mais concretamente à retribuição desse trabalho (art. 59º, nº 1, al. a)), à igualdade na educação (art. 73º, nº 2), à igualdade no ensino (art. 74º, nº 1), e à igualdade no acesso à Universidade (art. 76º, nº 1).

8.4.2.4. EXCLUSÕES AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AOS DIREITOS DE IGUALDADE

O princípio da igualdade não inclui quaisquer minorias, pela razão, estrutural, de que não existem Direitos Fundamentais grupais, mas apenas Direitos Fundamentais individuais.

Aliás, e mesmo que assim não fosse, em caso de confronto, a igualdade-igualdade teria sempre de prevalecer, em quaisquer circunstâncias, sobre a igualdade-desigualdade¹⁰³⁵.

imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual (...), quer á medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários das normas diferenciadoras e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação”; Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 187/2013, *cit. in* Brito; Coutinho, *A ‘igualdade proporcional’...*, p. 184.

¹⁰³⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 81: “é generalizadamente aceite a existência de direitos especiais de igualdade”; “embora não haja um direito subjetivo á igualdade”; assim, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 128.

¹⁰³⁵ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 67: “no âmbito dos Direitos Fundamentais, tem de assegurar-se, por um lado, a defesa dos direitos das minorias (étnicas, religiosas e

O princípio da igualdade não compreende, igualmente, as pessoas coletivas, porquanto estas são, nos termos sustentados, impassíveis da titularidade de Direitos Fundamentais.

8.4.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade destaca-se como essencial aos Direitos Fundamentais.

Impendendo sobre o Estado, em todas as suas vertentes funcionais, políticas, administrativas, jurisdicionais¹⁰³⁶, bem como, sobre as remanescentes entidades públicas.

Não obstante surgir, em larga medida, como um sinónimo de comum-senso jurídico¹⁰³⁷.

8.4.3.1. ÂMBITO

I - O princípio da proporcionalidade não está autonomizado nem, menos ainda, autonomamente epigrafado, ao invés do que se observa com todos os seus homólogos, da universalidade, da igualdade, ou, mesmo, da responsabilidade e da proteção jurídica.

Nem decorre, tão-pouco, do princípio do Estado de Direito, não regendo, pois, a globalidade da matéria dos Direitos Fundamentais, quer os de liberdade, quer os designados sociais.

II - O princípio da proporcionalidade evidencia-se apenas, incidentalmente, *maxime*, em sede de condicionamentos dos Direitos Fundamentais (art. 18º e 19º).

Mais especificamente, dos condicionamentos atinentes aos direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº 2, 2ª parte, 19º, nº 4, 19º, nº 8, 270º, e 272º, nº 2).

E, por extensão, dos inerentes aos direitos de natureza análoga àqueles direitos, liberdades e garantias, na sua qualidade, intrínseca, de direitos de liberdade (art. 17º).

culturais, sejam autóctones ou imigradas) e dos direitos às diferenças (muitas outras, incluindo as da orientação sexual) e, por outro, a garantia da coesão social e da igualdade de tratamento”.

¹⁰³⁶ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 457: “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição (...) impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador”.

¹⁰³⁷ Em sentido diverso, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 135: “o fundamento do princípio da proporcionalidade encontra-se nas referências valorativas que animam a essência do Estado de Direito: liberdade, autonomia, igualdade e justiça”.

Divisa-se, ainda, embora por referência a situações não-jusfundamentais, a propósito das funções dos governos de gestão (art. 186º, nº 5), ou da fixação dos efeitos da declaração com força normativa de inconstitucionalidade e de legalidade (art. 282º, nº 4).

III – Em confronto, o princípio da proporcionalidade não contempla os designados direitos económicos, sociais e culturais (art. 18º, nº 2, 2ª parte, *a contrario*, 19º, nº 4 e nº 8, *a contrario*, 270º, *a contrario*, e 272º, nº 2, *a contrario*)¹⁰³⁸.

Efetivamente, estes assumem natureza programática e virtual realização ordinária, podendo, no limite, ser suprimidos, globalmente, em revisão constitucional.

Logo, por maioria de razão, torna-se admissível a restrição, suspensão ou, qualquer outro condicionamento, sem intervenção do princípio da proporcionalidade.

IV – Não obstante, da aplicação do princípio da igualdade aos designados direitos sociais poderão resultar, quiçá, efeitos, mais extensos ou menos extensos, em sede de proporcionalidade.

Serão, todavia, meros efeitos reflexos desse princípio da igualdade, e não consequência direta de um princípio da proporcionalidade¹⁰³⁹.

8.4.3.2. PRESSUPOSTOS

I - O princípio da proporcionalidade, restrito, assim, aos direitos, liberdades e garantias, e aos direitos de natureza análoga, depende da verificação de três pressupostos essenciais.

Que são - lógica e cronologicamente - a necessidade, adequabilidade e racionalidade¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ Em sentido próximo, Morais, *Curso...*, pp. 578 e 579: “pese embora existir uma intenção de reconduzir este princípio ao axioma do Estado de Direito democrático constante do artigo 2º, da CRP, facto é que (...) o legislador constitucional precisou os domínios onde pretendeu que o mesmo operasse autonomamente, já que se trata de um princípio que envolve medidas de valor (...) mais permeáveis a juízos políticos ou filosóficos, que podem resvalar para questionamentos do próprio mérito das soluções ditadas pela liberdade de conformação do legislador democrático (...). Estas razões levaram o Tribunal Constitucional a, muito raramente, convocar autonomamente o princ

Ípio da proporcionalidade para a censura de restrições a direitos sociais”.

¹⁰³⁹ Em sentido oposto, Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...*, p. 682: “reconhecimento de que as opções legislativas em matéria de concretização dos direitos sociais estão submetidas ao princípio da proporcionalidade”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 134: “componente do regime comum ou geral dos Direitos Fundamentais”.

¹⁰⁴⁰ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 135: “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo constitui um verdadeiro super-conceito, super-conceito esse que tem sido tradicionalmente decomposto em três sub-princípios (...): i) o da adequação (ou idoneidade); ii) o da

II – Necessidade significa que o condicionamento depende da impossibilidade de agir de forma distinta, e que, nesse quadro, cumpre recorrer ao instrumento menos gravoso, menos lesivo, menos invasivo, disponível¹⁰⁴¹.

Adequabilidade significa que as medidas devem ser apropriadas, devem ser ajustadas, devem ser aptas, devem ser idóneas, à realização da finalidade visada¹⁰⁴².

Racionalidade significa, numa perspectiva de custo-benefício, a existência não apenas de um equilíbrio entre o condicionamento a operar e a vantagem a obter, mas, mais do que isso, a verificação de uma relevante vantagem¹⁰⁴³.

Estes três pressupostos de aferição da existência de proporcionalidade são cumulativos.

A inverificação de necessidade, ou o recurso a uma construção desnecessariamente mais invasiva, ou impropriamente mais inadequada, traduz-se em arbítrio.

E a carência da racionalidade, ou mesmo, de racionalidade otimizada¹⁰⁴⁴, traduz-se, inevitavelmente, em excesso¹⁰⁴⁵.

III – Recentemente, tem sido sugerida a observância de dois outros pressupostos, o da determinabilidade e o da razoabilidade.

necessidade (indispensabilidade, ou do meio menos restritivo); iii) o da justa medida (ou proporcionalidade em sentido restrito)”.

¹⁰⁴¹ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 136: “deve-se recorrer ao meio menos restritivo para atingir o fim em vista. A indispensabilidade afere-se então pela comparação entre os prejuízos provocados por esse meio e os prejuízos que seriam provocados pela utilização de um meio alternativo”;

¹⁰⁴² No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1133: “adequação da restrição ao fim que se tem em vista”.

¹⁰⁴³ Em sentido distinto, Gouveia, *Manual...*, p. 1133: “racionalidade do teor da restrição imposta em função do balanço entre as vantagens e os custos que derivam da respetiva utilização”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 137: “equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto”.

¹⁰⁴⁴ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 288: “o controlo da proporcionalidade em sentido estrito já pode suscitar muitas dúvidas, porque coloca questões de medida em que a diversidade de opiniões é inevitável”.

¹⁰⁴⁵ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 137: “a medida pode ser adequada e necessária e ao mesmo tempo afetar de forma excessiva, intolerável ou desproporcionada, o direito em questão”.

O primeiro significaria que o condicionamento teria de encontrar-se adequadamente determinado, em ordem à aferição da presença dos anteriores pressupostos¹⁰⁴⁶.

O segundo traduzir-se-ia na necessidade de avaliar o impacto desse condicionamento na esfera individual dos afetados¹⁰⁴⁷.

Ocorre que, se a proporcionalidade respeita, exclusivamente, a direitos, liberdades e garantias, ou a direitos de natureza análoga, a determinabilidade emerge como uma característica destes, não podendo deixar de se encontrar associada ao respetivo condicionamento.

Analogamente, implicando qualquer condicionamento um juízo de racionalidade, uma avaliação custo-benefício, o pressuposto da razoabilidade não apresenta autonomia.

Mais: se ambos os condicionamentos em exame - restrição e suspensão - assumem carácter normativo, não se enxerga em que contexto, na aferição da proporcionalidade, poderia ser levado em consideração um impacto individual e, menos ainda, concreto¹⁰⁴⁸.

8.4.4. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

I - O princípio da confiança ancora-se num dos dois valores mais relevantes da ordem jurídica, a segurança.

Reconduzindo-se, às ideias, associadas, de estabilidade, de previsibilidade, de calculabilidade¹⁰⁴⁹ e de habitualidade.

Porém, ao invés dos princípios da universalidade e da igualdade, e, até, do princípio da proporcionalidade, não ostenta previsão constitucional expressa.

Ainda que possa inferir-se da noção de Estado de Direito¹⁰⁵⁰ ou, até, da noção de Direito.

¹⁰⁴⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 136: “a determinabilidade (...) teria a ver com a exigência de que a medida da restrição seja determinada com suficiente precisão”.

¹⁰⁴⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 136: “a razoabilidade teria a ver com a avaliação da medida da restrição, na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afetado”.

¹⁰⁴⁸ Em sentido diverso, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, p. 411: “o princípio tem muitas outras manifestações, como sejam o chamado princípio do razoável, ou do equilíbrio de posições”.

¹⁰⁴⁹ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 488: “a segurança jurídica enuncia o imperativo de garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida individual e social no respeito pela previsibilidade e calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e das consequências derivadas das respetivas ações”.

¹⁰⁵⁰ No mesmo sentido, Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, pp. 53 e 54: “a jurisprudência constitucional aconchegou-o ao princípio basilar do Estado democrático de Direito e como decorrência do

II - O princípio da confiança em exame desdobra-se, notoriamente, em duas dimensões.

Uma, indispensável, agregada ao passado, uma outra, mais despicienda - mas não irrelevante - vocacionada para o futuro.

III - No que concerne ao passado, o princípio da confiança resulta, antes de mais, da proibição da retroatividade de quaisquer restrições aos direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº 3), e, bem assim, aos direitos de natureza análoga (art. 17º e 18º, nº 3).

Embora não inclua as restrições dos designados direitos económicos, sociais e culturais, (art. 18º, nº 3, *a contrario*), por natureza, contingentes, quanto à sua própria existência.

O princípio da confiança vislumbra-se, identicamente, na exclusão da retroatividade da norma criminal (art. 29º, nº 4), mesmo em circunstancialismos de exceção (art. 19º, nº 6).

E plasma-se, ainda, numa expressa vedação da retroatividade fiscal (art. 103º, nº 3)¹⁰⁵¹.

Ou, por último, subjaz à admissibilidade de modelação dos efeitos retroagentes relativos às decisões, normativas, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (art. 282º, nº 4).

IV - No que refere ao futuro, o princípio da confiança revela-se mais mitigado, atenta a sua virtual colisão com o princípio democrático.

De facto, torna-se indispensável articular semelhante confiança com as exigências da politicidade legislativa ordinária, ou, até mesmo - se bem que em grau mais reduzido - da politicidade subjacente à revisão constitucional.

Articular as expectativas futuras da comunidade política com a decisão dos seus representantes, e a opção entre as várias soluções ordinárias ou constitucionais viáveis¹⁰⁵².

princípio da proibição do arbítrio. Daqui se retira a necessidade de o poder legislativo fundamentar os atos normativos que quebrem as legítimas expectativas criadas na esfera dos cidadãos”.

¹⁰⁵¹ Em sentido oposto, Costa, *O enquadramento...*, p. 417: “entre normas criminais e fiscais “vai o passo ou a diferença que decorre entre o ‘ser’ e o ‘ter’ das pessoas”.

¹⁰⁵² Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 85 e 86: “a proteção da confiança é um princípio limitado, desde logo por força de outras três realidades: a margem de conformação do legislador; a relação entre o tempo e a rigidez regulativa; e o postulado da flexibilidade (que implica a possibilidade de livre revisão das opções políticas da comunidade)”.

8.4.5. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

8.4.5.1. RESPONSABILIDADE CIVIL

8.4.5.1.1. NATUREZA

A responsabilidade civil do Estado (art. 22º) surge como princípio essencial aos Direitos Fundamentais, como um princípio resultante, diretamente, da noção de Estado de Direito.

E não, em rigor, como um direito subjetivo, como um direito subjetivo de natureza análoga, considerada a insuficiente determinação da norma constitucional em exame¹⁰⁵³.

Sem prejuízo de outras manifestações constitucionais, mais específicas, de responsabilidade, conformarem direitos subjetivos (*maxime*, art. 27º, nº 5 e art. 29º, nº 6).

8.4.5.1.2. ÂMBITO

O princípio da responsabilidade não se esgota, constitucionalmente, no sujeito Estado.

Estende-se a todas as restantes entidades públicas, designadamente, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos, empresas públicas, entidades públicas empresariais, associações públicas, fundações públicas, ou entidades administrativas independentes.

8.4.5.1.3. OBJECTO

I - O Estado e as remanescentes pessoas coletivas públicas respondem, civilmente, pelos atos praticados pelos seus órgãos, e pelos danos, para outrem, que de tais atos advenham (art. 22º).

Em primeira linha, quando se encontre em causa a violação de direitos, liberdades e garantias (art. 22º), ou, ainda, a preterição de direitos de natureza análoga (art. 17º e 22º).

Em segunda linha, quando se verifique a existência de um prejuízo relevante (art. 22º).

¹⁰⁵³ “Para o Tribunal Constitucional, o artigo 22º da Constituição da República portuguesa não atribui direitos subjetivos, modelando apenas o instituto da responsabilidade civil (...), cuja densificação tem de ser deixada ao legislador”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 111.

Mesmo tratando-se de outros direitos, quer fundamentais, quer não fundamentais, de expectativas jurídicas, ou, até, de expectativas de facto - os designados direitos sociais¹⁰⁵⁴.

II - A responsabilidade civil contempla, hoje, o conjunto da ação funcional do Estado.

Indo desde a função constitucional revisória à função política, compreendendo a função de governo e a função legislativa, passando, como tipicamente, pela função administrativa, englobando, ainda, a própria função jurisdicional¹⁰⁵⁵, e cobrindo, bem assim, na generalidade dos casos, tanto as ações, como as correspondentes omissões.

III – O normativo ordinário, não se refere, expressamente, à responsabilidade pública por atos da função constitucional derivada, por atos de revisão - ou transição - constitucional.

Parecendo reconduzi-la ao exercício das funções sub-constitucionais legislativa, jurisdicional e administrativa (art. 1º, nº 1, e art. 15º, nº 1, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

Mas, à luz da Constituição, tem de entender-se que semelhantes atos da função constitucional são passíveis de responsabilização, sempre que, das ações ou omissões dos Deputados, praticadas no exercício de funções e por causa de tal exercício, ocorra violação de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (art. 22º e 17º).

De facto, uma revisão constitucional inconstitucional pode gerar uma violação dos referidos Direitos Fundamentais mais gravosa do que qualquer ato legislativo ordinário.

Designadamente, se a inconstitucionalidade se refletir numa ablação dos limites materiais expressos de revisão constitucional, atinentes, precisamente, aos direitos, liberdades e garantias (art. 288º, al. d)) e direitos de natureza análoga a estes (art. 288º, al. d) e 17º).

IV – Em confronto, a responsabilidade inclui, explicitamente, os atos de natureza político-legislativa (art. 22º; e art. 1º e 15º, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro), tanto da competência do Estado, como das suas Regiões Autónomas.

¹⁰⁵⁴ Em sentido próximo, Barra, *Mecanismos...*, p. 233: “a violação de direitos económicos, sociais e culturais como fundamento do dano também deve estar incluída na obrigação de indemnizar (...). O art. 22º não permite outra leitura”.

¹⁰⁵⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 353: “a responsabilidade deixou de se limitar às atuações administrativas, determinando-se a responsabilidade de quaisquer poderes públicos, incluindo a indemnização dos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional e da função (política) legislativa”.

Quer se trate de comissão por ação, quer de comissão por omissão (art. 15º, nº 3, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro), se bem que, aqui, dependendo de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão (art. 15º, nº 5, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

Mais: quer ocorra a violação da Constituição, quer a violação do Direito Internacional, e, especificamente, do Direito da União Europeia, quer, ainda, a violação de ato ordinário reforçado de natureza legislativa (art. 15º, nº 1, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

V - A responsabilidade não se cinge, no quadro da função política, à sub-função legislativa.

A função governativa, a função política não normativa, não deve, igualmente, ser excluída¹⁰⁵⁶, quando examinada a redação da aludida norma constitucional (art. 22º).

Se bem que se não encontre referenciada pelo comando ordinário (art. 15º, nº 1, *a contrario*), em linha, aliás, com a tradicional irresponsabilidade por atos dessa natureza.

VI – Entretanto, o princípio da responsabilidade não pode ignorar a politicidade decisória inerente à função constitucional, ou às funções constituídas, legislativa e governativa.

Nesse contexto, são estabelecidos limites, vários, à responsabilização do poder público.

Assim, tanto a existência como o alcance dessa responsabilidade pública são determinados atendendo às características, específicas, apresentadas por cada situação.

Designadamente, o grau de clareza e de precisão da norma violada, o tipo de inconstitucionalidade, e o facto de terem sido adotadas, ou omitidas, diligências suscetíveis de evitar a ilicitude (art. 15º, nº 4, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

Mas, sobretudo, de forma mais censurável num auto-designado Estado de Direito, o montante indemnizatório pode ser reduzido em relação ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados, por razões de interesse público de excecional relevo, se os lesados forem em número muito elevado (15º, nº 6, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

VII – Usualmente, porém, a responsabilidade civil extracontratual resulta da ação, ou da omissão, da Administração Pública.

Desde logo, atento o número, incomensuravelmente superior, de atos jurídicos praticados, sobretudo, de atos administrativos - ou mesmo, de atos materiais.

Depois, considerada a maior proximidade com os destinatários, e a superior evidência causal entre os atos praticados e os danos gerados.

¹⁰⁵⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 111: “atos políticos e legislativos inconstitucionais”.

Finalmente, em razão do decréscimo de qualidade da ação jurídica, como efeito, inevitável, num modelo intervencionista, da insuficiente preparação do funcionalismo.

Compreendendo-se, pois, que a responsabilidade englobe não só os factos ilícitos (art. 7º, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro), como o próprio risco (art. 11º, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

E que se alargue às pessoas coletivas de direito privado, aos seus trabalhadores, aos titulares de órgãos sociais, aos representantes legais e auxiliares, por ações ou omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público, ou reguladas por disposições e princípios de Direito Administrativo (art. 1º, nº 5, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

VIII – O princípio da responsabilidade estende-se, mitigadamente, à função jurisdicional.

Assim, apenas o regime da responsabilidade administrativa por factos ilícitos é aplicável aos danos causados pela administração da justiça, designadamente, em razão da violação do direito a uma decisão em prazo razoável (art. 12º, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

E mais: a responsabilidade limita-se aos prejuízos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais, ou ilegais, ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto (art. 13º, nº 1, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro), dependendo o pedido indemnizatório de prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente (art. 13º, nº 2, Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro).

8.4.5.2. RESPONSABILIDADE CRIMINAL

I - O ordenamento jurídico pátrio tipifica a responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos (Lei nº 34/87, de 16 de julho).

Entendendo-se como cargos políticos, os de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Deputado à Assembleia da República, membro do Governo, Deputado ao Parlamento Europeu, Representante da República nas regiões autónomas, membro de órgão de governo próprio de região autónoma e membro de órgão representativo de autarquia local (art. 3º, nº 1, Lei nº 34/87, de 16 de julho).

E compreendendo - mais recentemente - os titulares de altos cargos públicos, a saber, gestores públicos, titulares de órgão de gestão de empresas participadas pelo Estado, quando designados por este, membros de órgãos executivos de empresas que integram o sector empresarial local, membros dos órgãos diretivos de institutos públicos, membros das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei, e titulares de cargos de direção superior do 1.º grau e equiparados (art. 3.º-A, Lei nº 34/87, de 16 de julho).

II - Especificamente, no que concerne aos Direitos Fundamentais, ressaltam os crimes de atentado contra a Constituição da República, de atentado contra o Estado de Direito, e de suspensão, ou restrição, inconstitucional ou ilegal, de direitos, liberdades e garantias.

Comete o primeiro desses crimes, o titular de cargo político que, no exercício de funções, vise alterar ou suspender a Constituição, por forma violenta ou com recurso a meios nela não previstos, sendo punido com prisão de cinco a quinze anos, ou de dois a oito anos, se o efeito se não tiver seguido (art. 8º, Lei nº 34/87, de 16 de julho).

Pratica o segundo, o titular de cargo político que, com flagrante desvio ou abuso das suas funções, ou com grave violação dos inerentes deveres, ainda que por meio não violento nem de ameaça de violência, tente destruir, alterar ou subverter o Estado constitucionalmente estabelecido e, nomeadamente os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sendo punido com prisão de dois a oito anos, ou de um a quatro anos, se o efeito se não tiver seguido (art. 9º, Lei nº 34/87, de 16 de julho).

Finalmente, numa referência mais direta aos principais modos de condicionamento dos Direitos Fundamentais, constitui crime o ato daquele que, em flagrante desvio das suas funções, ou com grave violação dos inerentes deveres, suspenda o exercício de direitos, liberdades e garantias insuscetíveis de suspensão, sem recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência, ou impeça ou restrinja aquele exercício, com violação grave das regras de execução do estado declarado, sendo punido com pena de prisão de dois a oito anos, se lhe não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal (art. 15º, Lei nº 34/87, de 16 de julho).

III - A responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos ou outros cargos públicos assume, pois, enquanto fundamento, expresso, a preterição de direitos, liberdades ou garantias.

Sem embargo, e ainda que muito duvidosamente - em razão do princípio da legalidade criminal - essa responsabilização não se esgotará nesses direitos, liberdades ou garantias.

Incluindo, por recurso à inferência jurídica e ao argumento de maioria de razão - não através de mecanismos de integração analógico-valorativa - um número, restrito, de direitos de natureza análoga, pessoais, e, de entre eles, os mais ligados à personalidade.

Mormente, os direitos de resistência (art. 21º) e de legítima defesa (art. 21º), o direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23º, nº 1), alguns dos direitos dos administrados (art. 268º) e, inclusive, os paradigmáticos direitos de propriedade privada (art. 62º), ou de iniciativa privada (art. 62º)

8.4.6. ALEGADO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

I - O desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1) - introduzido pela revisão constitucional de 1997 - não se afirma como um princípio jusfundamental, e menos, decerto, como o mega-princípio que iluminaria o sistema jusfundamental português¹⁰⁵⁷.

Desde logo, porque se afiguraria bizarro que um princípio geral, dotado de similar relevância, se encontrasse ínsito no próprio catálogo de direitos, liberdades e garantias.

E, mais ainda, num preceito no qual se inscrevem múltiplos outros direitos - a saber, à identidade pessoal e identidade genética, à capacidade civil, cidadania, bom nome e reputação, à imagem e palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e, bem assim, à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (art. 26º, nº 1 e nº 3).

Depois, porque o correspondente conteúdo resulta já, maioritariamente, de um alargado grupo de direitos integrantes do próprio catálogo jusfundamental de direitos, liberdades e garantias, bem como, de esparsos direitos de natureza análoga à daqueles¹⁰⁵⁸.

II - O desenvolvimento da personalidade recorta-se, assim, como um direito, como um direito subjetivo, e como um direito subjetivo de natureza pessoal (art. 26º, nº 1).

¹⁰⁵⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, pp. 712, 529 e 524: “é de recusar qualquer feição estruturante a um pretensão direito geral de liberdade a deduzir do artigo 26º, nº 1”. “É altamente questionável que a Constituição portuguesa tenha pretendido positivizar um direito geral de liberdade ou um dever geral de solidariedade, que permitissem afirmar que cada um dos direitos fundamentais de liberdade corresponde a uma especificação dessa liberdade geral ou que cada um desses direitos fundamentais sociais traduz uma especificação desse dever geral de solidariedade”. “Não lhe pode ser reconhecida a qualidade de *lex generalis*, nem no confronto com os demais direitos de personalidade, nem no confronto com os demais direitos, liberdades e garantias pessoais de liberdade, nem, obviamente, no confronto com a generalidade dos demais Direitos Fundamentais da Constituição”.

¹⁰⁵⁸ Em sentido oposto, Pinto, *Direitos de personalidade...*, p. 19: “não representa (...) apenas a consagração de um direito subjetivo, mas também, objetivamente, a afirmação de um princípio interpretativo da relação entre os cidadãos e o Estado e de uma decisão valorativa fundamental”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 39: “relação entre o direito ao desenvolvimento da personalidade e os outros Direitos Fundamentais como relação entre *lex generalis* e *leges speciales*”; e Novais, *As restrições...*, p. 413: “jusfundamentalização da liberdade geral de ação (...), afirma o primado do princípio da autonomia e da liberdade de ação frente ao Estado e protege a liberdade geral de ação contra quaisquer restrições infundadas”.

Assumindo, porém, tão-somente, a natureza de um direito integrativo de outros direitos subjetivos pessoais¹⁰⁵⁹, ou, eventualmente, de uma simples garantia¹⁰⁶⁰.

Finalmente, a localização sistemática, em sede de direitos, liberdades e garantias, pessoais, bem como a ocupação, no seio destes, de um relevante posicionamento, não autoriza, de nenhum modo, uma sua qualificação jurídica como possível direito social¹⁰⁶¹.

III - Conteudisticamente, o direito - ou, porventura, a garantia - ao desenvolvimento da personalidade, traduz um direito à individualidade, à pessoalidade, à singularidade, à irrepetibilidade, ou mesmo, numa única palavra, um verdadeiro direito à diferença¹⁰⁶².

8.5. REGIME DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A atual Constituição portuguesa estabelece, enquanto três categorias autónomas de Direitos Fundamentais, os direitos, liberdades e garantias (art. 24º a 57º), os direitos de natureza análoga (art. 17º), e os direitos económicos, sociais e culturais (art. 58º a 79º).

No entanto, configura um único regime específico, o dos direitos, liberdades e garantias.

De facto, os direitos de natureza análoga partilham, integralmente, esse regime dos direitos, liberdades e garantias, porque decorrem, apenas, de deficiente sistematização.

¹⁰⁵⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 502: “não é um direito principal (de que os demais direitos de liberdade sejam meras especificações), mas um direito apenas residual”.

¹⁰⁶⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 501: “o direito ao desenvolvimento da personalidade constitui uma nova garantia jusfundamental, que tem por objeto a proteção dos núcleos mais estreitos da personalidade e, quando com eles conexos, das formas mais elementares da autonomia individual e da liberdade da ação humana (...), desde que não estejam adequadamente abrangidos pelo âmbito de proteção de qualquer dos concretos direitos, liberdade e garantias constitucionalmente reconhecidos”.

¹⁰⁶¹ Em sentido oposto, Pinto, *Direitos de personalidade...*, p. 18: “noção de desenvolvimento da personalidade requer uma indispensável dimensão social do direito em causa (...). O desenvolvimento da personalidade é por natureza comunicativo e ocorre em interação, tendo como contexto necessário a interação com as outras pessoas”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 15: “não pode considerar-se autónoma a pessoa cujas necessidades básicas de subsistência não são satisfeitas. Sem tal satisfação não se verifica o desenvolvimento da personalidade”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 842: “ligação da figura com o direito (dos Povos) ao desenvolvimento e com a promoção das condições económicas, sociais e culturais que influenciam o desenvolvimento integral da personalidade”.

¹⁰⁶² No mesmo sentido, Pinto, *Direitos de personalidade...*, pp. 10 e 17: “a previsão expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade tem como sentido fundamental tutelar a diferença de individualidade de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia (...). “Algo que se auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projeto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónoma”.

E, opostamente, os direitos económicos, sociais e culturais não beneficiam de qualquer regime constitucional específico, em linha com a sua natureza de expectativas fácticas.

8.5.1. REGIME DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

8.5.1.1. PRECETIVIDADE

I - Os direitos, liberdades e garantias ostentam uma natureza precetiva, uma natureza não-programática, em consequência da sua superior determinabilidade constitucional¹⁰⁶³.

Logo, são aplicáveis diretamente (art. 18º, nº 1), afirmando uma constitucionalidade genética¹⁰⁶⁴, dispensatória de subseqüentes normas ordinárias que os concretizariam¹⁰⁶⁵.

De onde, são aplicáveis imediatamente¹⁰⁶⁶, traduzindo uma aplicabilidade não apenas direta, mas, cumulativamente, nunca potencial, nunca diferida, nunca futura¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶³ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 193 e 194: “significa (...) a afirmação do carácter jurídico-positivo e não meramente programático (proclamatório) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias. Constitui, neste sentido, uma explicitação do princípio da constitucionalidade”.

¹⁰⁶⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 194: “não é possível sustentar que os Direitos Fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei (em virtude de uma transposição legal) (...) porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador”; e Novais, *As restrições...*, p. 159: “o reconhecimento constitucional da aplicabilidade direta dos Direitos Fundamentais e da correspondente vinculação do legislador ordinário aos seus preceitos marca uma clara inversão da visão tradicional da relação Direitos Fundamentais/lei”.

¹⁰⁶⁵ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1118: “os direitos, liberdades e garantias, para serem exercitáveis pelos respetivos titulares, não carecem de qualquer interposição legislativa, bastando-se a si mesmos e por si impondo os seus comandos”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 438: os “direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos imediatamente eficazes e atuais por via da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 184: “carácter de direito diretamente aplicável, independentemente da intervenção legislativa concretizadora, ou assegurado por uma imposição de legislação procedimentalmente necessária”.

¹⁰⁶⁶ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1119: “os direitos, liberdades e garantias caracterizam-se por uma aplicabilidade imediata”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 93: “aplicabilidade direta (aplicação imediata ou imediaticidade aplicativa) significa que os preceitos que enunciam direitos, liberdades e garantias (...) são normas suscetíveis de execução imediata”.

¹⁰⁶⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 93: “nem são normas de aplicação futura (que estabeleçam os objetivos a atingir, deixando ao legislador a escolha do momento e da forma dessa efetivação), nem são normas programáticas (mas sim precetivas), nem meras proclamações de natureza moral ou política cujo cumprimento não possa ser exigido perante um tribunal”; e Gouveia, *Manual...*, p. 1119: “as faculdades contidas naquela categoria de direitos podem ser logo realizáveis e não estão

Mais: em rigor, ou a aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias, é direta e mediata, ou não é, nem imediata, nem, tão-pouco, direta^{1068 1069}.

II – Não obstante, nenhum direito, nenhuma liberdade, e nenhuma garantia, reveste uma aplicabilidade direta integral, ou uma integral aplicabilidade imediata.

Nenhum direito, liberdade, ou garantia, por mais nuclear que se apresente, dispensa, na íntegra, supervenientes atos legislativos ordinários¹⁰⁷⁰, ou produz, de imediato, todos os respetivos efeitos¹⁰⁷¹.

Nem no que se refere à identificação definitiva dos próprios direitos e liberdades, nem, sobretudo, no que tange às inerentes garantias, substantivas e adjetivas.

Exemplificativamente, a aplicabilidade direta ou imediata do direito à vida (art. 24º, nº 1), sem a criminalização legal do homicídio, do infanticídio, do auxílio ao suicídio, ou do aborto, seria pouco menos do que inexistente, atenta a única garantia constitucional, expressa, a da proibição da pena de morte (art. 24º, nº 2).

Mutatis mutandis, a aplicabilidade direta ou imediata do direito à integridade pessoal, física e psíquica (art. 25º), sem a previsão ordinária dos crimes de ofensas corporais e dos

dependentes da consecução de condições de facto, como condições económicas e sociais, podendo as mesmas impor-se aos restantes estalões do ordenamento”.

¹⁰⁶⁸ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1120: “a efetividade que se pretende impor através desta aplicabilidade direta só é verdadeiramente lógica se for acompanhada de uma prévia aplicabilidade imediata”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 93: “aplicabilidade direta (aplicação imediata ou imediaticidade aplicativa) significa que os preceitos que enunciam direitos, liberdades e garantias (...) são normas suscetíveis de execução imediata”.

¹⁰⁶⁹ Em sentido oposto, Novais, *As restrições...*, p. 135: “pode não significar (...) exequibilidade imediata da norma constitucional”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 197: “aplicabilidade direta não é equivalente a exequibilidade imediata”.

¹⁰⁷⁰ Em sentido diverso, Martinez, *Comentários...*, pp. 32 e 33: “a redação do artigo faz correr o risco de se julgar que as normas constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias se vão refletir nas esferas jurídicas dos destinatários em projeção prévia nos planos da legislação ordinária e dos regulamentos. Nem sempre é possível”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 438: “se esta ideia de aplicabilidade direta significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes”; e Novais, *As restrições...*, p. 134: “o direito constitucional fundamental de liberdade pode carecer, eventualmente, de densificação, conformação, regulamentação ou concretização por parte do legislador ordinário”.

¹⁰⁷¹ Em sentido próximo, Costa, *A hierarquia...*, p. 13: “mesmo neste domínio dos direitos ‘imediatamente aplicáveis’, não tem o Tribunal deixado de reconhecer o espaço que eles ainda assim concedem à ‘liberdade constitutiva’ do legislador, com o conseqüente respeito pela ‘opções’ legislativas que entende caberem dentro dessa ‘liberdade’” (...); e bem que a Constituição pressuponha, quanto a tais direitos, que o respetivo conteúdo e extensão se encontram nela mesma definidos, não deixa a sua ‘materialização’ de exigir dos operadores jurídicos, em particular do Tribunal Constitucional, uma mais ou menos ampla e delicada atividade interpretativa”.

crimes contra a honra, perante a garantia constitucional, apenas, da proibição da tortura e dos tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (art. 25º, nº 2).

III - Acresce que, em caso de restrição (art. 18º, nº 2 e 3), o condicionamento do direito, liberdade e garantia e, bem assim, o grau de subsistência do mesmo, não decorre, nem poderia decorrer, direta ou imediatamente, da norma constitucional.

Acresce, ainda, que idêntica fenomenologia ocorre em caso de suspensão do respetivo exercício, com uma única exceção para os direitos, liberdades e garantias insusceptíveis (art. 19º, nº 6).

E acresce, por fim, que a ultrapassagem de uma superveniente colisão entre direitos, liberdades e garantias, não se escora num comando constitucional - nem, tão-pouco, ordinário - mas numa ponderação de carácter individualizado e concretizado.

IV - A preceitividade assume características diversificadas, variando em função da estrutura do direito, da liberdade, ou da garantia, em exame¹⁰⁷².

Assim, tratando-se de uma exigência de abstenção do Estado, essa preceitividade determina que o respetivo exercício não seja prejudicado com fundamento em eventual omissão de legislação ordinária.

E legitima uma possível verificação da inconstitucionalidade por omissão¹⁰⁷³ - não obstante esta não se revelar obstáculo, fáctico, ao exercício desse direito¹⁰⁷⁴.

Ao invés, tratando-se, de uma exigência de intervenção do Estado, uma eventual inconstitucionalidade legislativa determina a aplicação do comando constitucional, em toda a extensão possível, substituindo o comando ordinário invalidado¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 538: “são distintos os graus de densidade e exequibilidade das normas de direitos, liberdades e garantias (nem todas as normas implicam uma imediata transformação em direitos subjetivos dos particulares)”.

¹⁰⁷³ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 94: “a aplicabilidade direta implica que o legislador está, de imediato, obrigado (sem entrar em conta com os meios ou recursos materiais disponíveis) a emitir a lei ou as leis necessárias para a plena exequibilidade desses direitos”.

¹⁰⁷⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 196: “os preceitos constitucionais são de facto imediatamente exequíveis, isto é, os direitos podem, em regra, ser exercidos, ainda que não exista ainda uma intervenção legislativa prévia.

¹⁰⁷⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 199: “caso conclua pela inconstitucionalidade da lei ordinária, os juízes têm um poder de desaplicação e, porque não podem deixar de agir, sob pena de denegação de justiça, devem resolver o caso como se essa lei não existisse, aplicando diretamente, em vez dela, os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados”.

V – Finalmente, a preceitividade dos direitos, liberdades e garantias, a sua aplicabilidade direta e imediata, assume implicações hermenêuticas.

Fundando um dever de interpretação, um dever de inferência e, até, um dever de integração, conformes à Constituição, de todos os dispositivos ordinários relativos a tais direitos, liberdades e garantias¹⁰⁷⁶.

8.5.1.2. VINCULATIVIDADE

Os direitos, liberdades e garantias assumem, constitucionalmente, natureza vinculativa.

Plenamente vinculativa, para o Estado e para as outras entidades públicas personalizadas.

E, limitadamente vinculativa, para as entidades privadas, mormente, para os indivíduos.

8.5.1.2.1. VINCULATIVIDADE DAS ENTIDADES PÚBLICAS

8.5.1.2.1.1. ÂMBITO

I - Os direitos, liberdades e garantias adstringem, primariamente, as entidades públicas (art. 18º, nº 1)¹⁰⁷⁷.

Adstringem o Estado e as restantes entidades públicas, designadamente, Regiões Autónomas, autarquias locais - ou afins - associações públicas, institutos públicos, fundações públicas, empresas públicas *lato sensu* e entidades independentes.

Adstringem, ainda, os concessionários, porquanto estes, embora surgindo como entidades privadas, prosseguem uma atividade pública administrativa, encontrando-se dotados, para esse efeito, dos correspondentes poderes de autoridade¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁶ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1119: “funciona como parâmetro interpretativo autónomo, impondo-se à norma infra-constitucional, a qual se submete a uma interpretação conforme à Constituição, na hipótese em que ela seja viável”.

¹⁰⁷⁷ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 440: “vinculação explícita e principal de todas as entidades públicas”.

¹⁰⁷⁸ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 96: “são destinatários dessa vinculação (...) pessoas privadas que exerçam poderes públicos (como os concessionários de serviços públicos)”.

Analogamente, a vinculação das entidades públicas abrange quer os atos de gestão pública, praticados de acordo com as regras do Direito Administrativo, quer os atos de gestão privada, regidos pelo Direito Privado, mormente, pelo Direito Comercial¹⁰⁷⁹.

II – O preceito analisando reveste, contudo - neste segmento - uma natureza tautológica.

Efetivamente, se o Estado português se identifica como Estado de Direito (art. 2º), isso sugere que se encontra, no plano jurídico global, vinculado à Constituição (art. 3º, nº 2).

E que a validade das leis e demais atos do Estado, Regiões Autónomas, poder local e outras entidades públicas depende de conformidade com essa Constituição (art. 3º, nº 3).

Com uma Constituição na qual têm sede, exclusiva, os direitos, liberdades e garantias.

Mais: ainda que se entendesse que semelhantes direitos poderiam assumir origem legal, a sua observância pelo Estado e pelas outras entidades públicas encontrar-se-ia prevista, igualmente, por força do princípio da legalidade (art. 3º, nº 2)¹⁰⁸⁰.

III – Entretanto, vinculação das entidades públicas não se sinonimiza com não-liberdade absoluta.

De facto, a politicidade inere à democracia, assentando, diretamente, numa vontade popular renovável e passível de expressão pela eleição ou pelo referendo¹⁰⁸¹.

Por maioria, absoluta, de razão, quando, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias se inscrevem algumas realidades - os direitos dos trabalhadores - que, materialmente, se apresentam como direitos sociais, e não como direitos de liberdade.

¹⁰⁷⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 442: “quer se trate de desempenho imediato de tarefas públicas na forma do direito privado (direito privado da administração), quer se trate de atos privados em sentido estrito, em que os poderes públicos atuam nas vestes de um particular”.

¹⁰⁸⁰ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1121: “destina-se a frisar que projeção dos direitos, liberdades e garantias não fica acantonada numa qualquer mais estreita relação entre as pessoas e o Estado mas num contexto mais geral das entidades públicas”.

¹⁰⁸¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 206: “as forças vivas de uma comunidade não se resignam (...) a cumprir com subserviência um destino legado em testamento, muitas vezes elaborado em época de euforia utopista”.

8.5.1.2.1.2. OBJETO

I – A vinculatividade dos direitos, liberdades e garantias alarga-se a todas as funções do Estado, quer as constitucionais, quer as constituídas, política, administrativa e jurisdicional¹⁰⁸².

O que se traduz numa adstrição destes direitos a um princípio, global, de juridicidade¹⁰⁸³.

II – Semelhante vinculatividade incide, desde logo, na função constitucional derivada.

A revisão constitucional está condicionada à observância do específico sistema de direitos, liberdades e garantias vigente (art. 288º, al. d)), se bem que tal não implique, nem fixismo, nem, tão-pouco, literalidade interpretativa.

Admite-se, pois, a restrição desses direitos, ou de algum, ou de alguns, desses direitos, e não se afastando, inclusivamente, possíveis supressões, desde que com rigorosa manutenção de um índice equivalente, qualitativo e quantitativo, de jusfundamentalidade.

III – Em contraste, os atos da função constituída político-governativa, quer os atos positivos - de direção - quer os atos negativos - de controlo - não se encontram, juridicamente, gravados por semelhante obediência aos direitos, liberdades e garantias.

Efetivamente, em caso de desconformidade com a Constituição, os atos governativos revelam-se impassíveis de qualquer sindicância jurídica, ou, sobremaneira, jurisdicional.

Comprimindo o alcance da vinculação dos órgãos políticos aos direitos liberdades e garantias, e auto-rompendo com uma noção, constitucionalmente adequada, de Estado de Direito¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 95: “vinculam diretamente todas as funções do Estado (...) sem excluir a própria função de revisão constitucional”.

¹⁰⁸³ No mesmo sentido, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 74: “hoje, ao lado do princípio da constitucionalidade e da legalidade, parece ganhar cada vez mais sentido falar-se em juridicidade (...) o que tem inegáveis consequências para o entendimento das funções ditas subordinadas, como a função jurisdicional e a função administrativa”.

¹⁰⁸⁴ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 445: “a força dirigente dos Direitos Fundamentais relativamente ao poder executivo impõe-se mesmo perante os tradicionais atos de governo, praticados no exercício de uma função política ou governamental”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 96: “o facto de essas atuações (públicas) poderem não ter uma sanção jurisdicional efetiva não significa que não exista uma vinculação constitucional estrita nesse domínio”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 228: no que toca à “função política ou governamental (...), apesar da falta de sanção jurídica, também os órgãos supremos do Estado devem considerar-se obrigados pela Constituição (art. 3º, nº 3)”.

IV – A adstrição das entidades públicas reporta-se, mais comumente, à função político-legislativa¹⁰⁸⁵.

Função que não surge, hoje, como uma função livre, mas, apenas, dotada de politicidade.

O que significa que encontra como limite e fundamento a Constituição, que está subordinada, hierarquicamente, às funções constitucionais, originárias e derivadas.

Mas não significa, nem bloqueio, nem compressão excessiva, da decisão infra-constitucional, decisão que encontra, teoreticamente, origem na vontade popular¹⁰⁸⁶.

De facto, não se recortando como função livre, não é possível, também, configurá-la como função discricionária, conceito de matriz, essencialmente, administrativa.

Esta vinculação da função legislativa assume uma dupla natureza, implicando, de uma parte, a não violação, por ação, das normas relativas aos direitos, liberdades e garantias.

E determinando, de outra parte, a não violação, por omissão, de tais normas, sempre que estas, apesar da sua preceitividade estrutural, exijam uma complementação ordinária¹⁰⁸⁷.

V - A vinculação das entidades públicas, dirige-se, após o legislador, ao administrador.

Efetivamente, os órgãos e os agentes administrativos encontram-se subordinados não apenas à normação legislativa ordinária, como à própria Constituição (art. 266º, nº 2).

Mais: encontram-se subordinados, agravadamente, a esta última, atenta a configuração de alguns deveres, exclusivos, da Administração Pública (art. 268º).

Exemplificativamente, na ótica dos administrados, um direito à informação procedimental, um direito de acesso aos registos e aos arquivos administrativos, um direito à notificação prévia, ou um direito à fundamentação das decisões administrativas.

Pese embora, o seu carácter, formal, não de verdadeiros direitos, liberdades ou garantias, mas de direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (art. 17º).

¹⁰⁸⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 96: “o legislador (...) é quem recebe o mandato mais alargado para a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”.

¹⁰⁸⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 206: “a função político-legislativa é demasiado complexa e aventureira para poder ser subjugada e degradada a uma tamanha mesquinhez administrativa”. “Não é lícito reduzir o poder de conformação do legislador a uma discricionariedade em sentido técnico. A Constituição não pode ser vista como uma lei, pois não pode ter, pela sua vocação ascética de intemporalidade, o mesmo apetite regulamentador”.

¹⁰⁸⁷ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 440: “dever de estes conformarem as relações de vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e diretivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias”.

VI - Hodiernamente, a Administração Pública está obrigada, em simultâneo, a um princípio de constitucionalidade e a um princípio da legalidade.

Todavia, em circunstâncias de incompatibilidade entre ambos, as superiores exigências do primeiro têm de preferir, necessariamente, sobre as que balizam o segundo¹⁰⁸⁸.

Aliás, se as normas reguladoras dos direitos, liberdades e garantias gozam de preceitividade, não faria sentido sobrepor uma norma ordinária a uma norma que, além de formalmente constitucional, reveste, cumulativamente, semelhante característica.

No limite, poderá entender-se que a preferência da constitucionalidade sobre a legalidade se circunscreva à alta administração¹⁰⁸⁹, e que, no que toca à remanescente administração, o princípio da legalidade somente resulte afastado em circunstâncias extremas¹⁰⁹⁰.

Designadamente, quando os atos legislativos que fundamentariam a preferência da legalidade sobre a constitucionalidade se afigurem inexistentes ou nulos (art. 162º, Código do Procedimento Administrativo)¹⁰⁹¹.

Assim, aqueles cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível, constitua ou seja determinado pela prática de um crime (art. 162º, nº 2, al. c)), os praticados sob coação física ou sob coação moral (art. 162º, nº 2, al. f)), os viciados por usurpação de poder (art. 162º, nº 2, al. a)), os praticados com desvio de poder para fins de interesse privado (art. 162º, nº 2, al. e), Código do Procedimento Administrativo).

Do mesmo modo, os atos que careçam em absoluto de forma legal (art. 162º, nº 2, al. g)), as deliberações de órgãos colegiais, tomadas tumultuosamente, ou com inobservância do *quorum* ou da maioria legalmente exigidos (art. 162º, nº 2, al. h), Código do Procedimento Administrativo).

E, por último, mais especificamente, os que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental (art. 162º, nº 2, al. d), Código do Procedimento Administrativo) - e, não apenas, de um direito, liberdade e garantia.

¹⁰⁸⁸ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 447: “prevalência da vinculação pela Constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade)”.

¹⁰⁸⁹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 204: “deve reservar-se sempre aos órgãos superiores da Administração (...) a faculdade da não aplicação”.

¹⁰⁹⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 203: “sujeição especial da atividade administrativa (...) ao princípio da legalidade e ausência de uma competência específica do poder executivo para fiscalização da constitucionalidade”.

¹⁰⁹¹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 203: “um suporte dogmático para a solução poderá ser constituído pela aplicação da teoria da evidência em matéria de invalidade, ligando a um vício de inconstitucionalidade desse tipo a consequência da nulidade-inexistência. Não haverá conflito, porque a lei, em rigor, não ‘existe’, não produz efeitos e não obriga a Administração”.

VII - Questão não despicienda, por uma dupla ordem de razões, é a da subsistência - embora, hoje, em termos mais mitigados - do designado privilégio da execução prévia.

De um lado, porque este significa, num plano imediato e fático, a não-vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº 1).

De outro lado, porque sinaliza uma relevante compressão do princípio da proteção jurídica (art. 20º).

Com efeito, o direito ou a liberdade em questão podem resultar, definitivamente, preteridos, apesar da maior prioridade e da maior celeridade processuais (art. 20º, nº 5).

VIII – Uma exigência, adicional, de vinculação das entidades públicas administrativas refere-se, compreensivelmente, à polícia (art. 273º).

De onde, a prevenção da criminalidade - e a respetiva repressão - só poder ser prosseguida com um respeito, agravado, pelos direitos, liberdades e garantias (art. 272º, nº 3).

IX – Derradeiramente, a vinculatividade das entidades públicas assume como destinatária a função jurisdicional.

Em decorrência do princípio, incontornável, do Estado de Direito e, nesse quadro, da atribuição de uma competência, de matriz difusa, para a fiscalização da constitucionalidade (art. 204º).

Assim, os Tribunais, quaisquer Tribunais, não podem, nos pleitos que lhes são submetidos, aplicar, nem normas constitucionais, nem normas constituídas políticas, nem normas constituídas administrativas, que infrinjam o disposto na Constituição (art. 204º)¹⁰⁹².

¹⁰⁹² O que, de algum modo, transforma qualquer Tribunal num Tribunal da constitucionalidade"; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 99.

8.5.1.2.2. VINCULATIVIDADE DAS ENTIDADES PRIVADAS

8.5.1.2.2.1. FUNDAMENTO

I - Originariamente, os Direitos Fundamentais, *maxime*, os direitos de liberdade, recortam-se, em exclusivo, como mecanismos de defesa dos indivíduos face aos poderes públicos¹⁰⁹³.

Supervenientemente, realizado o Estado de Direito, emerge a consciência de que a violação dos bens jurídicos pode encontrar origem, ou em poderes privados¹⁰⁹⁴, ou nos remanescentes membros da comunidade.

Quiçá, de forma agravada, se considerado um critério de ordem meramente quantitativa.

Tecnicamente, semelhante vinculação dos entes privados encontra inspiração no Direito das Obrigações, mais especificamente, no designado duplo efeito dessas adstrições.

Na ideia de que, para além da vinculação do próprio devedor, neste caso, da vinculação dos entes públicos, emerge um segundo tipo de vinculação, abrangendo todos os entes privados, e impondo-lhes um inerente dever geral de observância daquela vinculação¹⁰⁹⁵.

II - Nesse novo quadro, a Constituição vocaciona-se para a disciplina, não apenas das relações jurídicas públicas, ou mesmo das relações público-privadas, mas, cumulativamente, das próprias relações jurídicas inter-privadas (art. 18º, nº 1, *in fine*)¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 231: “o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques (...), obedecendo por isso, respetivamente, ao direito privado ou ao direito público”.

¹⁰⁹⁴ No mesmo sentido, Luño, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 27: “ao inegável protagonismo tradicional assumido pelo *Leviatan* estadual na agressão das liberdades surgiram hoje poderosos competidores, entre os quais haverá que citar os grupos económicos nacionais e, especialmente, multinacionais, detentores de uma hegemonia fáctica sobre o resto dos cidadãos”.

¹⁰⁹⁵ No mesmo sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A vinculação...*, p. 260: “duplo efeito das obrigações: um efeito interno, dirigido ao devedor e impondo-lhe uma determinada prestação e um efeito externo, que consiste no dever imposto a todas as outras pessoas de respeitar o direito do credor (...). Transposta esta construção do ‘efeito externo’ das obrigações para o âmbito dos Direitos Fundamentais, temos que os Direitos Fundamentais se encontram, primacialmente, dirigidos contra o Estado, enquanto as entidades privadas se encontram na secundária posição de não poder por em causa esses direitos”.

¹⁰⁹⁶ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 97: “avulta, sobretudo à medida que os Direitos Fundamentais também enquadram relações jurídicas horizontais (...), o papel do Estado como protetor dos Direitos Fundamentais ou amigo dos Direitos Fundamentais (...) por imperativo constitucional”.

Mais: dele resulta, inclusive, a pretensão de converter o antigo inimigo dos Direitos Fundamentais, o Estado, num Estado, supostamente, amigo dos Direitos Fundamentais.

Num Estado que, organizaria, e promoveria, e redistribuiria, esses Direitos Fundamentais.

A verdade, entretanto, é que, nesse quadro novo, o Estado transforma em inimigos dos Direitos Fundamentais as entidades privadas e, especificamente, os remanescentes indivíduos¹⁰⁹⁷.

Vinculando-os, fiscalizando-os, controlando-os, limitando-os, condicionando-os, restringindo-os, ou mesmo, desindividualizando-os, publicizando-os e socializando-os.

Numa absoluta involução da ideia de Direitos Fundamentais, e da natureza última do Direito Constitucional, travestido num Direito, simultaneamente, Público e Privado¹⁰⁹⁸.

8.5.1.2.2.2. ALCANCE

I - A Constituição não explicita o alcance, efetivo, desta vinculação dos sujeitos privados.

Nem esclarece se se opera em relação à integralidade dos direitos, liberdades e garantias.

Não obstante essa lacuna, qualquer paralelismo jurídico, mesmo tendencial ou circunscrito, com a vinculação dos sujeitos públicos, tem de ser, liminarmente, rejeitado.

Revelando-se insuficiente a mera exclusão daquelas posições jurídicas ativas que, pela natureza das coisas, são insuscetíveis de qualquer forma de vinculatividade privada¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ Em sentido oposto, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 97: “a obrigação do Estado não só de respeitar mas também de proteger contra as ofensas de terceiros os bens jurídicos servidos pelos Direitos Fundamentais faz desde logo sentido à luz da ideia do Estado como garante da paz jurídica (art. 202º, nº 2)”; “encontra uma formulação explícita no artigo 9º, que aponta como tarefas fundamentais do Estado garantir os direitos e liberdades fundamentais (al. b)) e promover a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais (al. d))”.

¹⁰⁹⁸ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 232: “esbate-se a distinção entre entidades públicas e privadas e, em consequência, a diferença entre o Direito Público e o Direito Privado como critério de relevância dos Direitos Fundamentais”.

¹⁰⁹⁹ No mesmo sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A vinculação...*, p. 268: “do problema se excluem os direitos, liberdades e garantias que auto-limitam o seu campo da aplicação face ao Estado, como acontece nos artigos 31º (garantias do processo criminal), 32º (*habeas corpus*) e 33º (extradição, expulsão e direito de asilo)”.

II - Em primeiro lugar, porque é notório que os sujeitos privados não podem deixar de se orientar senão, matricialmente, pelos princípios da autonomia voluntária e da liberdade individual¹¹⁰⁰.

Em segundo lugar, porque é seguro que a vinculação dos entes privados não pode obrigar a uma observância estrita, do princípio da igualdade, nem na sua valência afirmativa, nem, tão-pouco, na correspondente valência não-discriminadora.

Em terceiro lugar, porque é manifesto que os direitos, liberdades e garantias são insuscetíveis de ter, como titulares de deveres, únicos e exclusivos, entidades privadas¹¹⁰¹.

Em quarto lugar, porque, pela natureza das coisas, existem direitos, existem liberdades, e existem garantias, necessariamente individuais, que não podem implicar uma deverosidade cujos destinatários seriam os remanescentes sujeitos individuais^{1102 1103}.

8.5.1.2.2.3. NATUREZA

I – Não deve negar-se que a vinculação, mitigada, das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias, concorre para um significativo progresso na respetiva efetividade.

Importa distinguir, porém, entre as três teses que nesta matéria se defrontam, especificamente, a dos deveres de proteção, a da eficácia direta, e a da eficácia indireta.

¹¹⁰⁰ No mesmo sentido, Silva, Pereira da, *A vinculação...*, p. 267: “necessidade de conciliação dos Direitos Fundamentais com os princípios fundamentais do Direito Privado”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 103: “os poderes públicos estão total, direta e imediatamente (salvo perante normas não exequíveis) vinculados aos direitos e liberdades fundamentais (...), ao passo que os particulares gozam de autonomia e de liberdade, no quadro do sistema de direitos e liberdades fundamentais”.

¹¹⁰¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 104: “não pode haver um Direito Fundamental que tenha como destinatário exclusivo entidades privadas”.

¹¹⁰² No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1123: “direitos inoponíveis aos particulares por fazerem sentido apenas contra o poder público, como sucede com o direito à cidadania, o direito à proteção jurisdicional efetiva ou a garantia do *habeas corpus*”.

¹¹⁰³ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 137: “a eficácia externa dos Direitos Fundamentais foi inicialmente pensada como eficácia horizontal, para fundamentar uma obrigação geral de respeito nas relações entre indivíduos, supostamente iguais, contraposta à sua típica eficácia vertical, nas relações do indivíduo perante o poder estadual (...). Tendo em conta que os sujeitos da relação jusfundamental seriam o sujeito e o Estado, a eficácia externa das normas relativas aos Direitos Fundamentais surgia então concebida como eficácia perante terceiros”.

II – A tese dos deveres de proteção advoga que os sujeitos públicos se encontram vinculados, não apenas ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, mas, ainda, a uma proteção dos mesmos face a quaisquer violações pelos sujeitos privados¹¹⁰⁴.

Fazendo refletir sobre esses entes públicos, e não sobre os privados, a integral responsabilidade pela preterição de semelhantes direitos, liberdades e garantias.

E assumindo que esse desrespeito tem como causa - ou, pelo menos, como causa indireta - uma insuficiência, ou uma inadequação, da necessária proteção estadual¹¹⁰⁵.

À luz de uma ideia, minimalista, de liberdade, semelhante construção tem de ser afastada.

Efetivamente, os sujeitos privados, sobretudo, os indivíduos, perfilam-se como membros da sociedade dotados de vontade própria, livres¹¹⁰⁶ e, em consequência, auto-responsáveis¹¹⁰⁷, ou, no mínimo, dependentes das áleas inerentes à própria vida¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 239 e 240: “os preceitos relativos aos Direitos Fundamentais dirigir-se-iam em primeira linha às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (...) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam d.a atuação de outros particulares”. “Alargam a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de Direito Privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação de velarem efetivamente por que não existam ofensas aos Direitos Fundamentais por parte de entidades privadas”.

¹¹⁰⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 241: “retiram do monopólio estadual da autoridade a ideia da responsabilidade pública por qualquer agressão, por privados, dos Direitos Fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre imputável ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou pela ausência de uma lei, quando não resultou da falta de prevenção ou repressão do incumprimento da lei em vigor”.

¹¹⁰⁶ No mesmo sentido, Canotilho, *Sobre os fundamentos...*, pp. 39 e 40: “levado até às últimas consequências, este modelo será, afinal, o ‘modelo de servidão’ do indivíduo sem liberdade de escolha, ou seja, do indivíduo dependente do Estado. O chamado paradoxo da solidariedade e da socialidade radica, de facto, aqui: a libertação do indivíduo dos cuidados existenciais básicos pode, afinal, ser uma ‘libertação liberticida’”.

¹¹⁰⁷ No mesmo sentido, Medeiros, *O Estado...*, p. 32: “o dever de proteção dos Direitos Fundamentais não deve ser absolutizado. Primeiro porque num Estado democrático, o legislador deve ter uma ampla liberdade de conformação na definição das medidas adequadas a assegurar uma proteção eficaz dos Direitos Fundamentais, estando ainda o dever de proteção estadual dependente de uma reserva do possível. Por outro 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”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 241 e 228: “os indivíduos não atuam por delegação estadual e são responsáveis pelos seus atos”; “não é legítimo (...) publicizar as relações entre privados em termos de eliminar ou de reduzir drasticamente a liberdade individual e a autonomia privada”.

¹¹⁰⁸ Em sentido próximo, Hayek, *O caminho para a servidão*, p.135: “a sorte e o acaso muitas vezes são tão importantes como a competência e a consciência para se determinar o destino das pessoas”.

Não, nunca, como funcionários ou agentes do Estado, ou de outras entidades públicas, não respondendo estes, solidariamente, pelas ações resultantes das escolhas daqueles¹¹⁰⁹.

De onde, o Estado - ou outros entes públicos - não pode sub-rogar-se, nem à sociedade, nem aos respetivos membros, ainda que, para defesa dessa sociedade e dos elementos que a integram¹¹¹⁰.

Cumpre-lhe, diferentemente, garantir o efetivo acesso ao Direito e aos Tribunais dos lesados nos seus direitos, liberdades e garantias, mormente os de natureza pessoal (art. 20º, nº 5).

III – A tese da eficácia direta sustenta que os direitos, liberdades e garantias o são, nos mesmos moldes, precisamente, face aos entes públicos e frente aos entes privados¹¹¹¹.

Semelhante construção tem, igualmente - ou por maioria de razão - de ser desconsiderada.

Na verdade, a sua implementação levaria a uma radical compressão da autonomia voluntária, a uma negação quase absoluta da liberdade individual, à sobreposição, a ambas, de uma solidariedade imposta, de uma solidariedade forçada¹¹¹².

Emergindo, desse modo, como uma solução - pelo menos potencialmente - totalitária¹¹¹³.

IV – Em derradeiro lugar, a teoria da eficácia indireta da vinculação dos direitos, liberdades e garantias, sustenta que estas posições ativas o são, exclusivamente, perante os sujeitos públicos.

¹¹⁰⁹ Em sentido oposto, Canotilho, *Jusfundamentalidade...*, p. 853: “vinculação dos poderes públicos (e, em certa medida, das entidades privadas) ao cumprimento de deveres de proteção garantísticos e dos deveres de proteção prestacional”.

¹¹¹⁰ No mesmo sentido, Medeiros, *O Estado...*, p. 32: “não sendo o Estado que perturba os Direitos Fundamentais, mas outro particular, o dever de proteção não pode substituir a vinculação das entidades privadas pelos Direitos Fundamentais”.

¹¹¹¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 101: “significa que os direitos não são apenas direitos perante o Estado, mas também perante os privados”.

¹¹¹² Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 102: “na conceção dos Direitos Fundamentais da Constituição, na série de valores, bens e interesses constitucionais relevantes, a liberdade negativa goza afinal de uma primazia sobre outras referências (como a solidariedade) e outros princípios constitucionais”.

¹¹¹³ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, pp. 1125 e 1124: “a leitura da Constituição da República portuguesa inequivocamente depõe no sentido da adoção da primeira teoria da vinculação direta”. “O problema redundará numa questão de colisão de direitos: de um lado, a liberdade contratual e outros direitos e princípios do Direito Privado e, do outro lado, os direitos, liberdades e garantias não especificamente avaliados à luz da ordem constitucional”.

Que só podem refletir-se na esfera jurídica dos sujeitos privados de modo indireto, mediato ou reflexo.

Que implicam, em qualquer caso, uma mediação legislativa de conteúdo privatístico¹¹¹⁴.

E esta é, em rigor, a única opção que salvaguarda a liberdade e a autonomia individuais.

A única construção articulável com um arquétipo liberal e com uma sociedade aberta¹¹¹⁵.

A única que previne a conversão - em rigor, a subversão - dos direitos, liberdades e garantias em autênticos deveres¹¹¹⁶.

V – A tese da eficácia indireta, compreende todos os direitos, liberdades e garantias¹¹¹⁷.

Mais: a respetiva eficácia, porquanto meramente reflexa, não encontra obstáculo, sequer, num eventual afastamento da dignidade da pessoa humana.

De facto, embora intrinsecamente relacionada com os Direitos Fundamentais, e insuscetível de hetero-condicionamento, essa dignidade apresenta-se, sempre, em nome da liberdade, livremente renunciável pelo respetivo titular¹¹¹⁸.

VI – Sem prejuízo, é necessário distinguir as relações jurídicas entre sujeitos privados nas quais se visualiza a existência de paridade, das relações nas quais, diferentemente, se observa uma supremacia de alguns entes privados sobre outros entes privados¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 100 e 101: “os preceitos constitucionais de direitos, liberdades e garantias não se podem dirigir diretamente, mas só de forma imediata, aos particulares, em especial através da lei e dos princípios e regras do Direito Privado”.

¹¹¹⁵ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 243: “procuram defender uma margem de liberdade de ação para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo, se afete o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização de indivíduos concretos”.

¹¹¹⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 100: “admitir o contrário, significaria inverter o sentido da vinculação fundamental transformando os direitos em deveres e esvaziando aqueles da sua força”.

¹¹¹⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 250: “entendemos que essa não transposição (...) deve valer para todos os direitos, mesmo para os direitos mais intimamente ligados à dignidade humana”.

¹¹¹⁸ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 256: “a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do Direito, nunca pode ser afetada”.

¹¹¹⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 105 e 106: “relações típicas entre particulares (entre iguais) e relações em que os privados envolvidos estão em planos substancialmente diferentes (em que um deles possa, em resultado de uma supremacia de partida, afetar substancialmente as condições de liberdade e autonomia dos demais)”.

E importa distinguir, de novo, em homenagem, exatamente, à própria ideia de liberdade.

VII - No segundo daqueles casos, estamos em presença de um modelo relacional muito similar ao que caracteriza a articulação das entidades públicas com as entidades privadas.

Encontramo-nos, analogamente, perante relações de poder¹¹²⁰, ainda que inter-privadas.

Seja este, mais tipicamente, o poder empresarial, seja ele, não menos frequentemente e, sobretudo, não menos gravosamente para os titulares dos Direitos Fundamentais, o poder sindical¹¹²¹ - com um especial destaque para um exercício, abusivo, do direito de greve.

São, pois, relações em que uma das partes detém as condições necessárias e suficientes para impor, unilateralmente, ou mesmo leoninamente, a respetiva vontade à outra parte.

E para interrogar, de modo jusfundamentalmente insustentável, a sua liberdade determinativa, ou mesmo, no limite dos limites, a sua dignidade de pessoa humana¹¹²².

VIII - Pelo contrário, tratando-se de um relacionamento entre iguais, entre sujeitos individuais, prefere sempre a liberdade, nunca a adstricção aos Direitos Fundamentais¹¹²³.

¹¹²⁰ No mesmo sentido, Silva, Vasco Pereira da, *A vinculação...*, p. 263: “tendo os Direitos Fundamentais sido concebidos para defesa do cidadão face ao poder e tendo deixado este de ser privilégio do Estado, não faria, mais, sentido, não alargar a proteção dos cidadãos através dos Direitos Fundamentais a todas as situações de poder”

¹¹²¹ Em sentido próximo, Silva, Vasco Pereira da, *A vinculação...*, p. 263: “o poder económico, o poder empresarial, o poder sindical, o poder da comunicação social (...). Grupos – sem garantias de democraticidade interna – e o anonimato das relações – que não caem, tão facilmente, como as relações com o Estado, numa zona de publicidade – podem favorecer o abuso dos mais fortes”.

¹¹²² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 246: “só deverá aceitar-se essa transposição direta dos Direitos Fundamentais enquanto direitos subjetivos para as relações entre particulares quando se trate de situações em que as pessoas coletivas (ou excecionalmente indivíduos) disponham de um poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a proteção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 105 e 106: “pode então justificar-se um tratamento diferente daquele em que os particulares estão em pé de igualdade no sentido de uma aplicação de certos preceitos constitucionais (...) de direitos, liberdades e garantias e de realidade (como o princípio da igualdade) a eles análogos”.

¹¹²³ Em sentido diverso, Silva, Vasco Pereira da, *A vinculação...*, p. 273: “a vinculação apenas obriga a um dever geral de respeito”. Porém, “uma recusa de contratar discriminatória num estabelecimento aberto ao público, um contrato visando obrigar alguém a professar ou não certa confissão religiosa, são comportamentos que violam o dever de respeito dos Direitos Fundamentais que ao particular incumbe”.

8.5.1.3. CONDICIONAMENTOS

I - Os direitos, liberdades e garantias assumem, enquanto seu pressuposto estruturante, a autonomia individual, a liberdade individual, a própria liberdade.

Sem prejuízo de esta última se revelar, também, como um direito, como um conjunto, múltiplo, de direitos à liberdade, sobretudo, à liberdade física (art. 27º) e, não menos relevantemente, à liberdade de consciência (art. 41º).

II – Porém, em qualquer dessas aceções, a liberdade apresenta-se relacional e, necessariamente, condicionada¹¹²⁴.

Quer condicionada frente ao poder político, quer condicionada perante a comunidade¹¹²⁵.

Logo, todos os direitos, sem exceção, mesmo os direitos, liberdades e garantias, os direitos pessoais, ou os direitos de personalidade, se conformam como direitos relativos.

Não sendo concebível, desse modo, a existência de qualquer tipo de direitos absolutos¹¹²⁶.

III – Opta-se, nesta sede, pela locução condicionamentos, doutrinariamente menos comum, mas, quiçá, mais transparente.

Sem embargo de as mesmas realidades serem designáveis, igualmente, por afetações, compressões¹¹²⁷, limitações, intervenções, ou - em clara inspiração civilística - reduções.

IV – Importa, agora, distinguir entre os diversos tipos de condicionamentos observáveis.

¹¹²⁴ “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem apenas por limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Tais limites apenas podem ser determinados por lei” (art. 4º, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão).

¹¹²⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 113: estas ações tanto podem provir dos poderes públicos como de privados ou dos próprios titulares de direitos, liberdades e garantias”.

¹¹²⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 263: “mesmo os direitos, liberdades e garantias, não são absolutos nem ilimitados”. “É inevitável e sistémica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 118: “não há direitos, liberdades e garantias ilimitados: os direitos são limitados logo ao nível do sistema social, são limitados porque constituem partes de um subsistema normativo, são limitados pela interatividade entre as respetivas normas de garantia e são limitados porque não há possibilidade (não-compossibilidade) de realizar simultaneamente todos os direitos de todos os titulares”.

¹¹²⁷ Nesse sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 118: “um Direito Fundamental (...) pode sofrer múltiplas formas de compressão e múltiplas modalidades de afetação”.

Examinando, sucessivamente, enquanto condicionamentos dotados de estrutura normativa, o limite, a restrição, os condicionamentos afins da restrição, e a suspensão.

E, enquanto não normativos, a intervenção restritiva, a colisão, e a renúncia¹¹²⁸.

8.5.1.3.1. CONDICIONAMENTOS NORMATIVOS

8.5.1.3.1.1. LIMITE

8.5.1.3.1.1.1. NOÇÃO

I - Os primeiros condicionamentos aos direitos, às liberdades, ou às garantias, são, lógica e cronologicamente, os condicionamentos determinados pelo normador constitucional.

Deles resultando, necessariamente, a definição, a identificação, a estrutura, os conteúdos, a extensão, e o alcance, de tais direitos, liberdades ou garantias.

Assim, o limite reflete um condicionamento estabelecido, originariamente, pelas próprias normas fundacionais, ao gozo, ou ao exercício, dessas posições jurídicas ativas.

Um condicionamento resultante da existência de outros direitos, liberdades e garantias, decorrente, igualmente, dos vários princípios constitucionais¹¹²⁹ e emergente, ainda - embora de modo mais indireto - de normas de Direitos Humanos *ius cogens*.

II - O limite - ou, nalgumas construções doutrinárias, o designado limite imanente¹¹³⁰ - apresenta uma natureza, intrinsecamente, originária.

¹¹²⁸ Em sentido distinto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 117: “primeiro triângulo conceptual que temos por inafastável e que passa pelos conceitos de limite, restrição e intervenção restritiva”.

¹¹²⁹ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 46: “não são apenas formados por outros Direitos Fundamentais mas também por outros valores constitucionais. A unidade da Constituição implica que cada preceito que reconhece um Direito Fundamental seja lido no contexto de outras normas constitucionais que possam implicar que, do programa normativo do primeiro, seja excluída a proteção de um certo tipo de situação”.

¹¹³⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 271 e 309: “os Direitos Fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição quando os cria”. “Decorrem do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, enquanto projeção direta e ineliminável da dignidade da pessoa humana, designadamente nos direitos pessoais, e também da afirmação dos valores comunitários básicos”.

Contudo, de forma atípica, são admissíveis, igualmente, limites supervenientes, desde que derivados de limites originários, e não enquanto limites supervenientes *a se*¹¹³¹.

III - O limite, porquanto gerado pela Constituição, ostenta sempre carácter normativo¹¹³².

De um lado, integrando, de forma geral e abstrata, a decisão política elementar relativa ao modelo de articulação entre o indivíduo e o poder público, e entre esse indivíduo e os remanescentes indivíduos.

De outro, encerrando uma decisão primária no que concerne à limitação, à diferenciação e à virtual hierarquização, no conspecto dos próprios direitos especificamente considerados.

IV – O condicionamento examinando antecede, pois, todos os outros condicionamentos aos direitos, liberdades e garantias, *maxime*, a restrição (art. 18º, nº 2 e nº 3)¹¹³³.

8.5.1.3.1.1.2. TIPOLOGIA

I - O conteúdo do limite aos direitos, liberdades e garantias é determinável através dos procedimentos lógico-jurídicos de interpretação, de inferência, e, excecionalmente, de integração, sendo, pois, suscetível de se apresentar, tanto expresso, quanto implícito¹¹³⁴.

É expresso o limite que resulta de interpretação, encontrando-se imediatamente patente na fonte jurídica.

¹¹³¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 480: “a admissão de limites constitucionais imanentes *a posteriori* (ou seja, constitutivamente concretizados) é um recurso dogmático compatível com o sistema normativo da Constituição”.

¹¹³² No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 547: “os limites são normas que, de forma duradoura, excluem âmbitos ou efeitos de proteção ou incorporam razões suscetíveis de afetar as possibilidades de realização de normas jusfundamentais”.

¹¹³³ Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, p. 155: “etimologicamente há (...) uma diferença de perspetivas: enquanto restrição (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição da algo, já limite (do latim *limitare ou delimitare*) tem o sentido de extrema, de fronteira”; “enquanto a restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a revelação ou a colocação de contornos desse conteúdo”.

¹¹³⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 272: “limites imanentes expressos no texto e limites imanentes implícitos na Constituição”.

E é implícito o limite resultante de inferência lógica, revelando-se meramente subjacente a essa fonte¹¹³⁵.

II - Manifestação singular - e lamentável - é a conformada pelo limite auto-derrogatório.

A saber, o limite expressamente determinado pela norma constitucional, mas em contradição com princípios estruturantes do texto no qual se inscreve.

Exemplificativamente, o relativo à prisão de membros das Forças Armadas com fundamento de natureza disciplinar, isto é, à prisão pela prática de ilícito não criminal, e mais, à prisão determinada por um órgão da Administração Pública (art. 27º, nº 3, al. d)).

Ou o atinente à proibição das organizações de ideologia fascista (art. 46º, nº 4), neste caso, por violação, grosseira, do princípio da igualdade, face à admissão de outras organizações de matriz identicamente totalitário - como as organizações comunistas - bem como, das liberdades, entre outras, de consciência, expressão e associação¹¹³⁶.

Ou - embora, aqui, num plano histórico - o limite que estabelece a incriminação, de matriz retroativa, dos agentes e dos responsáveis da antiga Polícia de Estado (PIDE/DGS) (art. 292º), em preterição, flagrante, do princípio da legalidade penal¹¹³⁷.

8.5.1.3.1.2. RESTRIÇÃO

8.5.1.3.1.2.1. NOÇÃO

I - A restrição traduz-se numa ação do poder público - ou, atipicamente, numa omissão¹¹³⁸ - através da qual se opera o condicionamento de bens jurídicos fundamentais constitucionalmente previstos¹¹³⁹.

¹¹³⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 274 e 275: “sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável, em caso algum, que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem, através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas”.

¹¹³⁶ Nesse sentido, Rodrigues, *A proibição das organizações fascistas...*, p. 109, segs.

¹¹³⁷ Norma com origem na Lei Constitucional nº 8/75, de 25 de julho, e, “sem dúvida, a lei mais monstruosa de toda a história do Direito Português”; assim, Caetano, *Constituições portuguesas...*, p. 137.

¹¹³⁸ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 157: “ação ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um Direito Fundamental”.

¹¹³⁹ Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, pp. 227 e 194: “normas que suprimem, impedem, diminuem, ou dificultam o acesso dos titulares ao bem jusfundamentalmente protegido e, nessa medida, afetam a prossecução autónoma de fins pessoais garantida objetivamente pela titularidade daqueles Direitos Fundamentais”; “redução, amputação ou eliminação do conteúdo objetivo do Direito Fundamental

Assume um carácter, em simultâneo, normativo, legislativo, parcial, perene, e finalisticamente vinculado à salvaguarda de outros direitos, liberdade ou garantias¹¹⁴⁰.

Desse modo, restrição emerge, sempre, de uma intervenção do poder público, nunca - ou nunca diretamente¹¹⁴¹ - de uma manifestação de vontade dos remanescentes indivíduos.

II – A restrição surge inteiramente autónoma por referência ao visto limite (art. 18º)¹¹⁴².

Não ostenta natureza constitucional, originária ou derivada, mas, ao invés, constituída.

E posiciona-se, sequencialmente, ao limite¹¹⁴³ ou, quiçá, no interior desse limite¹¹⁴⁴.

III - Não se afirma como restrição - ou, tão-pouco, como figura afim da restrição - o ato vocacionado, presuntivamente, para a defesa de direitos, liberdades e garantias do indivíduo face a si próprio.

A restrição existe, exclusivamente, para a salvaguarda de outros direitos, liberdades e garantias, de um terceiro, não de direitos, liberdades ou garantias do titular dos mesmos.

constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de proteção”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 123: “ação normativa que afeta desfavoravelmente ou conteúdo ou o efeito de proteção de um Direito Fundamental previamente delimitado”.

¹¹⁴⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 145: “afetação com vocação de definitividade e permanência no tempo”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 265: “intervenção normativa abstrata do legislador ordinário, para salvaguarda de outros valores constitucionais, nos termos autorizados e nos casos previstos pela Constituição”.

¹¹⁴¹ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 157: “consideramos como restrições atos e omissões do poder público, relevando as afetações provindas de outros particulares apenas na medida em que elas se projetem sobre os deveres e obrigações do Estado no domínio da garantia dos Direitos Fundamentais”.

¹¹⁴² Em sentido oposto, os acórdãos do Tribunal Constitucional nº 11/83 e nº 66/84, “nos quais se considera a sujeição a impostos justamente como um ‘limite’ e não uma ‘restrição’ ao direito de propriedade”; assim, Costa, *A hierarquia...*, p. 17.

¹¹⁴³ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 450: “(1) restrições feitas diretamente pela Constituição; (2) restrições feitas por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição; (3) restrições operadas através de lei mas sem autorização expressa da Constituição”; e Novais, *As restrições...*, p. 259: “na medida em que os Direitos Fundamentais são direitos de nível constitucional (...), só podem ser restringidos pela própria Constituição, ou com base na Constituição, pelo que, correspondentemente, as restrições se podem dividir, em primeiro lugar, em restrições diretas ou indiretas”.

¹¹⁴⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 119: “para que uma restrição intervenha no âmbito de proteção de um Direito Fundamental é, além disso, necessário que, numa fase prévia, se tenha procedido à delimitação do âmbito de proteção do direito”.

Aliás, se a prática do suicídio não é punida - nem, sequer, na forma tentada - seria abstruso que outras auto-lesões de bens, necessariamente, menos fundamentais, fossem passíveis de restrição.

Mais: em caso de admissibilidade de semelhantes restrições, estas emergiriam, para o próprio sujeito, como autênticos Deveres Fundamentais inonimados¹¹⁴⁵.

8.5.1.3.1.2.2. NATUREZA

No que concerne à natureza jurídica assumida pela restrição, digladiam-se, teoreticamente, várias correntes.

Desde logo, antagonizando os defensores da teoria interna dos limites aos defensores da teoria externa dos limites.

Depois, separando-os, a ambos, dos defensores da concepção dos Direitos Fundamentais como princípios.

8.5.1.3.1.2.2.1. TEORIA EXTERNA DOS LIMITES

Para a teoria externa, a restrição atua num plano subsequente e extrínseco ao do, constitucionalmente determinado e delimitado, direito, liberdade ou garantia.

Traduz-se numa decisão dotada de politicidade, embora, no quadro daqueles anteriores parâmetros limitativos¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁵ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 266 e 297: “situações especiais de restrição legislativa, entre as quais avultam (...) as restrições que visem a proteção dos cidadãos contra si próprios”. “Um tipo de situações especiais de restrição da liberdade é o que engloba as restrições justificadas pela proteção legislativa dos indivíduos contra si próprios. De facto, acontece, por vezes, que o valor jurídico que fundamenta a restrição legislativa representa um bem jurídico individual do próprio titular do direito ou liberdade restringida”. “Trata-se, em regra, de proteger a integridade física (saúde) ou o património da própria pessoa, por exemplo, prevenindo o abuso de tabaco, álcool e medicamentos, a realização de desportos, atividades e práticas violentas ou excessivamente arriscadas, a utilização de produtos perigosos, a excessiva exposição ao ruído, bem como, no plano patrimonial, a ruína pelo jogo, pela especulação bolsista, pelo sobreendividamento ou pela incapacidade de governo”.

¹¹⁴⁶ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 119: “para a teoria externa, uma restrição constitui uma ação estatal que atua de fora relativamente ao direito (afetando o bem ou interesse protegido)”.

E assume, sempre, uma matriz excecional, em ordem, exclusivamente, a articular os dois - ou mais - direitos conflingentes¹¹⁴⁷.

De onde, um dever de fundamentação da restrição, e mormente, de demonstração da respetiva obediência a estritos critérios de proporcionalidade, permitindo, assim, um efetivo controlo jurisdicional¹¹⁴⁸.

8.5.1.3.1.2.2.2. TEORIA INTERNA DOS LIMITES

I - Diferentemente, para a teoria interna, a restrição surge como parte integrante, e como parte integrante *ab inicio*, desse direito, liberdade, ou garantia, constitucionalmente previsto.

Apresenta-se intrínseca, inerente, imanente, ao próprio direito, liberdade, ou garantia¹¹⁴⁹.

Todavia, se o condicionamento ocorre aquando da fixação, constitucional, do limite¹¹⁵⁰, a intervenção legislativa ordinária, a restrição, esgota-se, ou numa estrita interpretação, ou, no máximo, em eventual inferência ou integração, das normas constitucionais¹¹⁵¹.

II – Uma das principais sub-manifestações desta teoria interna é, precisamente, a designada doutrina dos limites imanentes¹¹⁵².

¹¹⁴⁷ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, pp. 292 e 293: “da natureza pré e supra-estadual da liberdade e da idealizada separação Estado/Sociedade decorre o chamado princípio de distribuição ou repartição teorizado por Schmitt segundo o qual a liberdade individual é assumida como um dado anterior ao Estado e, como tal, é em princípio ilimitada, enquanto a faculdade de o Estado a invadir é em princípio limitada”. “Reconhece-se a possibilidade de o Estado colocar limites jurídicos e intervir na anterior liberdade natural, mas nos moldes próprios de um modelo de regra e exceção, ou seja, com carácter de excecionalidade e só desde que o faça em quantidade mensurável e de acordo com procedimentos pré-estabelecidos”.

¹¹⁴⁸ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 104: “necessidade de obrigar o Estado a justificar o limite concretamente apostado ao direito e, como tal, proporcionando um controlo judicial mais efetivo e transparente”.

¹¹⁴⁹ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 104: “o limite integra o conteúdo do direito”.

¹¹⁵⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 119: “para a teoria interna (...) os limites não são dimensões externas, mas sim intrínsecas dos direitos (não havendo por isso lugar nem para o conceito de restrição, nem para a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo)”.

¹¹⁵¹ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, pp. 313 e 314: “a legislação feita com base nas reservas não trataria (...) de constituir limites, mas de interpretar ou revelar as fronteiras do conteúdo constitucional dos Direitos Fundamentais”.

¹¹⁵² No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, pp. 363, 438 e 32: “o modelo da teoria interna apoiava-se essencialmente na existência de limites imanentes”. “Limites imanentes dos Direitos Fundamentais, enquanto limites não escritos e residentes *ab inicio* no interior do Direito Fundamental e delimitando as

Limites associados, aliás, mais do que à Constituição, à própria natureza das coisas que a esta Constituição estaria, incontornavelmente, subjacente.

III – A teoria interna dos limites, uma teoria negadora da existência de efetivas restrições, ordinárias, aos direitos, liberdades ou garantias, deve ser rejeitada.

Em primeiro lugar, porque minoriza a politicidade associada à intervenção do legislador ordinário e, por implicação lógica, o princípio democrático.

Em segundo lugar, porque afasta a ideia de que os condicionamentos aos direitos, liberdades e garantias revestem, necessariamente, uma natureza excepcional.

Em terceiro lugar, porque, ao suprimir a noção de restrição, ou ao negar-lhe carácter decisório, elimina todos os requisitos, fixados pela Constituição, à restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº e 2 e 3)¹¹⁵³.

Em quarto lugar, porque, não se desenhando o futuro, previsível, é impossível conhecer as situações nas quais os direitos, liberdades e garantias exigem restrição, ou nas quais conflituam entre si¹¹⁵⁴.

Em quinto lugar, porque é desrazoável defender que, um desses direitos, liberdades ou garantias, contém, em si mesmo, as limitações imanentes à existência de outras posições, criadas aquando de uma ulterior revisão constitucional.

E, em sexto lugar, porque prejudica, muito gravemente, a tutela jurídica - sobretudo, de matriz jurisdicional - da restrição dos direitos, liberdades e garantias¹¹⁵⁵.

fronteiras do seu conteúdo juridicamente relevantes”. “Limitações que já estão imanentemente contidas na norma constitucional de Direitos Fundamentais”.

¹¹⁵³ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 319: “se os limites imanentes dos Direitos Fundamentais não são verdadeiras restrições, então não lhes é exigível que preencham os requisitos formais que a Constituição prescreve para as restrições”.

¹¹⁵⁴ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 372: a Constituição “não pretende - nem poderia fazê-lo - regular todas as peculiares condições da sua realização no quadro problemático e, em grande medida, imprevisível, da sua necessária integração e compatibilização com os outros valores comunitários”.

¹¹⁵⁵ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, pp. 317 e 570: “em termos práticos (...), obscurecendo, objetivamente, a natureza restritiva da intervenção estatal, debilita a efetividade dos controlos típicos do Estado de Direito a que deveria estar sujeita; “abrandamento tendencial da sindicabilidade da atuação restritiva dos poderes públicos”.

8.5.1.3.1.2.2.3. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PRINCÍPIOS

I – Esta última teoria sobre a restrição, e, no caso vertente, sobre a restrição aos direitos, liberdades e garantias, preclui, em simultaneidade, a teoria externa e a teoria interna.

Contrapondo o que designa por princípios jurídicos ao que refere como normas jurídicas.

E sustentando que a admissibilidade, ou a não admissibilidade, da figura da restrição, dependeria da natureza específica, de uns, ou de outros¹¹⁵⁶.

Assim, as normas não consentiriam qualquer restrição, mas os princípios permiti-la-iam, por via de uma designada ponderação entre princípios, distintos, ou opostos¹¹⁵⁷.

II – Mas esta teoria da distinção entre princípios e normas deve, igualmente, ser afastada.

Em geral, porque, mesmo admitindo a distinção¹¹⁵⁸, é inexecutável determinar, com absoluto rigor, onde cessam esses princípios e se iniciam tais normas, ou, vice-versa¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 120: “partem de uma distinção nítida entre regras e princípios, para afirmarem que a admissão de restrições decorrerá da diferente estrutura das normas de Direitos Fundamentais”.

¹¹⁵⁷ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 77: “ao passo que o conflito entre regras candidatas à disciplina do mesmo caso tem de resolver-se com o afastamento de uma delas, a colisão de princípios todos eles tendencialmente aplicáveis soluciona-se através de uma ponderação à luz das circunstâncias do caso”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 120: “se forem regras (comandos definitivos), os direitos por ela garantidos são direitos definitivos, não admitindo por isso nenhuma restrição (...); se forem princípios (mandatos de otimização) os direitos por eles garantidos podem ser restringidos em face do peso de princípios opostos (sendo todo esse processo orientado pela chamada lei da ponderação)”.

¹¹⁵⁸ Nesse sentido, Costa, *A hierarquia...*, p. 18: “o *corpus* constitucional é integrado não apenas por ‘normas’ (no sentido dogmático mais preciso da expressão) (...) mas também por ‘princípios’”; Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 93: “esta perspectiva dinâmica da consideração dos princípios é totalmente adversa à perspectiva dogmática em que cada ente ocupa, com rigidez cadavérica, o seu lugar numa pítrea pirâmide normativa”; e Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 15: “no princípio, o comando de ação permanece ‘indeterminado’. As regras, pelo contrário, impõem uma ação ‘determinada’. Os princípios definem ‘ideais’ e devem ser realizados de forma ‘continuada’ e ‘gradual’. O sistema binário ‘se/então’, ‘válido/inválido’, que é característico das regras, é substituído pela valoração de ‘relações de precedência’ que não apontam para uma ‘vinculação jurídica total’, antes para uma solução de ‘congruência’ entre a dimensão do direito fundamental e a dimensão da sua esfera jurídica de proteção”.

¹¹⁵⁹ Em sentido diverso, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, pp. 88 e 89: os princípios “funcionam como critérios gerais de interpretação, integração e de aplicação de normas, mas não conferem posições subjetivas”; “por ser desprovido de uma estrutura dualista, o princípio não comporta dentro de si a contraposição entre o objeto e o conteúdo e é tão-somente capaz de dar uma orientação genérica num certo sentido”.

Em especial, porque semelhante construção deixaria sem qualquer fundamento a consagração constitucional dos, muito exigentes, limites à restrição (art. 18º, nº 2 e nº 3).

III – É seguro que uma ponderação, e uma ponderação complexa, entre direitos, liberdades e garantias conflituais se apresenta, frequentemente, necessária¹¹⁶⁰.

Não obstante, o que subjaz à teoria dos Direitos Fundamentais enquanto princípios não é uma ponderação entre direitos, liberdades e garantias, mas uma hiper-ponderação.

É a substituição das normas prescritas, constitucionalmente, de forma expressa, para a restrição, por um mecanismo de ponderação sem tipo algum de previsão constitucional.

É, agora, uma solução exclusiva¹¹⁶¹, considerada a natureza, imperialista, dos princípios.

Acrescendo que, deslocaria a identificação e a delimitação conteudísticas da integralidade do catálogo pátrio de direitos, liberdades e garantias¹¹⁶², desde logo, do plano constitucional para o legislativo, depois, do legislativo para o judicial e, por último, deste para o próprio doutrinário.

8.5.1.3.1.2.3. TIPOLOGIA

A restrição de direitos, liberdades e garantias é passível de manifestações muito distintas.

¹¹⁶⁰ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 570: “as garantias jurídicas proporcionadas pelo Direitos Fundamentais são, á partida, concebidas como garantias imanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado”. “De uma ou outra forma, em maior ou menor medida, aquela compatibilização de bens faz-se, essencialmente ou, pelo menos, não pode em algum modo prescindir de procedimentos de ponderação de bens”.

¹¹⁶¹ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, pp. 356 e 363: “erige-se a ponderação em conceito-chave da dogmática dos limites dos Direitos Fundamentais, enquanto método, não apenas inevitável, mas também constitucionalmente mais apto a proceder a uma composição adequada de valores ou interesses”; “o modelo dos Direitos Fundamentais enquanto princípios fazia da metodologia da ponderação o elemento central da própria teoria dos Direito Fundamentais”.

¹¹⁶² No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 120: “constituiria uma enorme fragilização da garantia jurídica que se pretendeu dar à figura dos Direitos Fundamentais”; e Novais, *As restrições...*, pp. 357 e 572: “relatividade e indeterminação que caracterizam esta aproximação”. “A incorporação constitutiva da ponderação na liberdade traduzir-se-ia na receção espúria e dissolvente dos interesses que se opõem à liberdade individual (...) num processo semelhante (...) ao que havia conduzido á dissolução do direito de propriedade, através da vinculação social do seu exercício no próprio direito de propriedade”.

Em primeiro lugar, porque aqueles se apresentam significativamente diferenciados¹¹⁶³, não obstante a sua integração numa categoria jurídica unitária.

Em segundo lugar, porque tanto pode observar-se restrição autorizada pelo texto constitucional de modo expresso¹¹⁶⁴, como restrição autorizada de forma implícita¹¹⁶⁵, mau-grado a - aparente - exigência constitucional de natureza expressa (art. 18º, nº 2).

Em terceiro lugar, porque pode apresentar-se comissiva ou omissiva, consoante o condicionamento legal ordinário se traduz, ou em dever de agir, ou em dever de omitir¹¹⁶⁶.

Em quarto lugar, porque são admissíveis quer a restrição imediata, quer a restrição mediata, consoante se dirijam aos indivíduos, ou assumam como destinatário o normador ordinário - sem prejuízo de ulteriores afetações da esfera jurídica daqueles indivíduos¹¹⁶⁷.

Em quinto lugar, porque a restrição é suscetível de ocorrer, mais tipicamente, em quadros de normalidade constitucional ou, menos usualmente, em contextos de exceção constitucional - sem que, nestes, se confunda com o instituto da suspensão (art. 19º).

E, por fim, em sexto lugar, porque o condicionamento *in casu* pode, constitucional e regimentalmente, emergir, ou como restrição ordinária, ou enquanto restrição agravada.

8.5.1.3.1.2.3.1. RESTRIÇÃO ORDINÁRIA

I - A restrição surge, decerto, como o condicionamento aos direitos, liberdades e garantias, mais extensamente, e mais densamente, disciplinado pela atual Constituição portuguesa.

¹¹⁶³ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 118: “diferentes na sua estrutura, no seu peso axiológico, na sua formulação jurídica, na sua articulação com outras normas da Constituição e, por fim, nas respetivas possibilidades de afetação.”

¹¹⁶⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 277: “nalguns preceitos, a Constituição autorizou a lei ordinária a restringir determinados direitos em alguns aspetos ou para determinadas finalidades, ou então atribuiu-lhe expressamente uma competência de regulação geral da matéria que pode ser interpretada como incluindo poderes de restrição”

¹¹⁶⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 456: “recondução das restantes situações de afetação legislativa do conteúdo ideal de um direito, liberdade e garantia ou do efeito de proteção de uma posição jusfundamental a restrições implicitamente autorizadas”.

¹¹⁶⁶ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 157: “não distinguimos, à partida, entre o alcance restritivo das atuações do Estado quando este deva observar deveres de omissão ou quando esteja obrigado a atuações positivas”.

¹¹⁶⁷ Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, p. 227: “esta afetação desvantajosa tanto pode ocorrer através de uma diminuição ou compressão direta das faculdades, situações ou posições individuais, como através da atenuação dos deveres objetivos que a norma jusfundamental impõe ao Estado; tanto pode atuar diretamente, como mediante autorização ou remissão para posteriores intervenções restritivas”.

Maxime, no que concerne, especificamente, à restrição ordinária (art. 18º, nº 2 e nº 3)¹¹⁶⁸.

II - A liberdade é um dos fundamentos incontornáveis dos direitos, liberdades e garantias.

Logo, a sua restrição embora inevitável, assume uma natureza, qualitativamente e quantitativamente, excepcional, sendo determinada, com detalhe, pela Constituição¹¹⁶⁹.

E, com a exclusão de quaisquer mecanismos restritivos decorrentes do recurso à integração analógica - que não, naturalmente, do recurso à mera interpretação extensiva.

8.5.1.3.1.2.3.1.1. RESERVA DE ATO LEGISLATIVO

I - A restrição de direitos, liberdades e garantias implica a existência de ato legislativo ordinário com intervenção parlamentar (art. 18º, nº 3), ou lei da Assembleia da República, ou decreto-lei autorizado do Governo.

Efetivamente, o órgão competente para a elaboração de normas ordinárias reguladoras de direitos, liberdades e garantias (*maxime*, art. 165º, nº 1, al. b)), configura-se, também, como o órgão competente para a sua revogação ou, no caso, para a respetiva restrição.

Não se exclui, assim, a possibilidade de tal condicionamento ser operado por decreto-lei.

Não obstante serem várias as matérias relativamente às quais a restrição implica ato legislativo parlamentar (art. 164, nº 1, als. a), b), e), f), h), j), l), e o)).

II – Entretanto, não se estabelece, tão-somente, uma reserva de ato legislativo parlamentar, ou de ato governamental autorizado.

O ato restritivo deve, ainda, patentear um elevado grau de determinação, em ordem a não frustrar a *ratio juris* subjacente à exigência constitucional¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁸ “O artigo 18º, nº 2 e 3, recebe manifestamente o texto constitucional e a jurisprudência alemãs”; assim, Haberle, *Novos horizontes...*, p. 47.

¹¹⁶⁹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 281: “o poder de restrição do legislador é (...) um poder vinculado, de modo que a sua concessão não coloca os Direitos Fundamentais à mercê do legislador”.

¹¹⁷⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 290 e 291: “deve ainda considerar-se que a lei restritiva, em função da reserva de lei formal, tem de apresentar uma densidade suficiente, isto é, um certo grau de determinação do seu conteúdo, pelo menos no essencial”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 129: “a falta de certeza, precisão e nitidez de contornos de uma determinada regulamentação legal tornaria mais incerta a garantida da liberdade, alargando correspondentemente as margens de atuação restritiva do Estado”.

8.5.1.3.1.2.3.1.2. SALVAGUARDA DE OUTROS DIREITOS OU INTERESSES

A restrição de qualquer direito, liberdade ou garantia, assume, sempre, natureza transitiva.

Pressupõe, necessariamente, a salvaguarda, a proteção, o benefício, o acautelamento - ou, no mínimo, o não prejuízo - de um outro direito, liberdade e garantia (art. 18º, nº 2).

Mais: a salvaguarda de outro direito, liberdade ou garantia dotado de análoga relevância ética, ou, porventura, de uma relevância ética superior à que caracteriza o restringido.

Exemplificativamente, a restrição de direitos pessoais, só pode ter como escopo a salvaguarda de outros direitos pessoais, não a de direitos de natureza distinta, como os direitos políticos, os direitos dos trabalhadores e, mormente, os designados sociais.

Compreende-se, pois, com dificuldade, atento esse posicionamento estrutural dos direitos, liberdades e garantias, sobretudo, pessoais, que, em sede de restrição, possa estar em causa a eventual salvaguarda de um qualquer outro interesse (art. 18º, nº 2, *in fine*).

8.5.1.3.1.2.3.1.3. NORMATIVIDADE

Os atos legislativos são, por definição, gerais e abstratos, não individuais ou concretos.

São, sempre, atos legislativos em sentido formal e actos legislativos em sentido material.

De outro modo, configuram, em rigor, não actos legislativos mas sim atos governativos.

Assim o exigem, definitivamente, quer o Estado de Direito, quer o princípio da igualdade.

Porém, em sede de direitos, liberdades e garantias, considerado o seu excepcional melindre, a Constituição prescreve essa normatividade de uma forma expressa e enfática.

Logo, a juridicidade dessa restrição depende, inequivocamente, de ato normativo^{1171 1172}.

¹¹⁷¹ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 289: “deve entender-se que, no domínio dos Direitos Fundamentais, esse imperativo se refere em primeira linha ao princípio da igualdade, enquanto manifestação do carácter universal dos Direitos Fundamentais e proibição de privilégios e de discriminações e segregações arbitrárias ou injustificadas”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 138: “ameaça de redundância em face da estreita relação com o princípio da igualdade”.

¹¹⁷² Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 455: “não cabem no âmbito da restrição do art. 18º, nº 3 as leis-medida (...), a não ser que essas leis-medida se revelem leis restritivas individuais. Mesmo as leis individuais podem não ser inconstitucionais se, em vez de terem um conteúdo restritivo, atribuírem vantagens ou compensações a certas pessoas individualmente terminadas (...). Estas leis individuais beneficiadoras ou ampliativas devem, porém, ser excepcionais sob pena de se violar o princípio da igualdade”.

8.5.1.3.1.2.3.1.4. PROPORCIONALIDADE

I - Cumulativamente, a restrição de direitos, liberdades e garantias exige do normador ordinário proporcionalidade, porquanto a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos tem de se circunscrever ao necessário (art. 18º, nº 2)¹¹⁷³.

E essa proporcionalidade assenta no tríptico necessidade-adequabilidade-razionalidade.

II – Assim, em primeiro lugar, a restrição de um direito, liberdade ou garantia, deve ser indispensável, e a opção escolhida a menos lesiva do direito restringendo¹¹⁷⁴.

Em segundo lugar, a solução deve ser apta ao fim a prosseguir, a salvaguarda de outro direito, de relevância idêntica, ou superior, ou de outros direitos, com as mesmas características.

Em terceiro lugar, implica, necessariamente, que a vantagem supere a inerente afetação.

Numa ótica quantitativa, ponderando o número de direitos restringidos e o número de direitos salvaguardados mas, sobretudo, numa perspetiva qualitativa, sopesando a relevância dos bens jurídicos protegidos por cada um dos direitos em conflagração¹¹⁷⁵.

8.5.1.3.1.2.3.1.5. IRRETROATIVIDADE

I - O princípio da confiança impede, em geral, a existência de atos legislativos retroativos.

Mas, tratando-se de atos legislativos restritivos de direitos, liberdades e garantias, a Constituição enfatiza-o, afastando, liminarmente, eventuais exceções (art. 18º, nº 3)¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 288: “a ideia de proporcionalidade já resulta da proibição geral do arbítrio, mas a Constituição estabelece, nos números 2 e 3 do artigo 18º, uma proibição qualificada de arbítrio quanto à restrição dos Direitos Fundamentais”.

¹¹⁷⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 457: “exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos cativo, relativamente aos direitos restringidos”.

¹¹⁷⁵ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 457: “o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (princípio da justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos”.

¹¹⁷⁶ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, p. 1133: “princípio da prospectividade, por intermédio do qual se impede que os efeitos da restrição possam atingir situações de vida que se tenham produzido antes de respetiva entrada em vigor”.

II - Diversamente, uma alegada irretrospectividade não está, de nenhum modo, prevista.

Logo, um ato restritivo de direitos, liberdades e garantias é passível de dispor para o futuro, não obstante a respetiva produção de efeitos jurídicos incidir, ou incidir parcialmente, sobre situações fácticas constituídas no passado¹¹⁷⁷.

Sob pena de, em caso de interpretação em sentido oposto da norma constitucional, se revelar impossível restringir direitos, liberdades ou garantias.

Mais: sob pena de qualquer restrição haver de discriminar, de desigualizar, por referência a situações idênticas, entre as constituídas em momento anterior e as conhecedoras da sua génese em tempo subsequente¹¹⁷⁸.

8.5.1.3.1.2.3.1.6. PRESERVAÇÃO DA ESSENCIALIDADE

I - A restrição de direitos, liberdades e garantias não admite, igualmente, diminuição nem da extensão, nem do alcance, do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os regulam (art. 18º, nº 3, *in fine*).

Construção que pretende evitar a perversão do princípio da constitucionalidade, através de um superveniente esvaziamento contedístico, pelo legislador secundário, dessas posições jurídicas ativas¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁷ “Situações em que a retroatividade assume carácter impróprio, designando-se retrospectividade. A lei restritiva vale para o futuro (...) mas afeta de modo muito desfavorável, e de uma forma imprevisível, situações e relações existentes cujos pressupostos se constituíram no passado e que perduram no tempo presente; assim, Morais, *Curso...*, p. 491; “caracterizada pela aplicação imediata de uma lei a situações de facto nascidas no passado mas que continuam a existir no presente”; Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 456.

¹¹⁷⁸ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 86: “a resposta a dar ao problema (...) depende da ponderação dos bens e interesses em confronto na situação concreta: a presença de outros interesses (por exemplo, da sustentabilidade da segurança social) tem de ser então equilibrada, segundo o princípio da proporcionalidade, com os interesses da proteção da confiança”.

¹¹⁷⁹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1131: “pretende evitar o esvaziamento dos direitos restringidos, eventualmente tudo se permitindo em nome do valor, direito ou interesse que pseudo-fundamentasse a restrição em questão”.

II – Entretanto, não se afigura líquida a medida da exigência constitucional ao condicionamento restritivo¹¹⁸⁰, defrontando-se as teorias absolutas e as teorias relativas.

As primeiras, entendendo que o conteúdo essencial é impassível de qualquer restrição¹¹⁸¹

As segundas, considerando que mesmo semelhante conteúdo é passível de restrição¹¹⁸².

Porém, o relativismo deve ser recusado, em benefício da defesa da existência, para cada um dos direitos, liberdades ou garantias, de um mínimo conteudístico absoluto^{1183 1184}.

A assim não ocorrer, núcleo algum, limitação alguma, dessa essência do direito, existiria, e a restrição poderia incidir, afinal, sobre todo o direito, não apenas sobre uma parte deste.

Acrescendo que, nessa ponderação, não se distinguiriam as exigências de proporcionalidade (art. 18º, nº 2) deste requisito da preservação da essencialidade¹¹⁸⁵.

III – O conteúdo essencial reveste natureza subjetiva, reporta-se a cada direito, liberdade ou garantia subjetivo, e não às normas consagradoras das posições jurídicas ativas.

¹¹⁸⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 140: “mesmo na Alemanha, a cláusula tem dado azo a controvérsias intermináveis. Para muitos autores, não havendo grandezas estáticas e intemporais, é um contra-senso e uma impossibilidade a representação espacial de uma essência”.

¹¹⁸¹ “Um espaço de maior intensidade valorativa (o ‘coração do direito’) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir”; assim, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 283.

¹¹⁸² “As teorias relativas, diversamente, concebem o conteúdo essencial como o resultado de um processo de ponderação”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 141.

¹¹⁸³ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 461: “a proibição da diminuição da extensão do núcleo essencial só terá sentido se constituir um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 284: “a proibição do artigo 18º nº 3 não se pode reduzir a uma ideia de proporcionalidade (...). Há aí uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável”; “interpretar o nº 3 do artigo 18º em termos de resguardar o mais possível os direitos em face do legislador, finalidade que constitui, afinal, a sua razão de ser”.

¹¹⁸⁴ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 141: “uma conceção absoluta seria sempre insustentável quer pelo efeito de redundância (se a garantia for identificada com o mínimo da dignidade da pessoa humana presente no direito, nega-se a utilidade da norma da dignidade da pessoa humana, funcionando como regra), quer pelo indesejável efeito de rigidez e de cristalização de conteúdos abstratos fixo (e a rigidez é incompatível com os postulados básicos do sistema)”.

¹¹⁸⁵ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 460: “a Constituição não confunde o princípio da proporcionalidade (consagrado no art. 18º, nº 2 *in fine*) com exigência de salvaguarda do núcleo essencial (consagrada no art. 18º, nº 3, *in fine*)”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 141: “reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só seria legítima quando (se) fosse exigida para realização de bens jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e (...) só na medida em que essa medida se imponha ao Direito Fundamental”.

Coerentemente com a negação de uma dimensão objetiva dos direitos, liberdades e garantias, e, inclusive, em termos mais compreensivos, dos Direitos Fundamentais¹¹⁸⁶.

8.5.1.3.1.2.3.1.7. PRETENZA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA

Derradeiramente, numa afirmação de ultra-garantismo jusfundamental¹¹⁸⁷, a restrição de direitos, liberdades e garantias só poderia ocorrer em situações disciplinadas, expressamente, pela Constituição (art. 18º, nº 2, 1ª parte).

Este limite constitucional à restrição suscita, contudo, as maiores perplexidades jurídicas

De um lado, porque só em número muito reduzido de casos a Lei Fundamental prevê, explicitamente, a suscetibilidade de restrições, e mais raramente ainda, identifica os limites específicos que sobre cada uma dessas restrições podem impender.

De outro, porque é segura a inexistência de direitos absolutos e, outrossim, a vocação dos direitos, liberdades e garantias para uma sobreposição e incompatibilidade recíprocas.

Difícil sendo, pois, conceber uma solução para as inúmeras situações jusfundamentais nas quais inexistente, textualmente, a possibilidade de restrição pelo legislador ordinário.

8.5.1.3.1.2.3.1.7.1. TESE DA RELEVÂNCIA ABSOLUTA DA AUTORIZAÇÃO EXPRESSA

I - Uma primeira alternativa consistiria na ultrapassagem das incompatibilidades entre direitos, liberdades e garantias, não, imediatamente, através do mecanismo, geral e abstrato, da restrição, mas, sim, ulteriormente, por recurso ao mecanismo, individual e concreto, da ponderação¹¹⁸⁸.

Contudo, remeter o problema da articulação entre direitos, liberdades e garantias para o âmbito da colisão significaria permitir a emergência, fáctica, de uma super-restrição.

¹¹⁸⁶ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 460 e 461: “no plano constitucional positivo, as teorias objetivistas parecem ter a seu favor a própria letra do art. 18º, nº 3”.

¹¹⁸⁷ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, p. 1130: “resume as preocupações de segurança que o legislador constitucional teve no sentido de evitar a fraude à Constituição e de, por conseguinte, impedir uma intervenção legal restritiva incontrolável”.

¹¹⁸⁸ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 130: “as eventuais colisões de direitos não podem ser resolvidas pelo legislador, mas apenas pelo aplicador do Direito, por interpretação direta dos preceitos constitucionais”.

Traduzir-se-ia na emergência de um condicionamento que não conheceria, nem os limites constitucionais previstos para a restrição (art. 18º, nº 2 e nº 3), nem quaisquer outros limites, atenta absoluta carência de regulação constitucional dessa figura.

Mais: implicaria deixar quase toda a composição entre os direitos, as liberdades e as garantias, a cargo de órgãos democraticamente ilegítimos, os Tribunais e, sobretudo, ao alcance da Administração Pública, contrariando a sua mais profunda razão existencial.

II - No quadro, igualmente, de um entendimento literal do preceito, uma segunda solução traduzir-se-ia na compressão, a um mínimo, da noção de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, e na paralela admissão de novas categorias normativas.

Assim, de leis estritamente interpretativas, de leis meramente harmonizadoras¹¹⁸⁹, de leis de exclusiva delimitação¹¹⁹⁰ e de leis de simples declaração de limites imanentes¹¹⁹¹.

Todavia, semelhante opção dogmática levaria ao desaparecimento, em relação a todos esses atos legislativos de natureza condicionadora, da exigência de autorização expressa.

E, sobretudo, conduziria a uma desaplicação total, no que aos mesmos se reporta, do multi-limitativo regime da restrição preteritamente examinado¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ Nesse sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 281: “só podemos aceitar a redução das hipóteses de restrição aos casos expressamente previstos na Constituição, na medida em que se construam categorias autónomas de leis interpretativas e de leis harmonizadoras, que se distingam das leis restritivas quanto ao conteúdo, quanto ao grau de vinculação legislativa à norma constitucional e quanto à intensidade do respetivo controlo judicial”.

¹¹⁹⁰ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 370: “seria mera delimitação, regulamentação, condicionamento ou conformação de Direitos Fundamentais ou declaração dos seus limites imanentes”.

¹¹⁹¹ “A doutrina dos limites imanentes surge como particularmente apropriada num sistema constitucional como o nosso, que só admite as restrições expressamente previstas”; assim, Novais, *As restrições...*, p. 440.

¹¹⁹² No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 450: “a tese da relevância absoluta só poderia conduzir a um de dois desenlaces: ou a o bloqueio do poder legislativo, ou a uma franca escapatória”; e Novais, *As restrições...*, pp. 173, 585 e 586: “o facto de uma lei ser concetualmente qualificada como meramente condicionadora ou regulamentadora poderia ter para o direito fundamental consequências práticas muito mais gravosas que uma lei restritiva, na medida em que não lhe seriam exigidos requisitos aplicáveis a esta última”. “Tomar a proibição à letra e adotar em seguida uma estratégia de fuga ou camuflagem redundaria na admissão de um pacto tácito celebrado pelo próprio constituinte contra a força normativa da Constituição”.

8.5.1.3.1.2.3.1.7.2. TESE DA CONVERSÃO DA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA EM AUTORIZAÇÃO IMPLÍCITA

I - Uma construção distinta consistiria na admissibilidade de reservas implícitas, em paralelo com, ou para além das, reservas expressamente previstas pela Constituição¹¹⁹³.

Porém, semelhante construção não se afigura aceitável, por uma tripla ordem de razões.

II - Em primeiro lugar, porque não encontra no texto constitucional um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (art. 9º, nº 2, Código Civil).

Aliás, o que se observa no texto constitucional, e de modo expresso, é a modelação oposta.

O que significa não ser possível defender que, mesmo se o texto constitucional obriga a consagração expressa, uma parte - ou a quase-totalidade - das restrições poderia ancorar-se numa previsão meramente implícita.

Em segundo lugar, porque, se a exigência de autorização expressa se plasma, afinal, numa autorização implícita, não se compreende por que motivo a Lei Fundamental explicita uma autorização expressa, em múltiplos preceitos (*maxime*, art. 27º, nº 3, 34º, nº 2 e nº 4, 49º, nº 1, ou 61º, nº 1).

Preceitos esses aos quais não correspondem, aliás, nem os mais relevantes, nem, simetricamente, os menos importantes, bens jurídicos protegidos pela atual Constituição.

Em terceiro lugar, porque a construção analisada se reconduziria à - impugnada - teoria interna dos condicionamentos, *maxime*, à teoria dos alegados limites imanentes dos direitos, liberdades e garantias¹¹⁹⁴.

¹¹⁹³ Nesse sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1131: “na prática, ao lado de autorizações explícitas específicas para restringir certos tipos de direitos, liberdades e garantias tem-se admitido a existência de uma cláusula geral de restrição legal sobre todos e quaisquer direitos, liberdades e garantias fundados em considerações materiais”; Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 98: “é necessária uma autorização constitucional que, à revelia da letra, não tem de ser expressa, podendo basear-se nas exigências do próprio sistema de direitos. Quer isto dizer que na ideia do sistema de direitos está implícita a necessidade de intervir legislativamente para acomodar e delimitar, dentro das margens constitucionais admissíveis, o âmbito de outros direitos”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 279: “poderá recorrer-se, como fez o Tribunal Constitucional, à construção de uma previsão indireta, tácita, ou instrumental de restrição, quando esta decorra claramente de certas normas constitucionais”; e Costa, *A hierarquia...*, p. 16: “o Tribunal Constitucional (...) vem entendendo esta condição – que sublinha o carácter sempre excecional da restrição – com uma certa maleabilidade, aceitando que a previsão ou autorização da restrição resulte ‘expressa’ mas apenas ‘indiretamente’ da Constituição”.

¹¹⁹⁴ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 437: “a chamada teoria interna eliminava logicamente o problema das restrições aos direitos fundamentais, incluindo o das restrições não expressamente autorizadas, através da identificação estrutural entre conteúdo e limites dos Direitos Fundamentais”.

8.5.1.3.1.2.3.1.7.3. TESE DA INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE DA NORMA CONSTITUCIONAL

I – O inciso jurídico analisando, expressamente autorizadas (art. 18º, nº 2, parte inicial), revela-se, de todo em todo, absurdo, por configurar uma exigência de carácter impossível.

E, desse modo, apenas admite um tipo de interpretação jurídica, a - excepcionalíssima - interpretação ab-rogante¹¹⁹⁵.

Assim, a restrição aos direitos, liberdades e garantias não depende, nem da natureza expressa, nem, igualmente, da natureza tácita, da respetiva consagração.

Nas situações em que a autorização constitucional assume carácter explícito, a restrição observa a totalidade das normas especificamente consagradas à restrição (art. 18º, nº 2 e nº 3).

Nas situações em que inexistente essa autorização, a restrição encontra-se vinculada pelas limitações definidas para o instituto (art. 18º, nº 2 e nº 3), mas com desaplicação da exigência constitucional de uma expressa previsão (art. 18º, nº 2, parte inicial)¹¹⁹⁶.

II – Mais: o segmento normativo em questão não é apenas de exequibilidade impossível.

Configura, inclusive, uma norma constitucional inconstitucional originária, porque veda - putativamente - a existência de intervenções restritivas vocacionadas para a salvaguarda

¹¹⁹⁵ Em sentido próximo, Soares Martinez, *Comentários...*, p. 33: “se a restrição dos direitos e liberdades tivesse de ser prevista expressamente na Constituição, esta havia de conter muitos milhares de artigos. Designadamente, o Código de Estrada deveria ser nela incorporado. A obrigação de circular pelo lado direito das vias públicas, por exemplo, constitui uma restrição ao direito de livre circulação”; Novais, *As restrições...*, p. 586: “o legislador proclamou uma regra que não tem correspondência na natureza das coisas (...), a afirmação da irrestringibilidade dos Direitos Fundamentais consagrados sem reservas colide necessariamente com a natureza das coisas que resulta da vocação estrutural dos Direitos Fundamentais para entrar em colisão com os mesmos ou outros Direitos Fundamentais”; Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 469: “os limites constitucionais (...) são grandezas e emergências inevitáveis, cuja não edição, não reconhecimento ou não permissão estariam para além das possibilidades (lógicas, ontológicas e funcionais) de que - numa ordem jurídica de Estado de Direito ou, até, em qualquer ordem jurídica racionalmente instituída - dispõe o legislador constituinte”; e Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, p. 406: “limitações rigorosas (demasiado rigorosas) do art. 18/2”.

¹¹⁹⁶ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 277: “há muitos preceitos constitucionais - como por exemplo, os relativos ao direito à vida, à integridade pessoal (...) - que não preveem expressamente quaisquer restrições legislativas. Será correto (...) invocar o nº 2 do artigo 18º, para os qualificar como legalmente irrestringíveis, em termos de ser inconstitucional qualquer sua limitação por via legislativa?”

de interesses constitucionais de valor superior aos subjacentes ao direito, liberdade ou garantia restringendos¹¹⁹⁷ - como, por exemplo, o valor vida, ou o valor integridade.

8.5.1.3.1.2.3.2. RESTRIÇÃO AGRAVADA

I – Consubstancia, igualmente, uma restrição de direitos, liberdades e garantias, o condicionamento emergente das designadas relações especiais de poder, ou relações de estatuto especial¹¹⁹⁸.

Essa restrição assume, igualmente, um carácter normativo, legislativo, perene, ablativo, parcial, e tem enquanto escopo essencial a salvaguarda de outras posições jurídicas ativas.

Logo, embora produzindo efeitos negativos agravados na esfera subjetiva daqueles que pela mesma são condicionados, não tem natureza concreta, nem natureza individual¹¹⁹⁹.

II – Surgindo como restrição agravada, cumula-se a todas as outras restrições ordinárias.

E, considerada a explicitude textual da autorização existente, respeita a integralidade dos pressupostos estabelecidos para semelhantes restrições ordinárias (art. 18º, nº 2 e nº 3).

Aliás, em sede de proporcionalidade, obriga-se a pressupostos, nalguns casos, também eles agravados (art. 270º)¹²⁰⁰.

O mesmo ocorrendo, em termos de procedimento e de reserva legislativa, com a exigência de aprovação parlamentar, e por maioria de dois terços (art. 164º, al. o), e art. 168º, nº 6).

¹¹⁹⁷ Em sentido próximo, Gallwas, *cit. in* Novais, *As restrições...*, p. 28: “Gallwas qualifica mesmo como norma constitucional inconstitucional uma norma que vedasse, como aparentemente faz o nosso art. 18º nº 2, a possibilidade de intervenções restritivas no conteúdo de Direitos Fundamentais sem reservas com vista à salvaguarda de interesses constitucionais de valor superior”.

¹¹⁹⁸ “Mais apropriado era o conceito de relações especiais de sujeição”; assim, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 553.

¹¹⁹⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 467: “ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a Direitos Fundamentais (irrenunciabilidade dos Direitos Fundamentais), nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis diminutio*. Trata-se tão-somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico”.

¹²⁰⁰ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 294: “não pode estender-se a todas as esferas da vida do sujeito, subordinando ao fim específico da relação de poder aspetos que não lhe respeita”. “Não é legítimo, por isso, com base no dever de comportamento digno, mesmo fora do exercício da função, anular completamente a esfera da intimidade privada dos funcionários e militares”.

III - Tipicamente, a restrição agravada ostenta natureza expressa, em razão da sua especificidade.

Não se exclui, entretanto, uma natureza implícita, em linha com a restrição ordinária¹²⁰¹.

IV – A situação mais relevante prende-se com os militares e com os agentes militarizados, dos quadros permanentes, em serviço efetivo, e bem assim, com os agentes dos serviços e das forças de segurança, e com os membros das forças militares e para-militares (art. 270º; e Lei nº 31-A/2009, de 7 de julho - Lei da Defesa Nacional).

De facto, a Constituição prevê o estabelecimento, eventual, de restrição agravada ao exercício dos respetivos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva, à capacidade eleitoral passiva.

Mais: agravamento que pode implicar mesmo a exclusão total - e não só parcial - do direito de greve¹²⁰², apesar da admissibilidade do direito de associação sindical (art. 270º).

V - Outras situações de restrição agravada existem, em sede penal, a propósito dos condenados (art. 30º, nº 5), ou dos presos preventivos¹²⁰³, ou mesmo dos próprios detidos.

E, bem assim, em outros domínios jurídicos muito distintos entre si, nomeadamente, os que concernem a utentes hospitalizados, a estudantes, a incapazes, ou, até, a menores¹²⁰⁴.

VI – A relação especial de poder, relação de estatuto especial, não se perfila, no entanto, como um sinónimo, necessário, de restrição, nem, menos ainda, de restrição agravada.

¹²⁰¹ Em sentido diverso, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 467: “as restrições de Direitos Fundamentais justificadas com base numa relação especial de poder, mas sem fundamento expresso na Constituição, só podem ser aceites na medida do estritamente necessário para a salvaguarda de bens constitucionalmente positivados e expressamente defendidos pelas instituições onde se desenvolvem estas relações (...) (magistrados, diplomatas)”.

¹²⁰² “Restrição de ordem essencialmente política, visando conferir ao estatuto das forças militares e paramilitares uma neutralidade ativa em face do poder político, impedindo-as de tomar parte nas respetivas decisões, quer no momento da designação dos respetivos titulares, quer no momento da formação da opinião pública”; assim, Gouveia, *Manual...*, p. 1140.

¹²⁰³ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1140: “é de equiparar à situação de recluso com sentença transitada em julgado o preso preventivamente”.

¹²⁰⁴ No mesmo sentido, Canotilho, *Para uma revisão...*, pp. 553 e 554: “militares, funcionários públicos, presos (...), seja uma relação especial voluntária (...), seja uma relação especial passiva (detidos)” e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 152: “pessoas que, por força da Constituição ou da natureza das coisas, se encontram sujeitas (como os presos, as crianças ou as pessoas incapacitadas), ou inseridas (como os militares, os agentes das forças de segurança, os funcionários públicos ou os titulares de órgãos do Estado) em relações regidas por relações de estatuto especial”.

Efetivamente, a sua configuração pode traduzir-se, simetricamente, na ótica do titular passivo, numa proteção jurídica reforçada de direitos, de liberdades ou de garantias¹²⁰⁵.

8.5.1.3.1.3. CONDICIONAMENTOS AFINS DA RESTRIÇÃO

A Lei Fundamental portuguesa, no que se reporta aos condicionamentos ordinários dos direitos, liberdades e garantias disciplina, essencialmente, duas categorias, a da restrição (art. 18º, nº 2 e 3) e a da suspensão (art. 19º).

Porém, outros, afins, sobretudo afins do instituto da restrição, devem ser identificados¹²⁰⁶.

Semelhantes condicionamentos de direitos, liberdades e garantias próximos da restrição ostentam, nuns casos, natureza normativa e, noutras situações, carácter não normativo.

8.5.1.3.1.3.1. TIPOLOGIA

Os condicionamentos normativos são passíveis, na ótica dos titulares de direitos, liberdades e garantias, de revelar-se desvantajosos, negativos, ou, vantajosos, positivos.

E, podem, inclusive, embora em plano já muito distinto, recortar-se como indiferentes¹²⁰⁷.

¹²⁰⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 154: “o interesse da figura reside sobretudo no facto de a mesma legitimar tanto a restrição acrescida (ou seja, uma afetação), como o reforço da proteção (ou seja, uma intervenção vantajosa) de certos Direitos Fundamentais”.

¹²⁰⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 208: “embora o artigo 18º apenas refira expressamente a categoria das leis restritivas, as leis podem ainda ser (ou pretender ser) ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protetoras, promotoras e ampliativas de Direitos Fundamentais”; e Novais, *As restrições...*, p. 173: “a doutrina recorre (...) a contraposições ou distinções concetuais como as que se verificariam entre conformação/concretização/restrrição (Bachof), determinação ou criação de conteúdo/intervenção restritiva (Lerche), conformação/delimitação (Haberle), conformação/concretização/delimitação (Hesse), ou conformação/restrrição (Alexy)”.

¹²⁰⁷ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 115: “teoricamente, pode haver: 1) intervenções vantajosas (as que se projetem favoravelmente no Direito Fundamental); 2) intervenções desvantajosas (as que atinjam desfavoravelmente o Direito Fundamental); e intervenções indiferentes (as que não se projetem nem favorável nem desfavoravelmente sobre o Direito Fundamental”.

8.5.1.3.1.3.1.1. NEGATIVOS

I – No âmbito dos condicionamentos normativos negativos de direitos, liberdades e garantias destaca-se a harmonização.

A harmonização traduz-se numa ação do poder público, normativa, legislativa, perene, ablativa parcial e, finalisticamente, vinculada à salvaguarda de outras situações ativas.

Mesmo se se apresenta subsequente, tanto à determinação constitucional de limites, como ao estabelecimento ordinário de restrições.

E se se vocaciona para a fixação de critérios, estritamente normativos, a utilizar numa futura ponderação, exigida pela colisão de direitos, liberdades ou garantias¹²⁰⁸.

II - Os condicionamentos negativos em exame são passíveis de revelar carácter normativo e, sem prejuízo, não se integrarem na função política.

Emanando, nuns casos, do poder administrativo, mormente com base em atos regulamentares dotados de vincada autonomia.

E emergindo, noutros casos, do poder judicial, designadamente, por referência a - algumas - decisões com força obrigatória normativa do Tribunal Constitucional (art. 281º e 282º).

Mas não se afirmam como restrições *proprio sensu*, porque estas implicam a existência de reserva de ato político-legislativo de âmbito nacional (art. 18º, nº 2).

8.5.1.3.1.3.1.2. POSITIVOS

Os condicionamentos de direitos, liberdades e garantias, revestem, sobretudo, jaez negativo.

Porém, são suscetíveis, igualmente, de implicar um efeito positivo sobre esses direitos.

¹²⁰⁸ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 208 e 217: “ao lado das leis restritivas propriamente ditas e diferentes das que definem limites imanentes, devem ainda considerar-se autonomamente as leis que solucionam, em abstrato, problemas de colisão, que designamos por leis harmonizadoras”. “Leis harmonizadoras serão tendencialmente mais abertas, definindo (...), critérios que visam permitir a ponderação dos direitos (...) conflitantes em função das circunstâncias dos casos concretos”. “Visam resolver um conflito não prefigurado ao nível constitucional (...) através de critérios de harmonização, dirigidos à limitação de ambos os direitos (...) na proporção do respetivo peso normativo, nas situações legislativamente hipotecizadas”.

Ou, no mínimo, de ter um efeito positivo sobre os direitos de alguns sujeitos, se bem que, provavelmente, com o recíproco condicionamento negativo dos direitos de outros.

É o que se observa com os atos político-normativos vocacionados para a defesa, proteção, promoção, ou extensão, de direitos, liberdades e garantias (*maxime*, art. 165º, nº 1, al. b)).

Atos que, embora condicionadores, não revestem, bem ao invés, natureza ablativa¹²⁰⁹.

Se bem que nessa proteção, promoção ou extensão, não possa excluir-se a necessidade de um condicionamento, negativo, de outros direitos, mormente, do direito de propriedade.

8.5.1.3.1.3.1.3. NEUTROS

I - Rigorosamente diversos de todos os anteriores, surgem os atos legislativos que não transportam qualquer inovação normativa, nem, tão-pouco, qualquer inovação jurídica.

Não podendo, então, significar um condicionamento, nem de natureza negativa, nem, tão-pouco, de natureza positiva¹²¹⁰.

II – Em primeiro lugar, é o que se verifica com os atos legislativos interpretativos e com os atos legislativos inferentes.

Uns, porque resultam numa estrita identificação do sentido - ou, quiçá, de um dos vários sentidos possíveis - expresso no texto constitucional¹²¹¹.

Outros, porque traduzem mera explicitação do sentido implícito - e, atenta a natureza lógico-formal da operação, único sentido possível - nesse texto constitucional.

III – Em segundo lugar, é o que se observa em relação, quer aos atos legislativos ordenadores, quer aos - impropriamente designados - atos legislativos regulamentadores.

¹²⁰⁹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 214: “não é seguramente restritiva a legislação que visa diretamente proteger, promover ou até ampliar o alcance dos Direitos Fundamentais, fora das situações de colisão”.

¹²¹⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 124: “nem todas as intervenções do Estado sobre os direitos constituem restrições (...); quando concretiza uma norma não exequível, quando configura um direito carecido dessa cunhagem legislativa ou quando desenvolve e facilita o exercício dos direitos”.

¹²¹¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 211 e 212: “em rigor, o legislador não acrescenta, então, nem tira nada aos direitos, limitando-se a explicar os conteúdos normativos, desenvolvendo ou repetindo mais claramente o seu conteúdo”.

Na verdade, estes assumem uma pura tarefa de implementação, e não de verdadeira decisão condicionadora, das normas constitucionais atinentes aos direitos, liberdades e garantias¹²¹².

IV – Em terceiro lugar, é o se constata nos atos legislativos configuradores ou conformadores.

Com os atos normativos que procedem, exclusivamente, a um aprofundamento de uma determinação constitucional pré-existente dos direitos, liberdades e garantias¹²¹³.

V – E, em quarto lugar, é que se vislumbra quanto aos atos legislativos concretizadores.

Aos atos que estabelecem o modo de exercício, típico, do direito, liberdade, ou garantia.

Aclarando, pois, os originários limites constitucionais, sem que se opere a transposição da linha conducente a uma, posterior e eventual, introdução de restrições¹²¹⁴.

8.5.1.3.1.3.2. REGIME

I – Derradeiramente, cumpre indagar se os examinandos atos normativos e legislativos de carácter afim do ato normativo e legislativo de restrição, partilham com este último o modelo regimental prescrito (art. 18º, nº 2 e nº 3).

II - A resposta é negativa, desde logo, para os que não assumam matriz condicionadora.

¹²¹² No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 182: “consagração dos detalhes e pormenores de execução que contribuem para a plena operatividade ou exequibilidade de uma garantia de um Direito Fundamental”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 208 e 209: “organizam e disciplinam a ‘boa execução’ dos preceitos constitucionais. A sua intenção não é restringir, mas, pelo contrário, assegurar praticamente o direito fundamental constitucionalmente declarado”.

¹²¹³ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 129: “trata-se de hipóteses (...) em que o direito se apresenta na Constituição (...) informe ou ‘em bruto’, mostrando-se carecido de um trabalho de cinzelagem (...) de um trabalho de configuração”; e Novais, *As restrições...*, p. 181: “situações em que o legislador cria as formas jurídicas que fixam o conteúdo ou possibilitam o exercício efetivo de Direito Fundamental de conteúdo já perfeitamente determinado ou lhes confere uma forma que garante um seu exercício social ou juridicamente adequado”.

¹²¹⁴ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 212: “por vezes, a concretização parece limitar o direito, na medida em que define ou delimita o domínio da realidade que constitui a respetiva esfera normativa, e nalguns casos, aparenta mesmo restringi-lo, seja quando concretiza exceções definidas pelos próprios preceitos constitucionais (...) seja quando exclui autonomamente do domínio protegido uma certa forma (necessariamente atípica) de exercício do direito”.

De facto, nenhuma razão válida ocorre para a extensão, a atos de natureza distinta, de um regime da restrição de direitos, liberdades e garantias que é, manifestamente, excepcional.

E que decorre, aliás, da natureza compressorá negativa, da restrição, para os direitos, liberdades ou garantias¹²¹⁵.

III - E a resposta é negativa, de uma forma análoga, para os outros atos afins da restrição.

Mesmo para aqueles que determinam um condicionamento de perfil negativo, e inclusive, para aqueles que com a restrição maior afinidade revela, a harmonização.

De um lado, porque a Constituição se refere, exclusivamente, aos atos legislativos restritivos (art. 18º, nº 3), e não a quaisquer possíveis atos legislativos harmonizadores.

De um outro lado, porque a harmonização apresenta uma natureza claramente derivada e, portanto, decisionisticamente secundária, face à implicada pela restrição.

Não se justificando, por consequência, a imposição de limites tão exigentes, mas, bem pelo contrário, a atribuição ao normador ordinário de uma maior flexibilidade regulatória.

8.5.1.3.1.4. SUSPENSÃO

I - A suspensão (art. 19º) traduz, igualmente, um condicionamento ao exercício dos direitos, liberdades e garantias.

Distingue-se, não obstante, em múltiplos planos, quer da restrição, quer da generalidade dos mecanismos afins de condicionamento dessa restrição antes examinados.

II – Em primeiro lugar, porque reflete uma insusceptibilidade de exercício de direitos, liberdades ou garantias, não uma impossibilidade de gozo dos mesmos (art. 19º, nº 1)¹²¹⁶.

¹²¹⁵ Em sentido oposto, Sousa; Alexandrino, *op. cit.*, p. 98: “o regime constitucional das restrições parece dever aplicar-se, igualmente, quer a todos os casos de desenvolvimento legislativo do conteúdo dos direitos, quer à regulação primária das condições do exercício dos direitos - enfim, a todas as intervenções legislativas no domínio dos direitos, liberdades e garantias, sejam restritivas, concretizadoras, regulamentadoras ou ampliativas”.

¹²¹⁶ No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 193: “não importa (...) uma alteração da norma de Direitos Fundamentais (...) mas apenas uma impossibilidade geral e transitória do exercício do direito ou de algumas faculdades”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 144: “a suspensão caracteriza-se por atingir não a norma de Direito Fundamental, mas sim e apenas certos efeitos de proteção da norma de Direito Fundamental. Esses efeitos são os que tem a ver com manifestações externas do direito pelo seu titular (exercício) ou, no caso dos direitos passivos, os que se refiram à extensão ou à intensidade dos efeitos de proteção que resultam da respetiva norma de garantia”.

Em segundo lugar, porque não se estende à integralidade do catálogo de direitos (art. 19º, nº 6), dado que pode assumir - embora não tenha de assumir - uma extensão integral.

Aliás, essa passibilidade de extensão a todo o direito pode implicar, para o seu titular, um grau de condicionamento superior ao operado por qualquer dos restantes mecanismos¹²¹⁷.

Em terceiro lugar, porque é um condicionamento jurídico estabelecido para circunstancialismos rigorosamente excecionais, constitucionalmente tipificados (art. 19º, nº 2 e nº 7) e temporalmente limitados (art. 19º, nº 5).

Em quarto lugar, porque configura, na perspetiva do Estado, a existência de um poder-dever, de uma inequívoca obrigação de declaração do estado de exceção, em caso de ocorrência das situações de necessidade constitucionalmente estabelecidas (art. 19º, nº 2 e nº 3).

8.5.1.3.1.4.1. ESTADO DE EXCEÇÃO

8.5.1.3.1.4.1.1. PRESSUPOSTOS

A declaração do estado de exceção, e a inerente suspensão de direitos, liberdades ou garantias, conhecem, apenas, três pressupostos típicos.

Ou a agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, ou a grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática, ou a calamidade pública (art. 19º, nº 2).

Sem prejuízo da politicidade da declaração e da elasticidade destes conceitos, sobretudo, do de calamidade pública, compreendendo, aparentemente, todo o tipo de catástrofes, embora com maior incidência nas de origem naturalística, ou de matriz voluntário-tecnológica¹²¹⁸.

8.5.1.3.1.4.1.2. TIPOLOGIA

O estado de exceção - ou de necessidade - assume, constitucionalmente, nuns casos, a forma de Estado de sítio, noutros casos, a forma de estado de emergência (art. 19º, nº 3).

¹²¹⁷ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 145: “a suspensão incide não sobre o conteúdo mas apenas sobre o exercício do direito, o que significa que a intensidade da afetação é, em princípio, menor na suspensão do que na restrição”.

¹²¹⁸ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1149: “uma situação de cariz social, de elevados prejuízos e que atinge um grande número de pessoas, causada por acidentes tecnológicos ou catástrofes naturais”.

O primeiro revela a existência de uma situação de maior gravidade e permite o condicionamento total dos direitos, liberdades e garantias (art. 19º, nº 3), com a única exceção dos insuscetíveis de suspensão (art. 19º, nº 6).

O segundo, menos gravoso, só admite uma parcial suspensão dos mesmos (art. 19º, nº 3).

Em contrapartida, a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, em razão da superior ou inferior gravidade, não depende, ou não depende diretamente, da maior ou menor extensão territorial da situação de risco (art. 19º, nº 2, *a contrario*).

8.5.1.3.1.4.1.3. DECLARAÇÃO

I - A declaração do estado de exceção e a correspondente suspensão dos direitos, liberdades ou garantias revestem, apesar da imprevisão expressa dessa normatividade, carácter geral e abstrato.

Mas, a forma que lhes corresponde não é a de ato legislativo típico (art. 112º, nº 1), e sim a de ato legislativo atípico, o decreto do Presidente da República (art. 119º, nº 1, al. d)).

Um decreto presidencial antecedido, contudo, mandatoriamente, pela audição do Governo (art. 138º, nº 1), e pela autorização da Assembleia da República (art. 138º, nº 1).

Mais: a decisão final sobre a declaração do estado de necessidade constitucional, e sobre os seus específicos termos, incumbe, em rigor, ao Governo e ao respetivo Primeiro-Ministro, porquanto implica referenda (art. 134º, al. d), e 140º, nº 1 e nº 2).

E essa referenda surge como ato jurídico-político de exercício inteiramente livre¹²¹⁹.

II - A declaração de estado de exceção deve conter a fundamentação expressa das razões conducentes à respetiva feitura (art. 19º, nº 5)¹²²⁰.

Deve, também, especificar os direitos, liberdades e garantias suspensos e a extensão, parcial ou total, dessa suspensão, por referência a cada um dos mesmos (art. 19º, nº 5).

III – Esta vicissitude traduz, potencialmente, o condicionamento de parte muito relevante dos direitos, liberdades e garantias, não obstante a existência de limites, expressos, quanto aos que são impassíveis de suspensão (art. 19º, nº 6).

¹²¹⁹ Nesse sentido, Rodrigues, *O Primeiro-Ministro...*, pp. 388 e 389.

¹²²⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 143: “constituem requisitos materiais da declaração a fundamentação e a especificação dos respetivos pressupostos (art. 19º, nº 2 e 3), de onde decorrerá a escolha do tipo de estado de exceção (estado de sítio ou de emergência).

Assim, desde logo, não podem ser suspensos os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à liberdade de consciência e de religião - embora não à liberdade de culto - os direitos à capacidade civil e à cidadania, e, outrossim, as garantias de defesa dos arguidos e de não retroatividade da lei criminal (art. 19º, nº 6).

Revela-se impossível, no entanto, a defesa da natureza taxativa do preceito, sobretudo, nos casos em que a declaração de exceção é renovada, implicando um período condicionador mais longo - ou muito mais longo - do que os quinze dias estabelecidos inicialmente (art. 19º, nº 5).

Assim, a listagem dos direitos impassíveis de suspensão não pode deixar de incluir, mormente, o direito à liberdade física (art. 27º), o direito de resistência (art. 21º), ou as garantias de *habeas corpus* (art. 31º) e de presunção de inocência (art. 32º, nº 2).

Ou, inclusive, num outro plano, ao direito à constituição de família e à contração de casamento (art. 36º), ou ao direito à educação e à manutenção dos filhos (art. 36º, nº 5).

Todos eles direitos, ou liberdades, ou garantias, básicas, elementares, mas que não encontram previsão expressa em sede de insuspondibilidade (art. 19º, nº 6, *a contrario*).

IV – A declaração de estado de exceção obedece a critérios, estritos, de proporcionalidade (art. 19º, nº 4 e nº 8).

No entanto, a necessidade, a adequabilidade, e a racionalidade, esteiam-se, agora, nas exigências de um célere restabelecimento da normalidade constitucional (art. 19º, nº 4, *in fine*) - e não, como na restrição e afins, na salvaguarda de outras situações jurídicas ativas.

Logo, a suspensão deve ser necessária e, simultaneamente, o menos danosa possível, quanto à sua extensão e à sua intensidade, em ordem a essa normalização.

Logo, a suspensão deve ser instrumentalmente idónea à normalização da situação.

Logo, a suspensão não deve gerar mais efeitos negativos do que os que ocorreriam no caso de não declaração, ou não declaração nos moldes realizados, do estado de exceção.

V – O condicionamento examinando é objeto de tutela de constitucionalidade, a cargo, essencialmente, do Tribunal Constitucional.

Mesmo se, circunscrita ao exame de normas - aliás, como a restante fiscalização - e ainda que, operando em momento sucessivo ao da declaração de estado de exceção, atenta a urgência do circunstancialismo (art. 281º, nº 1, al. a), e 282º).

Paralelamente, a declaração do estado de exceção pode ser objecto de um controlo de respetiva legalidade, da competência da generalidade dos Tribunais.

Agora, quanto a atos jurídicos geradores da preterição de direitos, liberdades ou garantias.

8.5.1.3.2. CONDICIONAMENTOS NÃO NORMATIVOS

Os condicionamentos jurídicos aos direitos, liberdades e garantias, são passíveis, simetricamente, de integrar-se em atos, *latu sensu*, que assumem estrutura não normativa.

8.5.1.3.2.1. INTERVENÇÃO RESTRITIVA

I - A figura nomenclada - doutrinariamente - de intervenção restritiva condiciona, de uma forma individual e concreta, um direito, uma liberdade, ou uma garantia¹²²¹.

É o que acontece com algumas decisões judiciais que, nomeadamente, afetam o direito pessoal à liberdade física, casos da detenção, da prisão, ou da medida de segurança.

E é o que ocorre com decisões administrativas que, exemplificativamente, comprimem o direito pessoal de natureza análoga de propriedade privada, como as de expropriação, de requisição, de nacionalização, ou de confisco.

Sem que, dessas ações do poder público, resulte uma vicissitude para o Direito Objetivo.

E sem que se verifique uma mutação na própria norma constitucional jusfundamental¹²²².

II – Entretanto, a uma disciplina exigente e exaustiva do instituto da restrição, corresponde a quase absoluta omissão dessa disciplina quanto à intervenção restritiva.

Fenómeno tanto mais incompreensível quanto a gravidade do condicionamento individualizado e concreto não se apresenta, potencialmente, menor, ou menos gravosa, do que a de fonte normativa¹²²³, mormente quando resulta da atividade administrativa.

¹²²¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 475: “na intervenção restritiva não ocorre uma alteração de alcance geral e abstrato do efeito da norma de garantia (como na restrição), mas é apenas atingido (...) o conteúdo de uma posição jusfundamental concreta”.

¹²²² No mesmo sentido, Novais, *As restrições...*, p. 194: “afeta-se negativamente o conteúdo da posição individual que resulta da titularidade do Direito Fundamental, permanecendo, todavia, em princípio, inalterada a norma de Direitos Fundamentais e o correspondente conteúdo objetivo do direito”.

¹²²³ Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, p. 203: “a ausência ou insuficiência de tratamento constitucional das intervenções restritivas encontra correspondência no assinalado défice de tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais por elas eventualmente violados e uma e outro serão simultaneamente causa e efeito da pouca ou nula atenção que a doutrina lhes tem prestado”.

III – Ainda assim, quando uma qualquer intervenção restritiva ofenda direitos, liberdades ou garantias não fica excluído, um possível - mas excecional - recurso ao direito de resistência (art. 21º).

Aliás, a locução ordem (art. 21º, 1ª parte), apresenta, literalmente, um significado jurídico mais individualizado e concreto do que geral e abstrato.

8.5.1.3.2.2. COLISÃO

I - A colisão resulta, uma vez mais, da tensão entre os vários direitos, liberdades e garantias¹²²⁴.

Mais precisamente, quando dois, ou mais, direitos, liberdades ou garantias, atribuem aos respetivos titulares posições jurídicas ativas entre si incompatíveis¹²²⁵.

Porém, enquanto o limite, a restrição, os condicionamentos afins desta, e a própria suspensão, se situam num plano normativo, a colisão assume um carácter concreto¹²²⁶.

Emergindo, apesar da definição, normativa constitucional, anterior e primária, do limite.

Persistindo, não obstante a estatuição, normativa ordinária, superveniente, da restrição.

E subsistindo, inclusive, após o recurso a outros mecanismos afins dessa restrição¹²²⁷.

Logo, enquanto o limite integra a função constitucional, e a restrição e as figuras normativas afins da restrição se inscrevem na função político-legislativa, a colisão sedita-se em plano, não apenas superveniente, mas subordinado, por referência às anteriores.

Ou, no quadro da função administrativa ou, mais tipicamente, no da função jurisdicional.

¹²²⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 193 e 266: “o sistema de direitos (...) é intrinsecamente conflitual e a afirmação plena dos Direitos Fundamentais de uns não pode fazer-se, as mais das vezes, sem prejuízo dos direitos dos outros ou de valores comunitários essenciais, o que, somado à inevitável indeterminação normativa dos respetivos preceitos, justifica ou impõe a intervenção dos diversos poderes públicos para a solução desses conflitos”.

¹²²⁵ Em sentido próximo, Cordeiro, *op. cit.*, p. 377: “em sentido restrito, a colisão ocorre sempre que dois ou mais direitos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si”; “em sentido amplo, haverá colisão de direitos quando um direito subjetivo, na sua configuração, ou no seu exercício, deva ser harmonizado com outro ou outros direitos”.

¹²²⁶ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 126: “ao passo que na restrição se procura uma resolução prévia de conflitos (pensados em abstrato e no mero plano das normas (...), a resolução da colisão de direitos no caso concreto não cabe ao legislador, mas sim aos titulares dos direitos em presença, às entidades eventualmente chamadas a intervir e, em última instância, aos Tribunais”.

¹²²⁷ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 299: “haverá colisão, ou conflito, sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética)”.

II – A ultrapassagem deste tipo de conflito entre direitos, liberdades e garantias, recorre a um mecanismo nomeado, usualmente, de ponderação.

Ponderação que assume, como fim, a concordância prática entre as posições jurídicas¹²²⁸.

Que se traduz num exame, valorativo, das posições jurídicas em confronto¹²²⁹.

E que se ancora, metodologicamente, no princípio da proporcionalidade¹²³⁰.

III – A ponderação apresenta-se indispensável, porque não é exequível, nem prever, nem compor, normativamente, todos os virtuais conflitos entre direitos, liberdades e garantias.

Todavia, na ótica dos titulares das posições ativas, a ponderação diminui a confiança e segurança jurídicas que aos direitos, liberdades e garantias se encontram associadas.

Efetivamente, nem na Constituição, nem mesmo no direito ordinário, é possível identificar os critérios, específicos, de dirimção das posições individuais conflitantes.

Numa ótica institucional, subverte, simultaneamente, o princípio da separação de funções e o princípio democrático.

Com efeito, remete para a jurisdição e para a administração tarefas que só aos legisladores, constituinte e ordinário, democraticamente legitimados, devem competir¹²³¹.

¹²²⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 303: “o princípio da concordância prática executa-se (...) através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito”; e Gouveia, *Manual...*, p. 1107: “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 limitativa. “Aplicação preferente do Direito Fundamental considerado valorativamente superior em relação a outro direito fundamental (...); aplicação concordante dos Direitos Fundamentais considerados valorativamente equivalentes”.

¹²²⁹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1107: “a colisão de Direitos Fundamentais tem subjacente uma avaliação valorativa que só pode ser dada pela ponderação de bens de que os Direitos Fundamentais são portadores”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 303: “a questão do conflito de direitos ou de valores depende (...) de um procedimento e de um juízo de ponderação, não dos valores em si, mas das formas ou modelos de exercício específicos dos direitos”.

¹²³⁰ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 127: “na maior parte dos casos (...) não se poderá escapar nem à metodologia da ponderação de bens, nem à aplicação do critério da proporcionalidade (nas suas distintas dimensões)”.

¹²³¹ Em sentido próximo, Novais, *As restrições...*, p. 571: “a admissão de uma remissão implícita para a compatibilização de Direitos Fundamentais com outros bens através da ponderação de bens ou, o que é equivalente, a admissão de uma reserva geral de ponderação afetando os Direitos Fundamentais tem sido recorrentemente criticada por, supostamente, ameaçar a dissolução dos princípios elementares da segurança, previsibilidade, calculabilidade e generalidade próprios do Estado de Direito”.

8.5.1.3.2.3. RENÚNCIA

A renúncia afirma-se como um condicionamento jurídico de um direito, de uma liberdade, ou de uma garantia, que, diferentemente dos pretéritos, se ancora na vontade do respetivo titular¹²³².

Seja essa vontade contratualmente exprimida, no quadro das suas relações com os outros sujeitos privados, ou no âmbito de relações suas com sujeitos públicos desarmados de *ius imperi*¹²³³.

Seja essa vontade, ainda, manifestada num quadro consensual, mas extra-contratual¹²³⁴.

8.5.1.3.2.3.1. RENUNCIABILIDADE

I - Os direitos, as liberdades, e as garantias, apresentam-se, sem exceção, passíveis de renúncia¹²³⁵.

Singularmente, ou no seu conjunto, na integralidade, ou em cada uma das respetivas partes.

A renúncia apresenta-se, pois, como um domínio jurídico de reserva individual absoluta, de uma rigorosa intransponibilidade por quaisquer outros sujeitos, públicos, ou privados.

Mais: nem mesmo a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento derradeiro das posições ativas em exame, consubstancia um verdadeiro obstáculo em sede de renúncia.

Efetivamente, tal dignidade tem de manifestar-se, quer no gozo e no exercício de direitos, liberdades e garantias, quer numa eventual renúncia a esse gozo ou a esse exercício¹²³⁶.

¹²³² Em sentido diverso, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 540: “dever-se-ia abandonar a fórmula linguística da ‘renúncia a Direitos Fundamentais’”. “A questão não é a de ‘renunciar a direitos’ mas a de exercer o ‘poder de disposição sobre determinados conteúdos de Direitos Fundamentais’”.

¹²³³ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 147: “tanto pode surgir no quadro das relações entre o Estado e o cidadão como no âmbito das relações jurídicas privadas (onde, aliás, ocorrem as hipóteses mais frequentes)”.

¹²³⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 307: “auto-limitação de um direito por vontade do respetivo titular, seja no âmbito de um contrato ou acordo, seja através do consentimento autorizante de uma intervenção, pública ou privada, restritiva ou limitadora”.

¹²³⁵ No mesmo sentido, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 311: “não é de excluir algum tipo de renúncia á partida”. “Assumindo, em Estado de Direito, a autonomia do indivíduo um papel fundamental, não faria sentido condicionar o exercício dos Direitos Fundamentais por fins supra-individuais que devessem sempre prevalecer”.

¹²³⁶ Em sentido próximo, Novais, *Renúncia...*, pp. 327, 328 e 329: “do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre, também, o reconhecimento do poder de a pessoa se autodeterminar, de dispor

Ponto é que, a renúncia se afirme inquestionavelmente livre, irreversivelmente livre¹²³⁷.

Ponto é que, a renúncia permaneça inquestionavelmente livre, irreversivelmente livre¹²³⁸.

II – A renúncia afirma-se enquanto decorrência, lógica, de um princípio da liberdade¹²³⁹.

Assim, em nome da liberdade é possível dispor do direito à vida, revelando-se, desse modo, um direito à morte e um direito ao suicídio - nomeadamente, na sua forma tentada.

Ou mesmo, quiçá, um direito ao suicídio assistido, ou um direito à eutanásia, nas suas múltiplas vertentes - ainda que, aqui, se possam suscitar maiores dúvidas, considerada a necessária participação de sujeitos terceiros no ato de renúncia ao direito à vida¹²⁴⁰.

livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de um Direito Fundamental”. “Procura-se hoje privilegiar uma conceção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder conseqüente de conformação da própria vida”. “Muito menos se aceitará que, em nome de uma conceção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de o proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de Direitos Fundamentais e transformando o direito à dignidade num dever de dignidade”; e Mac Crorie, *op. cit.*, p. 316: “só em casos extremos o princípio da dignidade poderá justificar restrições da liberdade. Partindo de uma imagem do Homem que assenta na autonomia, este princípio não deve servir de fundamento legitimador de uma proteção do indivíduo contra si próprio, sendo de afastar quaisquer medidas que visem tal proteção fora dos casos em que possa ser perturbada a autodeterminação futura do sujeito”.

¹²³⁷ Em sentido próximo, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 312: “sendo a renúncia na sua essência um ato de voluntariedade só pode, então, admitir-se se for produto de uma vontade livre, esclarecida, isenta de erro e inequívoca”. “O grau de autonomia real das partes deve ser um critério válido e útil para a questão da voluntariedade do consentimento”.

¹²³⁸ No mesmo sentido, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 314: “sendo a nossa ordem fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, na autonomia individual, justifica-se a limitação dessa mesma autonomia no sentido de não permitir uma renúncia que a ponha definitivamente em causa”; e Novais, *Renúncia...*, p. 330: “a dignidade será violada, mesmo com o consentimento do lesado, quando este anua na destruição ou anulação das condições da sua auto-determinação futura, ou aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos, na medida em que isso signifique uma degradação, sem possibilidades de correção, ainda que voluntária, ao nível de um objeto heteronomamente determinado”.

¹²³⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 150: “porque os direitos, liberdades e garantias são expressão de liberdade, têm por fim a liberdade e se realizam na liberdade, é antes da mais ao beneficiário da liberdade (à pessoa humana concreta) que deve ser reconhecido o poder de definir o conteúdo e o uso concreto da liberdade”.

¹²⁴⁰ Em sentido oposto, Canotilho, *Para uma revisão...*, p. 547 e 548: “a indisponibilidade justifica-se nestes termos *rawlsianos*: qualquer acordo entre cidadãos que prescindia de uma liberdade básica ou a viole, mesmo que esse acordo possa ser racional e voluntário, é nulo *ab initio*” (...). “Indisponibilidade de qualquer direito medularmente inerente á pessoa, á dignidade da pessoa e ao desenvolvimento da personalidade (vida, integridade física e psíquica, dignidade, liberdade, igualdade)”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 311: “poderão ver-se indicações de um princípio de indisponibilidade dos direitos

Assim, em nome da liberdade, torna-se admissível praticar profissionalmente atividades perigosas, que implicam riscos elevados para o direito à existência, como a espionagem ou a carreira militar, ou a pilotagem, em competição, de automóveis e de motocicletas.

Assim, em nome da liberdade, é possível hierarquizar, graduar, escolher, entre liberdades, perante a humana impossibilidade de prosseguir todas essas intermináveis liberdades¹²⁴¹.

III – Acresce que, os direitos, liberdades e garantias se recortam enquanto direitos exclusivos dos indivíduos, nunca, naturalmente, enquanto direitos dos sujeitos públicos.

De onde, se o Estado se encontra vinculado a prevê-los, a respeitá-los e a acautelá-los, o indivíduo é, não obstante, rigorosamente autónomo na sua decisão de a eles renunciar.

IV – Acresce que, os direitos, liberdades e garantias se consubstanciam em posições jurídicas ativas, não em posições jurídicas passivas, não em deveres, nem, tão-pouco, em poderes-deveres.

Ora, a eventual irrenunciabilidade, traduziria um dever de não-renúncia a esses direitos.

E implicaria, mesmo, um insustentável paternalismo ou, no limite, totalitarismo^{1242 1243}.

respetivos, por exemplo, no carácter apodítico da afirmação da ‘inviolabilidade’ da vida humana e da integridade moral e física das pessoas”.

¹²⁴¹ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 150: “não compossibilidade da realização simultânea de todos os bens e interesses da liberdade, pelo que ao titular dos direitos deve ser em regra reconhecido um poder de definição de prioridades na realização concreta da sua esfera de liberdade”.

¹²⁴² No mesmo sentido, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 313: “devem considerar-se paternalistas as medidas que limitam ou excluem a liberdade de escolha do indivíduo para o seu próprio bem, por se entender que este poderá levar a cabo atos que contrariam os seus próprios interesses”. “Uma vez que adotamos uma conceção de dignidade baseada na autonomia e na responsabilidade individual, o particular deve poder definir por si próprio o sentido e o conteúdo da sua dignidade, sob pena de estarmos perante um paternalismo estadual indmissível”.

¹²⁴³ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 465: “(1) é irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade da pessoa humana (vida, estatuto da pessoa humana, com a conseqüente proibição da escravatura, trabalhos forçados, redução a *res nullius*); (2) os Direitos Fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; (3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos; (4) os Direitos Fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações são, na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trate de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”; (5) a admissibilidade de uma auto-restrição mais ampla que a restrição legal está sujeita ao mesmo limite absoluto da reserva de lei restritiva – manutenção do núcleo essencial do direito afetado (e) a auto-limitação voluntária ao exercício de um direito num caso concreto (...) deve considerar-se sempre sob reserva de revogação a todo o tempo (6); uma solução diferenciada ainda que se tome em atenção o Direito Fundamental concreto e o fim da renúncia”.

8.5.1.3.2.3.2. TIPOLOGIA

I - A renúncia a direitos, liberdades, ou garantias, assume matriz tipológica diversificada.

Assim, pode apresentar-se total, ou parcial, consoante atinge todas as faculdades compreendidas na posição jurídica ativa, ou incide, apenas, sobre um seu segmento¹²⁴⁴.

Pode, também, surgir temporária, ou assumir duração indeterminada e, quiçá, definitiva.

E pode, ainda, incidir sobre o gozo, ou repercutir-se, somente, no exercício do direito¹²⁴⁵.

II – Derradeiramente, a figura da renúncia pode apresentar-se irreversível ou reversível.

A renúncia deve patentear carácter reversível, porque a irreversibilidade carrearía a privação de escolha, futura, entre o gozo ou exercício, e o não gozo ou não exercício do direito, traduzindo a inexistência de liberdade de determinação por parte do seu titular.

Não obstante, excecionalmente, a renúncia é, pela natureza das coisas, irreversível, *maxime*, na renúncia ao direito à vida, ou numa renúncia ao direito à integridade física¹²⁴⁶.

8.5.1.3.2.3.3. REGIME

I - A Constituição nacional não se pronuncia, expressamente, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias - ou de outros Direitos Fundamentais - sobre o instituto da renúncia.

Se bem que este não lhe seja desconhecido, nem a propósito do Presidente da República (art. 123º, nº 2, e 131º), nem dos Deputados à Assembleia da República (art. 160º, nº 2).

Infere-se, pois, que não se pronuncia sobre este tipo de renúncia porque não pretende fazê-lo, deixando, assim, aclarados, os fundamentos jurídicos de semelhante imprevisão.

¹²⁴⁴ Em sentido diverso, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 311: “a distinção entre renúncia total e renúncia parcial deve ser tida em conta quando se afere a validade de uma renúncia concreta (...), se estamos perante uma renúncia ao direito fundamental como um todo ou apenas a algumas das faculdades que o integram”.

¹²⁴⁵ Em sentido oposto, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 310: “não é relevante distinguir entre renúncia à titularidade e renúncia ao exercício”.

¹²⁴⁶ Em sentido diverso, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 310: “justifica-se a distinção entre renúncia definitiva ou irreversível e renúncia não definitiva ou reversível, que deverá ser pesada na decisão sobre a admissibilidade concreta de uma dada renúncia”.

II – As normas que disciplinam a restrição surgem insuscetíveis de extensão à renúncia.

Com efeito, a restrição surge como um hetero-condicionamento, como um produto exclusivo da vontade pública e não, como se verifica na renúncia, como um auto-condicionamento, oriundo, exclusivamente, da vontade privada e individual.

Assim, à renúncia não são aplicáveis os comandos relativos à salvaguarda de outros direitos, liberdades e garantias¹²⁴⁷, à reserva legislativa, à normatividade, à irretroatividade, à proporcionalidade¹²⁴⁸, ou à preservação da essencialidade (art. 18º, nº 2 e nº 3)¹²⁴⁹.

Nem, por maioria de razão, o referente a uma suposta previsão constitucional expressa.

III - Mais: não só a Constituição não prevê a figura da renúncia, como não se apresenta admissível a futura emergência de limites à renúncia (art. 288º, al. d)).

Sob pena de, mais do que infundamentados, os limites da função constitucional derivada conformarem uma efetiva auto-derrogação do direito à liberdade.

Exemplificativamente, seria o caso da proibição do contrato de suicídio, com o inerente afastamento do direito à vida.

Ou da exclusão do contrato de doação, ou de alienação, de órgãos, mesmo que com ofensa do direito à integridade pessoal.

Ou da proscricção da escravatura, ou da servidão, obstando, assim, à liberdade de ser escravo, ou à liberdade de ser servo.

¹²⁴⁷ Em sentido oposto, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 313: “uma vez que o poder de renúncia se funda na dignidade e autonomia presentes nos Direitos Fundamentais, a limitação deste poder traduz-se numa restrição ao exercício de direitos, pelo que só poderá ter lugar se houver outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição e na medida do necessário para a garantia desses outros direitos ou interesses”.

¹²⁴⁸ Em sentido oposto, Novais, *Renúncia...*, p. 332: “no âmbito da renúncia a Direitos Fundamentais (...) o princípio da proporcionalidade tem uma aplicação diferenciada: enquanto limite à limitação do poder de disposição individual sobre as próprias posições de Direitos Fundamentais e enquanto limite à restrição de posições protegidas de Direitos Fundamentais efetuada com fundamento na renúncia do seu titular”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 151: “nas relações cidadão/Estado ou equivalentes, o respeito pelas exigências da proibição do arbítrio e da proporcionalidade, na sua tripla dimensão: de idoneidade (entre a redução operada e o fim visado com a renúncia), de indispensabilidade (se houver formas menos agressivas de atingir o mesmo fim, a renúncia não deve ser permitida) e de equilíbrio (entre os efeitos redutivos permitidos, por um lado, e a importância do fim visado e o peso da liberdade pessoal, por outro lado - nas demais relações, valerá, quando muito, um mínimo de equilíbrio”.

¹²⁴⁹ Em sentido oposto, Novais, *Renúncia...*, p. 331: “como acontece com qualquer outra restrição de Direitos Fundamentais, também as restrições operadas no quadro de uma renúncia a Direitos Fundamentais têm, por força do art. 18º, nº 3, de observar a garantia do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais”.

8.5.1.3.2.3.4. FIGURAS PRÓXIMAS

I – Finalmente, a renúncia aparta-se de outras figuras de natureza não normativa.

II – Em primeiro lugar, diferencia-se do não-exercício do direito, porque, na renúncia o auto-condicionamento reveste natureza jurídica e, neste, um mero significado fáctico¹²⁵⁰.

Em segundo lugar, afasta-se da auto-lesão, de um lado, porque tal condicionamento se circunscreve ao próprio titular do direito, enquanto na renúncia se opera frente a terceiros, públicos ou privados, e, de outro lado, porque assume relevância fáctica, mas não jurídica.

Em terceiro lugar, separa-se da perda de direitos, porque esta se desenha enquanto hetero-condicionamento, e não, como a renúncia, enquanto auto-condicionamento¹²⁵¹.

8.5.1.4. RESERVA DE ATO LEGISLATIVO PARLAMENTAR OU GOVERNAMENTAL

I - A regulação ordinária dos direitos, liberdades e garantias - e não apenas da restrição (art. 18º, nº 3) ou das realidades afins da restrição - implica, sempre, um ato legislativo.

Mais: obriga, necessariamente, a uma intervenção legislativa, final, ou autorizante, da Assembleia da República.

¹²⁵⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 307: “não deve confundir-se com a faculdade de não agir, característica dos direitos-liberdades, já que esta (...) constitui um dos modos possíveis e típicos do respetivo exercício”; e Mac Crorie, *op. cit.*, p. 310: “nas situações de não-exercício não se verifica, pela parte do titular do direito, a assunção de qualquer vínculo jurídico (...); este pode optar por exercer ou não exercer e, mesmo que não o faça num determinado momento, tal não invalida que posteriormente o venha a fazer”.

¹²⁵¹ No mesmo sentido, Mac Crorie, *op. cit.*, p. 310: “uma consequência que lhe é imposta de fora, ao contrário da renúncia que (...) parte inevitavelmente de uma decisão voluntária do titular do direito”.

Construção que tem o respetivo fundamento, histórico¹²⁵² - e, sobretudo, teórico¹²⁵³ - na ideia de que o órgão parlamentar proporcionaria maiores garantias de pluralismo e de transparência do que o órgão governamental.

II - A disciplina destas posições jurídicas situa-se, tipicamente, no contexto da reserva relativa de competência parlamentar (art. 165, nº 1, al. b)).

Porém, surge alargada a inscrição na reserva absoluta (art. 164, nº 1, als. a), b), e), f), h), j), l), e o)).

Situações existindo, inclusive, em que são objeto de reserva de ato legislativo reforçado.

Nuns casos, reserva de lei orgânica (arts. 164º, als. a), b), e), f), h), e l)), noutros casos, reserva de lei carente de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (arts. 164º, al. o), 121º, nº 1, 148º, 149º, e 239º, nº 3, por exigência do art. 168º, nº 6).

III – Os direitos, liberdades e garantias, só podem ser regulados por ato legislativo estadual.

Nunca através de um decreto legislativo regional, ainda que, porventura, autorizado.

Com efeito, as matérias da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República são, neste domínio, indelegáveis às Regiões Autónomas (art. 227º, nº 1, al. b)).

E, nunca com recurso a uma qualquer forma de regulamento - inclusive, de decreto-regulamentar (art. 112º, nº 6).

IV - A reserva de ato legislativo compreende a integralidade do regime dos direitos, liberdades ou garantias e, não apenas, as respetivas bases, ou os seus princípios gerais¹²⁵⁴.

¹²⁵² No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 323: “apesar de, nos nossos dias, terem perdido validade os mitos da vontade geral e da verdade racional, tal como o preconceito da inimizade do Executivo, característicos da doutrina constitucional monárquica”.

¹²⁵³ No mesmo sentido, Hespánha, *op. cit.*, p. 1604: “no processo legislativo, assiste-se à substituição da elaboração parlamentar das leis pela entrega da sua elaboração a entidades privadas (sociedades de advogados, sindicatos de interesses do próprio setor a regular)”.

¹²⁵⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 322: “não se restringe ao regime geral ou às bases sobre a matéria, nem se refere apenas às leis restritivas, incluindo em princípio, todo o seu regime jurídico”.

8.5.1.5. RESERVA PARLAMENTAR DE TRATADO OU DE ACORDO INTERNACIONAIS

I - As matérias às quais correspondam, na ordem interna, direitos, liberdades ou garantias, devem constar, sempre, de tratados internacionais, e não de acordos simplificados.

Na verdade, a dessolenização procedimental destes últimos encontra fundamento numa sua menor relevância conteudística, numa sua matriz, essencialmente, administrativa.

O que não se verifica, definitivamente, com aquelas posições ativas jusfundamentais.

II – Não obstante, ainda que se apresentem como acordos simplificados, continuam a beneficiar de uma reserva absoluta de competência parlamentar em sede de aprovação (art. 161º, al. i)).

De facto, se a globalidade dos tratados solenes implica aprovação pela Assembleia da República, similar trâmite é estabelecido para parte alargada dos tratados simplificados.

Assim, exigem essa aprovação parlamentar todos os acordos que versem sobre matérias da respetiva competência, interna, reservada (arts. 164º e 165º).

Indiferentemente de a reserva se afirmar absoluta ou se perfilar relativa (art. 161º, al. i) e 197º, nº 1, al. c)).

8.5.1.6. LIMITES MATERIAIS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

8.5.1.6.1. ILEGITIMIDADE DOS LIMITES

I – Politicamente, os designados limites materiais de revisão configuram-se, mais do que como mecanismos excepcionais¹²⁵⁵, como mecanismos anti-democráticos.

¹²⁵⁵ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 318: “carácter excepcional do artigo 288º, em face do princípio fundamental da soberania popular”, e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 107: “faz todo o sentido que os mesmos sejam entendidos e aplicados de forma restritiva, sob pena de um aprisionamento, pelas gerações passadas, da vontade (e do simples impulso de mudança) das gerações presentes e futuras”.

De facto, não é o Povo que é escravo da Constituição, é, e tem de ser, a Constituição, inclusive, a Constituição jusfundamental, a ser serva da realização da vontade popular¹²⁵⁶
1257.

Revela-se, pois, ilegítimo, senão mesmo contrário ao Direito Natural, que uma única geração - ou parte, conjunturalmente maioritária, de uma única geração - blinde um texto constitucional, um texto básico, para um número indeterminado de futuras gerações¹²⁵⁸.

Não admitindo, assim, implicitamente, outra opção de mudança constitucional que não seja a da rutura constitucional - uma rutura sem violência, ou mesmo, com violência¹²⁵⁹.

II – Juridicamente, os designados limites materiais de revisão significariam a existência de dois patamares normativos constitucionais.

Um, de natureza ordinária, contendo a generalidade da regulação fundamental e, no caso, jusfundamental.

E, um outro, reforçado, integrando os auto-proclamados limites à mutação da mencionada regulação¹²⁶⁰.

Construção carente de fundamentação normativa e, pior, ainda, logicamente absurda¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ Assim, Rodrigues, *Uma nova Constituição para Portugal*, p. 10.

¹²⁵⁷ No mesmo sentido, Lucas Pires, *Diário da Assembleia da República*, n.º 95, 04/04/77, p. 3213: “quanto ao rigidismo do poder de revisão, dá a ideia que a Constituição teve ciúmes de que o poder de revisão futuro tivesse mais força conformadora do futuro do que a força conformadora que ela própria teve perante a revolução”.

¹²⁵⁸ No mesmo sentido, Batista, *Os limites materiais...*, p. 106: “compreender-se-ia mal que uma geração pudesse vincular outra definitivamente apenas porque tal ficou estabelecido unilateralmente”.

¹²⁵⁹ Em sentido próximo, Batista, *Os limites materiais...*, p. 106: “considera-se de afastar uma teoria que força o Estado, e mesmo os cidadãos, a recorrer a atos antijurídicos para fazer o que consideram, por uma maioria esmagadora, ser politicamente conveniente”.

¹²⁶⁰ No mesmo sentido, Batista, *Os limites materiais...*, p. 69: “existe, pois, no seio da Constituição, uma dupla hierarquia de normas. As relativas à revisão, que se encontram num plano superior, e as outras sujeitas a ser revogadas por uma lei de revisão”.

¹²⁶¹ Em sentido próximo, Batista, *Os limites materiais...*, p. 69: “é um paradoxo lógico-jurídico que as regras relativas à revisão constitucional sirvam para a sua própria alteração, seja das relativas aos limites materiais, seja das relativas aos restantes”.

8.5.1.6.2. LIMITES EXPRESSOS

I – Não obstante, os atos de revisão constitucional encontram-se vinculados, expressamente vinculados, ao respeito dos direitos, liberdades e garantias (art. 288º, nº 1, al. d)).

Respeito que, porém, não se sinonimiza, nem se confunde, de forma alguma, com fixismo.

II – Assim, em primeiro lugar, os direitos, liberdades e garantias podem ser objeto de interpretação.

E, quiçá, de reinterpretação de interpretação anteriormente fixada pela própria norma constitucional.

Podem, igualmente, ser objeto de inferência, operando, através desse procedimento hermenêutico, a conversão de normas originariamente implícitas em normas supervenientemente expressas¹²⁶².

E podem ser objeto, ainda, de uma eventual integração, suprindo lacunas nelas patentes.

III - Em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias podem ser, sempre, limitados.

De facto, se ao regulador ordinário é admissível restringi-los (art. 18º, nº 2 e nº 3), por maioria de razão, pode, seguramente, o regulador constitucional, introduzir-lhes novos limites¹²⁶³.

Observando a generalidade dos requisitos estabelecidos para a aludida restrição ordinária.

Com especial ênfase na salvaguarda de outros direitos, liberdades e garantias, nas demandas do princípio da proporcionalidade e numa efetiva preservação do núcleo essencial dos mesmos¹²⁶⁴.

¹²⁶² Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 317: “tem de admitir-se a legitimidade de intervenção do poder de revisão quando se limite a regulamentar ou a declarar expressamente (concretizar) limites imanentes já implicitamente contidos na Constituição”.

¹²⁶³ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 319: “defendemos que as leis de revisão podem, desde que respeitadas as condições e os limites do artigo 18º, nº 3, restringir direitos, liberdades e garantias”; e Alexandrino, *A estruturação...*, p. 347: “ao legislador de revisão não pode ser reconhecida uma margem de conformação desses direitos, inferior àquela de que goza o legislador ordinário”.

¹²⁶⁴ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 380: “intangibilidade do seu conteúdo essencial por parte do legislador da revisão constitucional”; e Alexandrino, *A estruturação...*, p. 360: “a cláusula de irrevisibilidade garante diretamente (...) o respeito pelo objeto e pelo conteúdo nuclear (ou prototípico) de todos os direitos, liberdades e garantias pessoais e de participação política (e os direitos fundamentais a eles equivalentes”.

IV - Em terceiro lugar, os direitos, liberdades e garantias podem, exceccionalmente, ser revistos sem a observância dos requisitos fixados para o legislador ordinário em sede de restrição (art. 18º, nº 2 e 3).

Na verdade, a função constitucional tem de diferenciar-se das funções constituídas, e de diferenciar-se das próprias funções constituídas de natureza política.

Bizarro seria, que os requisitos impostos ao legislador constitucional - mesmo que derivado - fossem, precisamente, os requisitos estabelecidos ao legislador ordinário¹²⁶⁵.

Assim, deve entender-se que a revisão constitucional se encontra adstrita, tão-somente, ao respeito de um sistema, qualitativa e quantitativamente idêntico, de direitos, liberdades e garantias.

Não ao respeito do conteúdo essencial de cada um dos específicos direitos, ou liberdades, ou garantias, ou, sequer, a uma garantia total da respetiva subsistência¹²⁶⁶.

O que torna admissível que alguns dos mesmos sejam suprimidos, e que outros sejam, aditados, preservando-se a manutenção do nível preteritamente estabelecido¹²⁶⁷.

De um lado, ultrapassando o desuso de alguns dos direitos, liberdades e garantias originariamente consagrados, e, bem assim, refletindo da emergência de novos direitos de liberdade, resultantes do surgimento de novas ameaças à autonomia individual.

De um outro lado, respeitando a vontade popularmente exprimida, a vontade democraticamente exprimida, sobre a matéria jusfundamental, em cada tempo histórico.

¹²⁶⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, p. 348: “não só é plausível que o limite do conteúdo essencial não vincule em termos homólogos o legislador de revisão, como é perfeitamente defensável que este limite se não estenda sequer ao exercício do poder de revisão (...); consequentemente, como regra geral, não é razoável o recurso ao, aliás ilusório, critério do conteúdo essencial para definir a cláusula da irrevisibilidade”.

¹²⁶⁶ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, pp. 352 e 363: “ao nível da decisão política de revisão, deve considerar-se vedada a eliminação de qualquer dos direitos, liberdades e garantias primários”. “Além de um núcleo duro de regras e princípios referentes a todos os direitos, liberdades e garantias, a cláusula de irrevisibilidade protege ainda um núcleo duro de cada um dos direitos positivados na Constituição”; e *Direitos Fundamentais...*, p. 107: “a cláusula garante a irrevisibilidade de todos e de cada um dos direitos, liberdades e garantias (que não podem, assim, ser abolidos, nem restringidos, por lei de revisão constitucional)”.

¹²⁶⁷ Em sentido próximo, Medeiros, *O Estado...*, p. 36: “é provavelmente suficiente, para efeitos do artigo 288º que o conteúdo essencial do sistema global de direitos, liberdades e garantias ou dos direitos dos trabalhadores não seja postergado”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 316: “a obrigação imposta ao poder de revisão de respeitar os direitos, liberdades e garantias não significa que o articulado desta parte da Constituição não possa ser revisto e tenha de permanecer exatamente como está. Não são os preceitos constitucionais em si que são irrevisíveis, mas o sentido dos princípios ou normas que albergam”.

V - Em quarto lugar, os direitos, liberdades e garantias poderiam, inclusivamente, neste quadro da revisão constitucional, ser suspensos.

De facto, se o legislador ordinário, *rectius*, o proto-legislador ordinário - o Presidente da República - se encontra autorizado a fazê-lo (art. 19º), o mesmo se verificaria, por maioria de razão, com o legislador constitucional.

É certo que emergiria complexa a articulação de um ato jurídico vocacionado para a perenidade com um instituto que se desenha, pela natureza das coisas, temporário.

Mas a articulação entre ambos não seria inviável em situações nas quais a norma constitucional de revisão se apresentasse, ela própria, transitória e destinada à caducidade.

Perfilando-se, desse modo atípico, como um mero alargamento do quadro da suspensão em circunstancialismos de exceção.

VI – Em quinto lugar, a Constituição não proíbe, nem, tão-pouco, mitiga, de uma forma expressa, a emergência, no quadro da revisão, de novos direitos, liberdades ou garantias.

Ainda que seja necessária uma análise preliminar dos impactos sistémicos, dessa inclusão, nas situações jurídicas ativas pré-existentes, sobretudo, nas de matriz pessoal.

De um lado, em razão da provável necessidade de restrição, ou de restrição agravada, das mesmas¹²⁶⁸.

De outro lado, considerada a previsível redução, ou degradação, da tutela jurisdicional efetiva¹²⁶⁹.

VII – Em contrapartida, mesmo uma construção expansiva dos limites materiais de revisão constitucional não admite que a vicissitude incida, não sobre os próprios direitos, liberdades e garantias, mas, apenas, sobre os princípios gerais enformadores dos mesmos.

Desde logo, porque semelhante solução colide, e colide manifestamente, com o sentido literal da locação limitativa constitucional (art. 288º, proémio).

¹²⁶⁸ Em sentido diverso, Alexandrino, *A estruturação...*, pp. 348 e 364: “decidir se devem ou não fazer expressa entrada no texto constitucional novos direitos e novos bens objetivos, que podem ser a causa de novas afetações a direitos e a bens precedentemente reconhecidos”. “Nem é permitido o aditamento de novos direitos (ou supressão de certos limites e restrições aos já reconhecidos) sempre que daí derive um sacrifício do objeto ou da configuração essencial de algum dos direitos, liberdades e garantias primários”.

¹²⁶⁹ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, p. 355: “reconhecido efeito restritivo (real ou potencial, mas sempre como inevitáveis reflexos nas sobrecargas sobre o sistema de proteção jurisdicional”.

Depois, porque se escora numa conceção dos direitos, liberdades e garantias - e, de Direito, em geral - assente na diferenciação entre as normas e os princípios¹²⁷⁰.

8.5.2. REGIME DOS DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA

I – Direitos de natureza análoga são os Direitos Fundamentais que, não obstante uma distinta - e imperfeita - sediação formal, reúnem a integralidade das características dos direitos, liberdades e garantias.

Ora, se essas posições ativas se apresentam, intrinsecamente, análogas aos direitos, liberdades e garantias, devem assumir, também, um regime, rigorosamente, análogo.

Na generalidade dos casos, análogo por identidade de razão com os direitos, liberdades e garantias.

Nalguns casos, por maioria de razão com esses direitos, liberdades e garantias, porque, conteudisticamente, se perfilam mais relevantes.

Exemplificativamente, os direitos de iniciativa popular de referendo (art. 115º, nº 2) e de legislação ordinária (art. 167º, nº 1) surgem mais relevantes do que o direito de petição, considerando que as faculdades que os integram são, frente ao poder público, mais determinativas.

E, enquanto o direito de petição se afirma como direito, liberdade e garantia, os direitos de iniciativa popular apresentam-se como meros direitos de natureza análoga.

II - Assim, para efeito de regime jurídico aplicável, onde se lê, ao longo do texto constitucional, direitos, liberdades e garantias, deve ler-se, sempre (art. 17º), direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Designadamente, no que toca à preceitividade, vinculatividade, restrição, suspensão, reserva legislativa, à reserva de tratado ou acordo internacionais, e à revisão constitucional¹²⁷¹.

¹²⁷⁰ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, p. 349: “os limites materiais protegem conteúdos normativos a título principal, deixando ao legislador de revisão uma margem variável (...) entre a expressão nuclear do princípio correspondente e o nível de densificação que lhe foi constitucionalmente dispensado”; e *Direitos Fundamentais...*, p. 108: “a cláusula do artigo 288º, al. d) garante por isso um determinado quadro de princípios dos direitos, liberdades e garantias, quadro que se traduz na concretização preexistente da dignidade-liberdade-igualdade e do Estado de Direito (...); protege, indiretamente, o conjunto dos princípios subjacentes a esses direitos, liberdades e garantias (desde o princípio da dignidade da pessoa humana ao princípio do Estado de Direito, passando pelo próprio princípio da vinculatividade máxima das normas de direitos, liberdades e garantias”.

¹²⁷¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 187: não nos parece que haja razões suficientes para concluir que o artigo 17º não se refere, em princípio, à globalidade do regime”; Correia,

Excetuando-se, apenas, os comandos, muito raros e, sobretudo, de carácter competencial (art. 164º e 165º), nas quais a Constituição dispõe, expressamente, em sentido diverso.

III - O regime constitucional prescrito para os direitos, liberdades e garantias, é extensível, antes de mais, aos direitos de natureza análoga ínsitos em fonte constitucional (art. 17º).

IV – Não obstante, a analogia alberga, também, os Direitos Humanos de liberdade consagrados por tratados internacionais ou, eventualmente, por acordos internacionais.

Em primeiro lugar, em razão da existência da cláusula geral de receção do Direito Internacional (art. 8º) e da cláusula aberta de Direitos Fundamentais (art. 16º).

Em segundo lugar, atendendo a que os Direitos Humanos são, como os Direitos Fundamentais, direitos subjetivos, públicos, naturais, universais, negativos, determinados, preceativos, vinculantes, incondicionados e - mitigadamente - justiciáveis.

Em terceiro lugar, porque os tratados estruturantes dos Direitos Humanos, os tratados que assumem natureza *ius cogens*, surgem em patamar superior ao da Constituição, justificando, pois, uma extensão analógica do regime dos direitos, liberdades e garantias.

V – Sem embargo, no âmbito dos Direitos Humanos, a analogia - em rigor, a dupla analogia com os direitos, liberdades e garantias - esgota-se no regime material.

Porque o procedimento de feitura de atos internos é distinto do de conclusão de atos internacionais.

E porque distinto se afigura o procedimento de revisão constitucional, cujo lugar jurídico internacional mais próximo é, porventura, o fixado para a mutação do *ius cogens* (art. 53º, Convenção de Viena de 1969, sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

VI – Em confronto, é inviável o alargamento do regime dos direitos de natureza análoga aos direitos de fonte legal, não obstante uma aparente consagração na cláusula aberta de Direitos Fundamentais (art. 16º).

Direitos Fundamentais..., pp. 61 e 60: “consideramos que o art. 17º estende a todos os direitos análogos enunciados na Constituição formal o regime material, orgânico e de revisão constitucional; Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 488: “extensão total (aos direitos atípicos) dos regimes dos Direitos Fundamentais atípicos”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 52: “estão integralmente sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias na sua componente material, orgânica e de revisão constitucional”; e *A estruturação...*, V. II, p. 257: “as dimensões dos Direitos Fundamentais que tenham natureza análoga devem beneficiar do regime dos direitos, liberdades e garantias em toda a sua extensão (matéria, orgânico e de revisão constitucional)”.

De facto, esses direitos não se posicionam em plano idêntico - ou, menos ainda, superior - ao da Constituição, mas em posição inequivocamente sub-constitucional.

Do mesmo modo que não detêm a generalidade das características identificadas para os direitos, liberdades e garantias.

Mais: se se entende que os alegados direitos sociais, previstos na Constituição, se assumem como expectativas fácticas, por não serem, nem determinados, nem preceativos, nem vinculantes, nem incondicionados, nem justiciáveis seria contraditório sustentar que direitos de fonte ordinária se elevariam a semelhante patamar¹²⁷².

8.5.3. REGIME DOS DESIGNADOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O regime constitucional fixado, especificamente, para os direitos, liberdades e garantias (art. 18º, 19º, 164º, 165º e 288º), e para os direitos de natureza análoga aos mesmos (art. 17º) é impassível de extensão aos designados direitos económicos, sociais e culturais¹²⁷³.

De uma parte, porque, naqueles preceitos regimentais, a Constituição não recorre, nem à locução direitos, *tout court*, nem à expressão, igualmente compreensiva, Direitos Fundamentais¹²⁷⁴.

De outra parte, porque essa construção literal é indissociável da sua natureza de expectativas de facto, de não-direitos, e de não-expectativas de direitos.

¹²⁷² Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 186: “regime dos direitos, liberdades e garantias é ainda aplicável aos direitos de natureza análoga e, em princípio, por força do nº 1 do artigo 16º, a todos eles, isto é, quer aos que constam de outros preceitos constitucionais, quer aos que estejam contidos em leis ordinárias ou tratados internacionais”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 33: “em princípio serão direitos consagrados na Constituição (direitos de natureza análoga formalmente constitucionais), mas não está, no limite, excluída a possibilidade de serem direitos apenas materialmente constitucionais”.

¹²⁷³ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 16 e 17: “a disjunção de regimes jurídicos não autoriza o intérprete-aplicador (...) a estabelecer barreiras fixas ou fronteiras intransponíveis entre esses dois regimes jurídicos”. “O recurso ao artigo 17º permite que o intérprete-aplicador estabeleça uma ponte de passagem”.

¹²⁷⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 363: “o texto constitucional nada diz sobre a força jurídica dos preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais”; e Novais, *Direitos sociais...*, p. 338: “a conclusão lógica será a de que estes últimos (art. 18º e 19º) não seriam aplicáveis aos direitos sociais pois, de outro modo, a Constituição tê-los-ia tratado como aos primeiros princípios, ou seja, referidos como sendo aplicáveis a todos os Direitos Fundamentais”.

8.5.3.1. IMPRECETIVIDADE

Os designados direitos económicos, sociais e culturais não revelam natureza precetiva¹²⁷⁵.

Primeiro, porque não assumem um mínimo de determinação, nem de determinabilidade.

Segundo, porque a correspondente aplicabilidade, sempre indireta e sempre mediata, se encontra dependente da elaboração de um, ou mais, atos normativos de fonte ordinária¹²⁷⁶.

E, terceiro, porque da virtual não-concretização de expectativas fácticas não pode decorrer verificação da inconstitucionalidade por omissão¹²⁷⁷.

Mesmo se não deve excluir-se, na sequência de uma decisão legislativa ordinária de os consagrar, a fiscalização da inconstitucionalidade por ação.

8.5.3.2. INVINCULATIVIDADE

Os designados direitos económicos, sociais e culturais não se apresentam vinculativos¹²⁷⁸.

Nem para as entidades públicas, nem, por maioria de razão, para as entidades privadas¹²⁷⁹.

8.5.3.2.1. INVINCULATIVIDADE DAS ENTIDADES PÚBLICAS

Inexiste vinculação pública porque os designados direitos económicos, sociais e culturais dependem, em simultâneo, de decisão política ordinária, e dos recursos financeiros necessários à sua implementação¹²⁸⁰.

¹²⁷⁵ Em sentido oposto, Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 65: “esses direitos não se apresentam como meros ‘apelos ao legislador’, ‘programas’ ou ‘linhas de atuação política’”.

¹²⁷⁶ Em sentido próximo, Medeiros, *O Estado...*, p. 30: “não há, aparentemente, diferença substancial entre os direitos sociais legais, que concretizam as normas constitucionais, e os demais direitos sociais criados por lei”.

¹²⁷⁷ Em sentido oposto, Canotilho, *Tomemos a sério...*, p. 483: “os direitos a prestações postulam uma proibição de omissão, impondo-se ao Estado uma intervenção ativa de fornecimento de prestações”.

¹²⁷⁸ Em sentido próximo, Costa, *A hierarquia...*, p. 11: “preceitos que, definindo uma incumbência ao legislador, também lhe cometem primariamente o encargo da concretização e conformação precisa dos direitos em causa, deixando-lhe, para tanto, a necessária e inerente margem de ‘liberdade constitutiva’”.

¹²⁷⁹ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 576: “é (...) o legislador, embora vinculado à Constituição, que cria o direito subjetivo social”.

¹²⁸⁰ Em sentido oposto, Canotilho, *Jusfundamentalidade...*, p. 844: “novas dimensões vinculativas de Direitos Fundamentais”.

É certo que, no texto constitucional sobrevivem, ainda hoje, enquanto tarefas fundamentais do Estado, a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais e, inclusivamente, a promoção da igualdade real (art. 9º, al. d))¹²⁸¹ - para além, em plano outro, de uma referência, preambular, ao escopo societário socialista (parágrafo 4º).

Todavia, em primeiro lugar, as referidas normas são, geneticamente, normas programáticas, normas puramente ideológicas e, sobretudo, normas claramente utópicas.

Em segundo lugar, resultam de todo esvaziadas, supervenientemente, pelo desaparecimento do escopo radical socialista vinculativo antes previsto na Constituição.

Em terceiro lugar, vêm sendo afastadas, progressivamente, por outras normas, ou de sentido diverso, ou, até, de sentido oposto e, mais do que isso, de real natureza preceptiva.

Normas estabelecidas na Constituição - *maxime*, na própria Constituição económica - normas resultantes de um sedimentado costume *contra constitutionem*, e normas patentes, sobretudo, num Direito da União Europeia incondicionadamente supraconstitucional¹²⁸².

8.5.3.2.2. INVINCULATIVIDADE DAS ENTIDADES PRIVADAS

Numa sociedade aberta, não socialista, revelar-se-ia absurdo conceber a existência de vinculatividade horizontal dos designados direitos económicos, sociais ou culturais.

Revelar-se-ia absurda a existência de deveres jurídicos, pessoais, de entes privados vocacionados para uma realização, direta, de alegados direitos sociais de terceiros^{1283 1284}.

¹²⁸¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. II, p. 231: enquanto os direitos e liberdades são garantidos, os direitos económicos, sociais e culturais são objeto de promoção e efetivação”.

¹²⁸² Em sentido oposto, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 133: “não há qualquer hipótese de interpretar este conjunto de tarefas do Estado de forma passiva ou não social, e muito menos, anti-social”; Queiroz, *Direitos Fundamentais sociais*, p. 125: “as normas de princípio correspondem a mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferente medida”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 98: “as tarefas fundamentais do Estado (...) representam uma criação relativamente recente da dogmática constitucionalista (...); campos materiais de atividade em que o Estado se encontra vinculado a manter uma presença sistemática”; e Vaz, Manuel Afonso, *O enquadramento...*, p. 48: “o legislador constituinte entendeu não poder fixar constitucionalmente a medida, ou o conteúdo, de outros direitos (direitos económicos, sociais e culturais, que a Constituição manda efetivar mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais)”.

¹²⁸³ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, p. 54 “consideramos os direitos sociais como direitos face ao Estado (...). Supondo que os direitos sociais são direitos a prestações com custo financeiro direto, não faria sentido concebê-los enquanto direitos a exigir de outros particulares prestações destinadas a garantir o direito à saúde, à habitação ou à educação”.

¹²⁸⁴ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 484: “a teleologia intrínseca da Constituição portuguesa aponta para uma eficácia horizontal dos direitos económicos, sociais e culturais. Isto parece indiscutível em relação ao núcleo essencial dos direitos sociais ligados à proteção da dignidade humana”.

E, mais absurda, considerada a inexistência de deveres desse tipo para os entes públicos.

8.5.3.3. CONDICIONAMENTOS

8.5.3.3.1. CONDICIONAMENTOS NORMATIVOS

8.5.3.3.1.1. LIMITE

No que concerne à figura do limite, não se regista dissemelhança entre, por um lado, os direitos subjetivos, os direitos, liberdades e garantias, e, por outro lado, as expectativas, fácticas, de direitos sociais, os designados direitos económicos, sociais e culturais.

Efetivamente, o limite reflete-se sempre nas próprias normas constitucionais, sejam estas definidoras de direitos ou de expectativas.

Traduzindo-se, pois, na configuração efetiva, real - que não ideal - de qualquer desses dois tipos de realidades jusfundamentais.

8.5.3.3.1.2. RESTRIÇÃO

I – Ao invés, o regime jurídico da restrição dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos de natureza análoga àqueles (art. 18º, nº 2 e nº 3, 270º; e art. 17º), é impassível de extensão, ou de extensão direta, aos designados direitos económicos, sociais e culturais.

De facto, se estes, eventuais e futuros, direitos sociais, podem, nem sequer, ser legalmente criados, então, por absoluta maioria de razão, têm de poder ser, livremente, restringíveis.

Mais: é até duvidoso que deva utilizar-se a expressão restrição, porque, inexistindo um direito subjetivo, tratar-se-ia, afinal, de restringir, legalmente, uma expectativa fáctica¹²⁸⁵.

II - Não obstante, esta intransponibilidade regimental pode conhecer atenuações avulsas.

Assim, se o princípio da proporcionalidade não é, imediatamente, convocável (art. 18º, nº 2, *a contrario*), o princípio da igualdade (art. 13º) permite, quiçá, impedir situações mais extremadas de desproporcionalidade.

¹²⁸⁵ Em sentido oposto, Gouveia, *Manual...*, p. 1128: “essas restrições dos direitos, liberdades e garantias também se podem aplicar à globalidade dos Direitos Fundamentais”; e Novais, *As restrições...*, p. 291: “quanto aos direitos sociais não se vê onde possa residir a distinção entre restrição e violação”.

Igualmente, se aquela restrição poderia, *a priori*, assumir uma natureza individual e concreta (art. 18º, nº 3, *a contrario*), o mesmo princípio da igualdade é suscetível de apresentar-se como obstáculo, parcial, a essa não-normatividade.¹²⁸⁶

Ainda, se a retroatividade de semelhante restrição se afiguraria admissível nos termos da Constituição (art. 18º, nº 3, *a contrario*), tal não se verifica por recurso aos princípios gerais de Direito (art. 12º, Código Civil).

Finalmente, se é verdade que o núcleo essencial dos designados direitos económicos, sociais e culturais pode, teoricamente, ser atingido (art. 18º, nº 2, *a contrario*), facto é, que semelhante restrição, à luz da sua própria definição, não admite uma extensão total.

8.5.3.3.1.3. CONDICIONAMENTOS AFINS DA RESTRIÇÃO

I - O regime, constitucionalmente expresso, da restrição de direitos, liberdades e garantias é, em termos globais, incapaz de disciplinar os designados direitos, económicos e sociais.

Logo, em tese geral, menos capazes o são os regimes, meramente implícitos, ou estritamente analógicos, atinentes aos múltiplos condicionamentos próximos da restrição.

Não obstante, justificam-se algumas distinções, geradoras, porventura, de desvios ao padrão de intransponibilidade entre os dois tipos de realidades jusfundamentais.

II – Assim, não fica excluída uma harmonização entre os designados direitos económicos, sociais e culturais, embora, aqui, dependente, duplamente, de uma facticidade incerta.

Dependente do surgimento de um confronto entre estas duas realidades sociais, exigindo a definição de critérios, específicos, de ponderação, em ordem à respetiva ultrapassagem.

E dependente, sobremaneira, de uma efetiva existência de direitos, económicos e sociais.

III – É extensível, *mutatis mutandis*, aos direitos, económicos, sociais e culturais, o afirmado para os atos legislativos interpretativos e para os atos legislativos inferentes.

Quanto aos primeiros, porque resultam em determinação do sentido - ou, de um dos vários sentidos possíveis - expresso no texto constitucional.

No que concerne aos segundos, porque traduzem uma explicitação do sentido implícito - aqui, do único sentido possível - patente nesse texto constitucional.

¹²⁸⁶ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 581: “admite-se que o princípio da igualdade (art. 13º da CRP) veda restrições individuais e concretas a direitos sociais prestacionais (as quais equivalem, em grau de proteção, à exigência de leis gerais e abstratas na restrição de direitos de liberdade), mas já não proíbe, necessariamente, restrições gerais e concretas aos direitos sociais”.

IV – Idêntico fenómeno se verifica quer com os atos legislativos ordenadores, quer com os impropriamente nomenclados - porque assumindo uma tarefa de implementação, e não de decisão - atos legislativos regulamentadores.

E, bem assim, com os atos legislativos configuradores e conformadores, que se reduzem ao aprofundamento da determinação constitucional pré-existente, ou com os atos legislativos concretizadores, que apenas aclaram os originários limites constitucionais.

Porém, todos estes atos se posicionam num mesmo plano, o plano legislativo ordinário, do dos próprios atos criadores dos direitos económicos, sociais ou culturais.

Não em plano subordinado, como se verifica com os direitos, liberdades e garantias, dada a regulação estrutural destes pelo próprio texto constitucional formal.

8.5.3.3.1.4. SUSPENSÃO

A exposta insusceptibilidade de transposição do regime dos direitos liberdades e garantias, e dos direitos de natureza análoga, para o âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, acontece, *a fortiori*, no que toca ao instituto da suspensão.

Efetivamente, razão alguma, lógica ou literal, impede que a suspensão de designados direitos económicos, sociais e culturais extravase o quadro da necessidade constitucional.

Se os mesmos podem, inclusivamente, inexistir, nenhum fundamento, válido, impede a sua a-circunstancial suspensão¹²⁸⁷.

Mais: no limite, e em simultâneo, a suspensão da integralidade do catálogo dos designados direitos económicos, sociais e culturais, e a suspensão total do exercício de cada um dos mesmos (art. 19º, *a contrario*)¹²⁸⁸, embora não uma suspensão intemporal.

¹²⁸⁷ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, p. 581: “seria inverosímil que os direitos de liberdade, que são pressuposto do Estado de Direito democrático e garantidos qualificadamente na Constituição, pudessem ser suspensos e os direitos sociais, desprovidos desses predicados, não”.

¹²⁸⁸ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 582: “não se estará diante de uma suspensão naturalmente irrestrita, mas antes de uma decisão condicionada: deverá traçar-se de uma medida temporária de curta ou média duração, perfeitamente delimitada no tempo, justificada em razões imperativas de necessidade pública e passível de salvaguardar, á luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, o mínimo de existência condigna”.

8.5.3.3.2. CONDICIONAMENTOS NÃO NORMATIVOS

8.5.3.3.2.1. INTERVENÇÃO RESTRITIVA

Os direitos económicos, sociais e culturais, quando consagrados pela sub-ordem jurídica legal são suscetíveis de condicionamentos individuais e concretos, ou de condicionamentos individuais ou concretos.

Sem que, dessas ações do poder público resulte, entretanto, mutação do Direito Objetivo.

8.5.3.3.2.2. COLISÃO

No âmbito dos designados direitos sociais, podem verificar-se situações concretas de colisão, na hipótese de as expectativas constitucionais terem sido legalmente implementadas.

Embora semelhante colisão apenas seja equacionável no que se reporta à articulação - e ao confronto - entre os direitos sociais, entre os direitos de fonte legislativa ordinária.

Não face a direitos subjetivos de fonte constitucional, a direitos, liberdades e garantias, ou a direitos de natureza análoga, porque estes preferem, indubitavelmente, sobre aqueles.

Quer em razão do seu fundamento, quer em razão da forma e força jurídicas das normas.

8.5.3.3.2.3. RENÚNCIA

Se a renúncia é admissível, sem constrangimentos relevantes, quanto aos direitos subjetivos de liberdade, *a maiori ad minus* o é, no quadro de meras expectativas de direitos sociais.

Efetivamente, se o direito é passível de inexistência, nada obsta, existindo, a que seja renunciado pelo correspondente titular.

Mais: neste caso, poderá sê-lo, sempre, quer se trate, quer não, de renúncia irreversível.

8.5.3.4. NÃO-RESERVA DE ATO LEGISLATIVO NACIONAL

A Constituição prevê - e não poderia deixar de prever - normas competenciais, para a eventualidade de o legislador ordinário decidir criar - ou, quiçá, revogar - quaisquer direitos económicos, sociais ou culturais.

Trata-se, porém, sobretudo, de competência concorrential da Assembleia da República e do Governo.

Não obstante algumas exceções sediadas na reserva relativa de competência da Assembleia da República (art. 165º, nº 1, al. f) e g)) ou, inclusive, numa temática isolada, da sua reserva absoluta (art. 164º, al. e)).

Mais: a regulação legal de uma parte dos designados direitos sociais é da competência, ainda, das Assembleias Legislativas Regionais (art. 165º, nº 1, al. b), *a contrario*).

Pior: nada obsta a que tal regulação possa, quiçá, assumir a forma de regulamento¹²⁸⁹.

8.5.3.5. NÃO-RESERVA PARLAMENTAR DE TRATADO OU DE ACORDO INTERNACIONAIS

Da sediação dos direitos económicos, sociais e culturais na competência concorrential, decorrem, no que tange ao procedimento de conclusão de convenções internacionais, e ressalvadas as três situações de reserva parlamentar, outras consequências.

Primeira, a ausência de reserva parlamentar, cabendo ao Governo, exclusivamente, a competência para a aprovação destes atos internacionais, ou, no mínimo, dele dependendo uma eventual submissão à aprovação parlamentar (art. 161º, al. i)) e 197º, nº 1, al. c)).

Segunda, a forma de acordo simplificado, e não de tratado solene (art. 161º, al. i), e 197º, nº 1, al. c)).

Terceira, a inexistência de ratificação presidencial, com a substituição desta pela - mais informal - assinatura (art. 134º, al. b)).

¹²⁸⁹ No mesmo sentido, Morais, *Curso...*, pp. 584 e 588: “muitos direitos sociais podem ser regulados quer por lei, quer por decreto-lei simples do Governo, quer por decretos legislativos regionais, quer, ainda, em certos casos, por regulamentos independentes”.

8.5.3.6. ILIMITAÇÃO MATERIAL DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

I - As normas alusivas aos - eventuais e futuros - designados direitos económicos, sociais e culturais são passíveis, globalmente, de afastamento em sede de revisão constitucional.

Com exceção de uma única matéria, a relativa aos direitos dos trabalhadores, protegida, expressamente, por um limite material expresso (art. 288º, al. e), parte inicial)¹²⁹⁰.

II - Em contrapartida, os alegados direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais (art. 288º, al. e), parte final), encontram-se, formalmente, previstas entre os direitos, liberdades e garantias (art. 54º e 55º).

Mas, nem uns nem os outros se erguem como direitos, liberdades e garantias, ou sequer, como Direitos Fundamentais, dada a inexistência de individualidade desses destinatários, e, assim, a inexistência de qualquer tipo de dignidade humana.

III – Mais: o vocábulo social, consagrado no contexto do princípio da igualdade (art. 13º, nº 1), poderá, também, ser suprimido pela revisão constitucional.

Efetivamente, ainda que se entenda que o princípio da igualdade beneficia de proteção, essa proteção circunscreve-se a um princípio da igualdade relativo aos direitos, liberdades e garantias (art. 288º, al. d)).

E nunca a um princípio da igualdade atinente aos direitos económicos, sociais e culturais (art. 288º, al. d), *a contrario*).

8.6. TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

I – Proclamar a existência de Direitos Fundamentais é, em simultâneo, necessário e insuficiente.

Do mesmo modo que, positivá-los, ou que, tipificá-los, não pode significar, apenas, integrá-los, ou especificá-los, em textos constitucionais.

¹²⁹⁰ Em sentido oposto, Morais, *Curso...*, p. 567: “são fundamentais, porque estando garantidos na Constituição, o legislador ordinário não (...) os pode suprimir”. “Da identidade da Constituição faz parte uma cláusula de Estado social, e esta supõe uma obrigação do estado em assegurar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em sede de saúde, educação e segurança social”.

Imperioso, em absoluto, apresenta-se defendê-los, acautelá-los, garanti-los, tutelá-los.

Mais: é essa tutela que permite ajuizar sobre a efetividade, ou sobre a maior ou menor vocação para a efetividade, de cada modelo jusfundamental constitucionalmente estabelecido^{1291 1292}.

II – Em sede de Direitos Fundamentais, a tutela assume as formas de tutela geral ou de tutela específica, de tutela jurisdicional ou de tutela não jurisdicional, e de hetero-tutela ou de auto-tutela.

8.6.1. TUTELA GERAL

I - A proteção jurídica, ou o acesso ao Direito (art. 20º, nº 1), afirma-se como um princípio constitucional - aliás, como um dos raros princípios comuns à integralidade do domínio jusfundamental¹²⁹³.

No entanto, e mau-grado a extensão reguladora constitucionalmente consagrada, essa proteção jurídica não tem a densidade inerente a um direito subjetivo¹²⁹⁴, nem, tão-pouco, a vários direitos subjetivos, mesmo se considerados no seu conjunto¹²⁹⁵.

De tal facto decorrendo, sempre, a necessidade de uma intervenção, legislativa, no sentido de propiciar um efetivo e, em termos qualitativos, adequado, acesso ao Direito.

¹²⁹¹ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 114, citando Garcia Herrera: “as garantias mostram-nos a sinceridade do ordenamento jurídico”.

¹²⁹² Em sentido diverso, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 34: “a garantia da efetividade dos direitos parece estar mais dependente do funcionamento do sistema político (...) e de outras dimensões especificamente culturais, do que do voluntarismo constitucional - apostado num texto, em procedimentos e em remédios estritamente jurídicos”.

¹²⁹³ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 433: “para além da universalidade e igualdade, o terceiro princípio do regime geral dos Direitos Fundamentais é o princípio do acesso ao Direito e aos Tribunais”.

¹²⁹⁴ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 342: “direito-garantia”; Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 87: “direito geral à proteção jurídica”; e Botelho, *A tutela...*, p. 289: “direito de qualquer pessoa ter acesso a uma proteção jurisdicional adequada na defesa da sua esfera jurídica lesada”.

¹²⁹⁵ Em sentido oposto, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...* p. 87: “*cluster right*, feixe de direitos”; “múltiplas vertentes (desde logo, a do direito de defesa dos particulares através dos Tribunais, a proteção do Estado contra os atos dos particulares (...); e múltiplas dimensões (direito a conformação jurídica e direito a prestações positivas do Estado)”.

II – Quanto ao conteúdo, a examinanda proteção jurídica reflete-se em múltiplas, complementares e, frequentemente sequenciais, dimensões.

Cronologicamente, implica, desde logo, o conhecimento das situações jusfundamentais das quais os indivíduos são titulares ativos (art. 20º, nº 2).

Depois, exige o acompanhamento, nos vários momentos, por advogado (art. 20º, nº 2).

Garante, sequentemente, o próprio acesso aos Tribunais (art. 20º, nº 1), e um necessário patrocínio judiciário (art. 20º, nº 2).

Em qualquer dos casos, sobretudo, neste último, fixando uma proteção jurídica independente da existência, ou não, de recursos económicos (art. 20º, nº 1).

E, por último, determina a configuração, no contexto daquela ação jurisdicional, de um processo equitativo, bem como de uma razoável celeridade processual (art. 20º, nº 4).

III - Complementarmente, integram este princípio de proteção jurídica - ou do acesso ao Direito - a garantia de segredo de justiça, durante parte do processo (art. 30º, nº 3) e, em outro plano, a garantia de *habeas corpus* (art. 31º).

8.6.1.1. TUTELA JURISDICIONAL

I - A tutela jurisdicional, a garantia através do acesso a um Tribunal (art. 20º, nº 1), é o mecanismo mais eficiente de proteção dos Direitos Fundamentais.

Uma proteção frente às entidades públicas, como decorrência do princípio da separação de funções e da independência quase-absoluta dos órgãos jurisdicionais frente aos órgãos de natureza política ou administrativa.

Uma proteção face às entidades privadas, embora com observância dos parâmetros, mais mitigados, de vinculação destes sujeitos aos Direitos Fundamentais¹²⁹⁶.

II – Acresce que, entre nós, todos os Tribunais se perfilam competentes para a apreciação, em sede concreta, da constitucionalidade de quaisquer normas jurídicas (art. 205º)¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 343: “a independência do poder judicial e a sua vinculação exclusiva ao Direito tornam-no, nas sociedades democráticas, o guardião máximo dos direitos individuais perante os poderes públicos e nas relações entre privados”.

¹²⁹⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 129 “a adoção do paradigma americano de supremacia constitucional, ao prescrever o acesso direto à Constituição de todos os juízes, não só permite aos tribunais a desaplicação de quaisquer normas, mesmo legislativas, que sejam julgadas inconstitucionais,

Mormente, ajuizar de uma possível inconstitucionalidade com fundamento em preterição de um direito, liberdade e garantia, ou, porventura, de um direito de natureza análoga¹²⁹⁸.

8.6.1.1.1. CONTEÚDO

No plano ordinário, este modo de tutela concretiza-se no direito a obter, em prazo razoável, e mediante processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão (art. 2º, nº 1, Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Correspondendo a um conceito aprofundado de processo jurisdicional equitativo - o nomeado, pela doutrina anglo-saxónica, *due process of law*¹²⁹⁹.

Envolvendo quatro vertentes, uma petitoria, uma decisória, uma executiva, e uma cautelar, tradutoras da jurisdição plena dos Tribunais Administrativos¹³⁰⁰.

como sobretudo lhe impõe que a interpretação e aplicação das normas jurídicas nos casos concretos seja feita em conformidade com os imperativos constitucionais dos Direitos Fundamentais”.

¹²⁹⁸ Em sentido diverso, Costa, *A hierarquia...*, p. 10: “possibilidade perante qualquer Tribunal (os quais dispõem, em Portugal, duma competência genérica de *judicial review* (...)), de impugnarem a constitucionalidade de uma qualquer norma por violação de um seu direito fundamental”.

¹²⁹⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 433 e 492: “fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo - *due process of law*”. “As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo (art. 20º, nº 4), têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of law*”.

¹³⁰⁰ No mesmo sentido, Brito, Wladimir, *Lições...*, pp. 106 e 107: “o princípio da tutela efetiva tem uma quádrupla dimensão, a saber: uma petitoria, uma decisória, uma executiva e uma cautelar”. “O princípio da plena jurisdição dos Tribunais Administrativos, que acaba por ser a dimensão concretizadora do princípio da tutela jurisdicional efetiva (...), confere a esses Tribunais amplos poderes de pronúncia sobre todas as matérias que são submetidas à sua apreciação (...). Deixam assim, esses Tribunais, de ver os seus poderes limitados à anulação ou à declaração de nulidade de atos administrativos e à condenação no pagamento de indemnização, para, no plano do processo declarativo, no do processo executivo e nos dos processos cautelares, passarem a ter poder de condenar a administração sempre que se levante questão de ‘juridicidade da atuação administrativa’ (...), nomeadamente, à prática de atos devidos, de fixar officiosamente prazo para cumprimento de deveres impostos por sentença, podendo aplicar sanções pecuniárias compulsórias aos faltosos, e de decretar todas as espécies de providências cautelares”.

8.6.1.1.2. EM ESPECIAL, O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I - O Tribunal Constitucional destaca-se como o mais relevante - e derradeiro, no plano do Direito Interno - órgão de defesa dos Direitos Fundamentais¹³⁰¹.

Mormente, atenta a sua supremacia hierárquica em relação aos outros Tribunais, considerada a sua especialização substantiva, e observada a natureza de quase-precedente judiciário das respetivas decisões¹³⁰².

II – Contudo, não se encontra previsto o recurso direto para esse Tribunal Constitucional, nem sob a forma de queixa de constitucionalidade, nem no modelo do recurso de amparo (art. 280º, *a contrario*)¹³⁰³.

Pelo que, a ofensa dos Direitos Fundamentais é apenas suscetível de apreciação incidental, em sede de recurso das decisões de quaisquer outros Tribunais (art. 204º).

Designadamente, quando estes recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (art. 280º, nº 1, al. a)), apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art. 280º, nº 1, al. a) e b)), ou recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei reforçada (art. 280º, nº 2, al. a)).

III - Mais gravemente, num auto-proclamado Estado de Direito, o Tribunal Constitucional não detém competência para fiscalizar quaisquer atos da função político-governativa de conteúdo não normativo (art. 277º, nº 1, *a contrario*).

Mesmo quando estes violem direitos, liberdades, garantias, ou direitos àqueles análogos.

¹³⁰¹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 89: “o Tribunal Constitucional tem razões para (...) ser considerado o Tribunal dos Direitos Fundamentais”.

¹³⁰² No mesmo sentido, Ascensão, *A jurisprudência constitucional...*, pp. 399 e 400: “numa orientação que vai já a meio caminho para a adoção da regra do precedente, a Lei nº 28/82, de 15 de novembro, de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (...) prevê a remissão para a fundamentação constante do acórdão antecedente como fundamentação de decisão posterior”.

¹³⁰³ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 88: “a nossa Constituição não instituiu uma forma de acesso direto das pessoas ao Tribunal Constitucional para impugnação da violação de Direitos Fundamentais (em especial, de direitos, liberdades e garantias pessoais).

8.6.1.1.3. EM ESPECIAL, OS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

I – Assume saliência, igualmente, a tutela propiciada pelos Tribunais administrativos (art. 268º, nº 4).

De facto, a preterição mais frequente e gravosa de Direitos Fundamentais resulta da ação - ou da omissão - das entidades públicas, e não da intervenção de entidades privadas¹³⁰⁴.

II – Neste quadro, o principal mecanismo garantístico, generalista, dos Direitos Fundamentais é, decerto, a ação administrativa para impugnação de atos administrativos.

8.6.1.1.4. MECANISMOS EXCLUÍDOS DA TUTELA JURISDICIONAL

I – Em plano muitíssimo diverso vislumbra-se a nomenclada ação popular (art. 52º, nº 3).

De facto, nesta não existe uma individualização dos sujeitos, nem de direitos subjetivos lesados, mas, diversamente, a de interesses, trans-individuais, objetivamente violados¹³⁰⁵.

II – Os Tribunais arbitrais não se compreendem nos meios de tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais, porque não são equiparáveis, ou assimiláveis, a órgãos de Estado.

Nem, tão-pouco, os designados mecanismos de resolução alternativa de conflitos, em consequência, nesta situação, de uma expressa referência constitucional (art. 202º, nº 4).

8.6.1.2. TUTELA NÃO JURISDICIONAL

I – A tutela geral dos Direitos Fundamentais não se esgota no recurso a órgãos de natureza jurisdicional, podendo, cumulativamente, assumir características extra-jurisdicionais.

¹³⁰⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 343; “a tutela jurisdicional reveste importância especial nos Tribunais administrativos, na medida em que é junto destes que se reage contra os atos de autoridade das entidades públicas”.

¹³⁰⁵ Em sentido próximo, Botelho, *A tutela...*, p. 293: “na tutela jurisdicional efetiva (...), primazia da vertente subjetiva, apesar da inegável existência de uma dimensão objetiva, associada à ação popular (art. 52º, nº 3)”.

II – A tutela não-jurisdicional, surge como tutela impugnatória ou como tutela petitória.

No primeiro caso, visa modificar, ou revogar, atos lesivos para os Direitos Fundamentais, sobretudo, atos individuais e concretos praticados pelos órgãos da Administração Pública.

No segundo caso, pretende, mais circunscritamente, sensibilizar tais órgãos para a ilegalidade - ou, até mesmo, para o demérito - daqueles atos, visando a respetiva correção.

8.6.1.2.1. DIREITO DE PETIÇÃO

8.6.1.2.1.1. EM GERAL

I - O direito de petição, de reclamação, ou de queixa, junto dos órgãos de soberania, dos restantes órgãos de Estado, ou de outras autoridades públicas, ostenta alcance limitado.

Vinculando-os, tão-somente, à respetiva apreciação e, sequencialmente, a uma comunicação ao peticionante, ou peticionantes, do resultado dessa apreciação (art. 52º, nº 1 e nº 2), não exigindo, nem decisão, nem, naturalmente, decisão favorável à petição¹³⁰⁶.

Em geral, surge previsto no âmbito dos direitos, liberdades e garantias políticas (art. 52º).

Mais especificamente, é referido, sobretudo, a propósito do Provedor de Justiça (art. 23º).

Mas é aludido, ainda, no que tange às organizações de moradores (art. 265º, nº 1, al. a)).

II - Em plano diametralmente oposto, o direito de petição surge, na sua vertente coletiva, entre os raros direitos, liberdades e garantias, passíveis de restrição agravada (art. 270º).

8.6.1.2.1.2. JUNTO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA

I - O Provedor de Justiça ergue-se, constitucionalmente, como um órgão independente (art. 23º, nº 3).

O respetivo titular é eleito pela Assembleia da República, para um quadriénio, por maioria de dois terços dos presentes, desde que superior à maioria absoluta (art. 163º, al. i)).

¹³⁰⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 341: “não dá, por si, garantias suficientes, nem é especialmente eficaz, a não ser quando associado a outros mecanismos de pressão política, incluindo a realizada através da comunicação social”.

II – O órgão age, maioritariamente, na sequência de iniciativa dos indivíduos (art. 23º, nº 1), mesmo se lhe é lícito fazê-lo, igualmente, por iniciativa própria.

Da mesma forma, a respetiva ação não se circunscreve à estrita defesa da legalidade, compreendendo a prevenção, ou reparação, de eventual injustiça fáctica (art. 23º, nº 1, *in fine*).

III – A petição que lhe é dirigida pode incidir sobre quaisquer atos de natureza pública, da função política e da função administrativa, normativos e não normativos.

Em contrapartida, nunca sobre atos da função jurisdicional, nem sobre atos de sujeitos privados - com exceção dos praticados pelos concessionários.

IV – Sem embargo, o Provedor de Justiça não detém um poder decisório (art. 23º, nº 1).

Tem, exclusivamente, competência para dirigir recomendações aos órgãos políticos e administrativos (art. 23, nº 1), não diretivas, nem, menos ainda, instruções ou ordens¹³⁰⁷.

Não obstante a existência, por parte de tais órgãos, de um dever jurídico de resposta, temporalmente definido, e implicando, substantivamente, a adequada fundamentação.

Mais: anualmente, a entidade tutelar em exame elabora um relatório, para apreciação pela Assembleia da República - publicado no *Diário da Assembleia da República* - sobre essas matérias (art. 23º, Estatuto do Provedor de Justiça)¹³⁰⁸.

V – Em plano diferenciado, mas por certo não menos relevante, o Provedor de Justiça pode requerer ao Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização sucessiva abstrata, a declaração de inconstitucionalidade, ou de ilegalidade (art. 281º, nº 2, al. d)), e, outrossim, a verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão (art. 283º, nº 1).

¹³⁰⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 91: “emissão de recomendações (e não de ordens) aos órgãos responsáveis para que estes corrijam as suas atuações inconstitucionais, ilegais ou injustas; a emissão de recomendações no sentido de serem promovidas alterações legislativas; apresentação de relatórios (e de livros brancos)”.

¹³⁰⁸ Mesmo se, na prática, “a sua eficácia depende da transparência democrática das instituições, da força da opinião pública e do prestígio pessoal do Provedor de Justiça”; assim, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 341.

8.6.2. TUTELA ESPECÍFICA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS E DOS DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA

Complementarmente a uma tutela de alcance geral, estabelecida para os direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente previstos, para os direitos de natureza análoga, consagrados constitucionalmente, e para os eventuais direitos económicos, sociais e culturais, legalmente criados, a Constituição prevê meios de tutela específicos.

Meios de tutela específica dos direitos, das liberdades e das garantias e, em simultâneo, meios de tutela específica dos direitos de natureza análoga.

8.6.2.1. HETERO-TUTELA

I – Uma forma específica de acautelamento dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos de natureza análoga - com maior incidência nos direitos de natureza pessoal - é o recurso às designadas entidades administrativas independentes (art. 267º, nº 3).

Mormente, considerada a quase-independência destas perante o Estado, e a inerente ausência, cumulativa, de direção, de superintendência, ou de tutela¹³⁰⁹, bem como uma sua intervenção suscetível de extensão a parte das atividades das entidades privadas¹³¹⁰.

São entidades deste tipo, exemplificativamente, a Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida, a Comissão de Proteção de Dados, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Comissão de Fiscalização do Serviço de Informações, a Comissão Nacional da Objeção de Consciência, o Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informações, a Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado, ou a Comissão Nacional de Eleições.

II - Em contrapartida, não surgem como formas de tutela - ou, sê-lo-iam, apenas, em sentido amplíssimo - nem a interdição de suspensão de direitos, liberdades e garantias (art. 19º nº 6), nem os limites materiais de revisão constitucional (art. 288º, nº 1, al. d)).

¹³⁰⁹ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 517: “dispõem de autonomia organizativa e funcional, fundamentalmente reconduzível à independência em relação à organização governamental e administrativa e a diretivas do Governo e do Parlamento”.

¹³¹⁰ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 517: “não apenas perante entidades públicas, mas também perante entidades privadas (poderes privados), o que vem acrescentar novas dimensões garantísticas à norma do art. 18º, nº 1 da CRP que (...) consagra a vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”.

Com efeito, a tutela, num sentido estrito, implica intervenção, exige vontade, por parte dos indivíduos, em ordem à procura de resposta à ameaça, ou à violação, dos respetivos direitos, liberdades e garantias, ou dos correspondentes direitos de natureza análoga.

Ora, tal vontade, e tal subjetividade, inexistem, de todo em todo, nestas duas situações.

Mais: se devessem ser entendidos dessa forma, quaisquer limites constitucionais, quer originários, quer derivados, poderiam significar tutela de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga¹³¹¹.

8.6.2.2. AUTO-TUTELA

O domínio da auto-tutela (art. 21º) é, seguramente, um dos que melhor reflete a especificidade dos direitos, liberdades e garantias, e, por extensão, a dos direitos que lhes são análogos (art. 17º).

Decorrendo, em simultâneo, das identificadas determinabilidade, precetividade e vinculatividade¹³¹², características indispensáveis, pela natureza das coisas, a uma qualquer auto-afirmação de posições jurídicas.

8.6.2.2.1. DIREITO DE RESISTÊNCIA

I - No quadro da auto-tutela, sobressalienta-se o direito de resistência (art. 21º, 1ª parte).

Que se traduz, em certas circunstâncias, e verificados determinados pressupostos, numa faculdade de desobediência, por ação ou por omissão, a ordens dos poderes públicos.

O direito de resistência transporta, assim, enquanto efeito elementar, uma exclusão da ilicitude - e não, ou não somente, uma exclusão da culpa - quanto a comportamentos que assumiriam uma natureza criminal, a natureza de crime de desobediência.

¹³¹¹ Em sentido oposto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 314 e 316: os direitos, liberdades e garantias “estão, desde logo, constitucionalmente protegidos contra todos os órgãos de soberania que não podem conjunta ou separadamente suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de emergência, declarados na forma prevista na Constituição (art. 19º, nº 1) (...); são também objeto de tutela em caso de revisão constitucional, já que constituem, nos termos do art. 288º, al. d), limites materiais ao poder de revisão”.

¹³¹² Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 109: “uma das expressões mais visíveis do princípio da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias”.

Efeito esse, ao qual acresce uma inerente desnecessidade de prévia decisão judicial¹³¹³.

II – O direito de resistência pode incidir sobre os atos de quaisquer funções do Estado¹³¹⁴.

Ainda que a violação encontre origem, mais frequentemente, em atos da função administrativa e, mais usualmente ainda, em atos administrativos, individuais e concretos.

Mais: pode assumir enquanto objeto, inclusive, atos praticados por entidades privadas¹³¹⁵.

Designadamente, quando estas se apresentem, não em posição paritária com os remanescentes sujeitos individuais, mas dotadas de um autêntico poder perante estes.

Consequentemente, a locução ordem, utilizada no corpo do preceito (art. 21º, 1ª parte) deve ser entendida de uma forma mais ampla - ou, porventura, inteiramente atécnica.

8.6.2.2.1.1. NATUREZA

I - A resistência assume a natureza jurídica de uma garantia, mais do que de um direito.

Na verdade, reflete a existência de um mecanismo, de jaez estruturalmente adjetivo e instrumental, de tutela dos direitos, das liberdades ou, até, das garantias constitucionais.

II – Semelhante garantia reveste, em prioridade, a natureza de uma garantia individual.

No entanto, sedia-se no âmbito dos direitos de natureza análoga, não entre os direitos, liberdades e garantias, ou, *maxime*, entre os direitos, liberdades e garantias pessoais.

E, na redação constitucional, assume, enquanto fim, a defesa dos direitos, liberdades e garantias, em geral, e não, em especial, a dos direitos, liberdades e garantias pessoais.

Consustanciando, pois, uma garantia de defesa de direitos pessoais e de direitos políticos - e, até, no limite, de direitos laborais.

¹³¹³ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 109: “os efeitos do direito de resistência são, por um lado, a justificação jurídico-criminal do facto e, por outro, a desnecessidade de prévia decisão judicial”.

¹³¹⁴ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 119: “qualquer tipo de ato jurídico que tenha sido praticado por autoridades públicas ou por privados, desde que seja lesivo de direitos, liberdades e garantias”.

¹³¹⁵ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 109: “a resistência (...) vale para os poderes públicos e pode ser feita valer nas relações privadas, servindo para proteger a generalidade dos direitos, liberdades e garantias”.

III - Cumulativamente, este instituto da resistência tanto pode traduzir-se numa garantia estritamente individual, como numa garantia individual, embora de exercício coletivo.

Mais: não se perceberia que a Constituição outorgasse um - putativo - direito de resistência, na sua vertente política, aos remanescentes Povos (art. 7º, nº 3), e que tal direito excluísse os membros do próprio Povo português, seus destinatários primeiros¹³¹⁶.

IV – A faculdade de resistência ostenta assinalável significado, patente numa localização constitucional privilegiada, entre os próprios princípios gerais dos Direitos Fundamentais.

Contudo, não pode assumir, senão, a natureza de direito - *rectius*, garantia - excecional.

A exercer, apenas, em circunstâncias de violação grave e manifesta¹³¹⁷ dos direitos, liberdades e garantias, ou dos direitos análogos, e a exercer, apenas, perante uma absoluta insuscetibilidade de utilização de outros meios, menos subversivos da ordem jurídica¹³¹⁸.

V – Este modo de auto-tutela só admite restrição no quadro fixado, e de acordo com as exigências previstas, para os direitos, liberdades e garantias, e para os direitos de natureza análoga àqueles (art. 17º, 18º, nº 2 e nº 3, e art. 270º).

Em contrapartida, não está consagrado, de forma expressa, entre as situações jurídicas ativas absolutamente intangíveis no contexto da suspensão (art. 19º, nº 6, *a contrario*).

Porém, seria inadequado que, num circunstancialismo em que os Direitos Fundamentais se encontram excecionalmente fragilizados, se admitisse a suspensão de uma das formas mais eficazes, porquanto direta e imediata, de tutela dos mesmos.

Pelo que, não obstante essa imprevisão textual, se advoga a impossibilidade de suspensão.

Reafirmando-se, aliás, o carácter meramente exemplificativo da disposição.

¹³¹⁶ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 512: “pela redação do artigo 21º deduz-se que não está aqui em causa o direito de resistência coletivo (direito político) contra formas de governo ou regimes carecidos de legitimidade, embora este direito seja também reconhecido pela Constituição na qualidade de direito dos povos contra a opressão (art. 7º, nº 3); e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 340: “julgamos que está consagrado um direito individual de defesa, um direito de resistência passiva, e não um direito político de resistência coletiva”.

¹³¹⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 205: “só o princípio da evidência, associado a uma ideia de gravidade objetiva (...) poderá definir o âmbito da resistência legítima em termos que permitam a sua utilização prática, em segurança e com razoabilidade, pelos cidadãos”.

¹³¹⁸ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 340: “é um meio que, em regra, só tem sentido como *ultima ratio* e de que o particular deve, em qualquer caso, fazer uso prudente”.

8.6.2.2.1.2. TIPOLOGIA

I - A examinanda garantia de resistência é suscetível de apresentar diferentes vertentes.

Desde logo, a de resistência passiva, de recusa de uma ação voluntária face à ordem da qual o indivíduo é destinatário, e, simetricamente, a de resistência ativa, de resposta, por ação, à mencionada ordem, tanto de uma forma violenta, como sem recurso à violência.

Depois, como manifestações constitucionais expressas, específicas, de resistência, sobressaem, de um lado, o não pagamento de impostos inconstitucionais (art. 103º, nº 3), e, de um outro lado, a cessação do dever funcional de obediência hierárquica sempre que do mesmo resulte a potencial prática de um ato de natureza criminal (art. 271º, nº 3).

II - Em contrapartida, apresenta-se insuscetível de integração na figura o alegado direito dos Povos à insurreição contra todas as formas de opressão (art. 7º, nº 3, *in fine*).

De facto, mesmo admitindo tratar-se de um direito, este não surge como um direito fundamental, considerada a sua carência de titularidade individual.

8.6.2.2.2. OUTROS MECANISMOS AUTO-TUTELARES

A Constituição prevê outras formas de auto-tutela distintas da resistência, concretamente, a legítima defesa e a ação direta.

Face, ainda, a quaisquer agressões a direitos, liberdades e garantias, ou a direitos de natureza jurídica análoga, mas, nestes casos, com origem exclusiva em sujeitos privados.

E, naturalmente, só passíveis de exercício quando não se apresente exequível o recurso aos mecanismos constitucionais e legais da hetero-tutela pública (art. 21º, *in fine*)^{1319 1320}.

¹³¹⁹ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1156: “diferentemente do direito de resistência, o direito de legítima defesa faz sentido nas relações entre os titulares desses direitos e os outros cidadãos, numa lógica paritária”.

¹³²⁰ Em sentido oposto, Botelho, *A tutela...*, p. 119: “por outro lado, confere também um direito de resistência defensiva, permitindo repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

8.6.3. TUTELA ESPECÍFICA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PESSOAIS E DOS DIREITOS DE NATUREZA ANÁLOGA PESSOAIS

A Constituição prevê modos de tutela, reforçadamente específicos, porquanto exclusivos dos direitos, liberdades e garantias pessoais, e dos direitos de natureza análoga pessoais.

8.6.3.1. NA CONSTITUIÇÃO

I – A tutela diferenciada resulta, antes de mais, da saliência constitucionalmente tributada aos direitos, liberdades e garantias de índole pessoal (art. 20º, nº 5), e, por extensão, aos direitos de natureza análoga pessoais (art. 17º).

Efetivamente, a norma em análise (art. 20º, nº 5) patenteia uma natureza excepcional, inserindo-se nela apenas os direitos, as liberdades, e as garantias pessoais.

Porém, o regime estabelecido para os direitos de natureza análoga (art. 17º), não admite outra construção.

Mais: ambos os tipos de direitos beneficiam de tutela preventiva e de tutela repressiva, de um garantismo vocacionado para a efetiva violação e para a simples ameaça de violação.

II – Como corolário dessa superior relevância, emerge a imposição, ao normador ordinário, da criação de meios de defesa caracterizados pela celeridade e pela prioridade.

Uma injunção constitucional que pretende mitigar a ausência das antes aludidas figuras, quer da queixa constitucional, quer do recurso de amparo¹³²¹.

III – Outra forma específica de tutela, aliás, uma das mais específicas de entre as específicas, plasma-se no *habeas corpus* (art. 31º).

Que se traduz numa garantia jurídica para a defesa de um único direito, de um único direito pessoal, o direito à liberdade física (art. 27º).

¹³²¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 342: “dever especial de regulação dos procedimentos judiciais quando esteja em causa a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais”; e Botelho, *A tutela...*, p. 287: “comando constitucional dado ao legislador ordinário no sentido da criação de novos procedimentos judiciais céleres e prioritários”.

Direito afetado por um abuso de poder ou, até, por um abuso do próprio poder judicial, refletido numa detenção ilegal, numa prisão preventiva, ou, quiçá não preventiva, mas, igualmente, ilegal (art. 31º, nº 1)¹³²².

8.6.3.2. NO CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

I - Oferecendo exequibilidade à norma constitucional relativa à tutela dos direitos pessoais (art. 20º, nº 5), o Código de Processo nos Tribunais Administrativos estabelece um mecanismo especial, a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias (art. 109º)¹³²³.

Essa intimação pode ser requerida para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, para obter a emissão, célere, de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta, positiva ou negativa, sempre que não é possível, ou suficiente, o decretamento provisório de providência cautelar (art. 109º, nº 1).

Do mesmo modo, pode ser utilizada quando se pretenda a prática de um ato administrativo estritamente vinculado, designadamente, de execução de um ato administrativo anterior, com o Tribunal a emitir sentença que produza os efeitos desse ato devido (art. 109º, nº 3).

Este mecanismo jurisdicional assume como destinatários quaisquer sujeitos públicos administrativos, bem como, alguns sujeitos privados, quando desempenhando funções de natureza pública, designadamente, os concessionários (art. 109º, nº 2).

II – Sem prejuízo, a referida intimação incide, exclusivamente, sobre os direitos, liberdades e garantias pessoais, ou os direitos de natureza análoga de índole pessoal¹³²⁴.

Não - como estabelece o texto legal - sobre a generalidade dos direitos, liberdades e garantias, nem, por maioria de razão, sobre os remanescentes direitos de natureza análoga.

¹³²² Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 350: “implica a impugnação de uma decisão dos Tribunais, tem a ver com o exercício do direito (fundamental) de requerer o *habeas corpus*, previsto no artigo 31º da Constituição”.

¹³²³ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, pp. 285 e 286: “comunhão entre o Direito Constitucional e os institutos do contencioso administrativo”; “o inovador regime da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, concretização do art. 20º, nº 5, da CRP, procurou dotar os preceitos que acolhem direitos, liberdades e garantias de uma *prefered position*”.

¹³²⁴ Em sentido diverso, Botelho, *A tutela...*, p. 294: “alguma doutrina pondera se a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias se deverá aplicar também aos direitos de natureza análoga, posto que estes gozam do mesmo regime que os primeiros”.

De facto, este instrumento tutelar ordinário encontra o respetivo fundamento no mencionado preceito constitucional (art. 20º, nº 5), preceito que, mesmo no contexto global dos direitos, liberdades e garantias, assume natureza, visivelmente, excepcional¹³²⁵.

Mais: essa extensão da tutela, alarga o número de direitos, mas reduz a sua efetividade.

8.6.4. INEXISTÊNCIA DE TUTELA ESPECÍFICA DOS DESIGNADOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição afirma, em termos principiais, a existência de tutela jurisdicional efetiva contra a violação de quaisquer direitos - ou mesmo, quaisquer interesses - (art. 20º, nº 1).

Não excluindo, por consequência, os designados direitos económicos, sociais e culturais.

Inexiste, porém, na Constituição, e, inclusive, na legislação ordinária, qualquer mecanismo de tutela, específica, dos designados direitos económicos, sociais e culturais.

Construção a que não é estranha, definitivamente, uma natureza apenas futura e eventual.

¹³²⁵ “A esmagadora maioria da doutrina (...) considera que o objeto da intimação, consagrada no artigo 109º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos se estende a todos os direitos, liberdades e garantias previstos no título II da Constituição e ainda aos direitos de natureza análoga”. “Autores há que vão mais longe e estendem o âmbito de proteção do artigo 109º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos aos chamados direitos de solidariedade, como o direito ao ambiente”, assim, Botelho, *A tutela...*, p. 296.

9. CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I – No continente europeu, o modelo referencial de Direitos Fundamentais é, em definitivo, o alemão.

Que se reduz, todavia, pragmaticamente, aos direitos de liberdade, não contemplando qualquer dos designados direitos sociais¹³²⁶.

No contexto extra-europeu, destaca-se, de forma clara, o modelo de Direitos Fundamentais norte-americano¹³²⁷.

Que se circunscreve, porém, em linha com a tradição anglo-saxónica, aos direitos de liberdade, ignorando os designados direitos sociais.

II – A seleção comparatística estadual ora realizada obedece aos seguintes fundamentos.

A Alemanha, como principal, reiterada, e efetiva, influência da Constituição portuguesa.

A Itália, enquanto inspiradora subsidiária, se bem que, algo retórica, dessa Constituição.

A Espanha, considerada a proximidade histórico-política, bem como, a expressa contraposição entre direitos de liberdade e designados direitos sociais¹³²⁸.

O Reino Unido, em razão do estatuto fundador jusfundamental e, atualmente, de um esboço de positivação e tipificação em moldes afins dos continentais.

Os Estados Unidos da América, por sinalizarem que, nem o Estado de Direito, nem o Estado democrático, nem, sequer, uma real sociedade de bem-estar, implicam - bem ao invés - a existência de designados direitos sociais, ou de um proclamado Estado social.

¹³²⁶ Na Europa, “sistemas constitucionais que se podem designar como minimalistas, como sejam o do Reino Unido, da Irlanda, da Áustria, da Alemanha e da Dinamarca”; assim, Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 214.

¹³²⁷ Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 20: “hoje, fruto da radicação efetiva, da qualidade da respetiva tutela jurisdicional, da profundidade de elaboração juscientífica e da projeção cultural que alcançaram, os dois modelos jurídico-constitucionais tidos por paradigmáticos são o da Constituição norte-americana e o da Lei Fundamental alemã”.

¹³²⁸ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 155: “as Constituições portuguesa e espanhola (...) são as que mais nitidamente separam os direitos, liberdades e garantias dos direitos/mandatos sociais”.

E, por último, a França, como o equívoco dos equívocos, desde uma proclamação, pioneira, e, pretensamente, universal, dos Direitos Fundamentais, até a uma inexistência, contemporânea, de efetivos Direitos Fundamentais¹³²⁹.

9.1. ALEMANHA

I – Os Direitos Fundamentais, na Constituição alemã - e, em rigor, a própria Constituição alemã - encontram ancoragem estrutural na dignidade da pessoa humana.

Uma dignidade expressamente qualificada de intangível, que, correspondentemente, incumbe aos poderes públicos respeitar e, em simultâneo, proteger (art. 1º, nº 1).

Em contrapartida, deve ser excluída uma leitura dessa dignidade como direito subjetivo.

De facto, tratar-se-ia de um direito subjetivo *sui generis*, porque, cumulativamente, sem determinabilidade, sem aplicabilidade direta ou imediata, e sem justicialidade¹³³⁰.

II – Não obstante, a previsão constitucional integra, tão-somente, os direitos de liberdade.

Desde logo, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, abrangente e indeterminado (art. 2º, nº 1), e, assim suscitando dúvidas no que concerne à sua caracterização enquanto direito subjetivo¹³³¹.

Depois, num único preceito - técnica jurídica comum no pós-guerra - o direito à vida, o direito à integridade, o direito à liberdade (art. 2º, nº 2).

Subsequentemente, as liberdades de crença, de consciência e de confissão” (art. 4º).

III - Em confronto, a liberdade de associação é articulada com a garantia da Constituição e com o condicionamento, ou mesmo a perda, parcial, ou total, de Direitos Fundamentais.

Assim, são constitucionalmente proibidas quaisquer associações cuja finalidade, ou cuja atividade, se apresentem contrárias às leis penais, ou estejam orientadas contra a ordem constitucional, ou contra os ideais do entendimento entre os Povos (art. 9º, nº 2).

¹³²⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 12: “a proteção da liberdade individual pode ser juridicamente assegurada sem a presença técnico-jurídica dos Direitos Fundamentais (é isso que se passa em ordenamentos como (...) e (...) porque não dizê-lo? - de França”.

¹³³⁰ Em sentido oposto, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 485: “a Constituição alemã parece considerar o respeito da dignidade humana, em si mesmo, como um direito fundamental”.

¹³³¹ No mesmo sentido, Pinto, *Direitos de personalidade...*, p. 19: “no direito alemão foi contestada (...) a natureza de direito subjetivo ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (...). Tal atitude está superada, havendo, todavia, que reconhecer que se utiliza um conceito indeterminado”.

Analogamente, são inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos, ou pelas atitudes dos filiados, intentem prejudicar ou eliminar a ordem constitucional liberal e democrática, ou coloquem em perigo a República Federal Alemã, competindo ao Tribunal Constitucional decidir sobre semelhante inconstitucionalidade (art. 21º, nº 2).

Prevista, ainda, está a possibilidade de perda de um alargado número de Direitos Fundamentais, quando sejam exercidos, abusivamente, para combater a ordem constitucional livre e democrática, incumbindo ao Tribunal Constitucional, também nestes casos, a pronúncia sobre essa perda, e a fixação da extensão da mesma (art. 18º).

Designadamente, a liberdade de expressão - *maxime*, no domínio da imprensa - a liberdade de ensino, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, o direito ao segredo da correspondência, comunicações postais e telecomunicações, o direito de propriedade e, inclusive, o direito de asilo (art. 18º)¹³³².

Mais: a resistência surge funcionalizada, no sentido da defesa da ordem constitucional (art. 20º, nº 4), e não como direito - ou garantia - de defesa de bens jurídicos individuais.

IV - Na Constituição alemã vigente, inexistem, positivados, tipificados, ou justicializados, quaisquer designados direitos sociais¹³³³.

Divisando-se, apenas, a alusão, a um possível futuro Estado social (art. 20º, nº 1)¹³³⁴.

V – Os Direitos Fundamentais, no ordenamento *in casu*, os direitos de liberdade, manifestam uma natureza precativa, uma aplicabilidade direta e imediata (art. 1º, nº 3), assumindo-se, pois, vinculativos para a totalidade das funções do Estado (art. 1º, nº 3).

Opostamente, os designados direitos sociais, não conhecendo, sequer, uma menção constitucional tipificadora, resultam, em qualquer caso, de decisão legislativa ordinária.

E, se, ou quando, criados, carecem de decisão política em ordem à respetiva subsistência.

Mesmo se, mais tarde, a jurisprudência alemã, baseada na menção constitucional ao Estado social, e num contexto de evidente prosperidade económica, desenha um - suposto - princípio de não retrocesso desses direitos sociais de origem ordinária¹³³⁵.

¹³³² “Uma ‘democracia militante’ constitucionalmente assumida”; assim, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 181.

¹³³³ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 11 e 241: “Constituição sem direitos sociais”; “opção constitucional anti-consagração dos direitos sociais”.

¹³³⁴ Em sentido próximo, Ferrari, *op. cit.*, p. 1039: “depois da experiência weinariana, preferiu-se identificar apenas tarefas sociais, deixando à interposição do legislador ordinário uma atuação compatível”.

¹³³⁵ No mesmo sentido, Novais, *Direitos sociais...*, pp. 241 e 240: “invenção engenhosa destinada a justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional,

VI – Em sede de condicionamentos, destaca-se, quanto à figura da restrição, a exigência de preservação da essencialidade de cada um dos Direitos Fundamentais (art. 19º, nº 2).

VII – No que tange à vertente garantística, afirma-se o emblemático direito de queixa direta, em matéria de inconstitucionalidade, para o Tribunal Constitucional (art. 93º, nº 4a)).

Exercitável sempre que o Estado precluda, ou um dos Direitos Fundamentais, ou um dos direitos afins daqueles - contidos nos artigos 20º, nº 4, 33º, 38º, 101º, 103º e 104º (art. 93º, nº 4a)).

Essa preclusão pode resultar de qualquer ato jurídico-público estadual, legislativo, administrativo, ou jurisdicional, normativo, ou não normativo¹³³⁶, exigindo-se, todavia, que o mesmo apresente, cumulativamente, natureza pessoal, atual e imediata¹³³⁷.

O procedimento é elementar, dispensando o patrocínio judiciário e não implicando o pagamento de custas, o que justifica o elevado número de queixas observado, mesmo se este não encontra uma correspondência relevante com a taxa de sucesso das mesmas¹³³⁸.

Mais: ao estender-se a quaisquer estrangeiros¹³³⁹ - ou mesmo, quiçá, a apátridas - o remédio jurisdicional examinando converte o Tribunal Constitucional não apenas num tribunal dos cidadãos alemães¹³⁴⁰, mas num verdadeiro tribunal dos direitos individuais.

jusfundamental”; “limites que o princípio constitucional do Estado social colocaria a uma intervenção legislativa que afetasse os benefícios outrora conseguidos”.

¹³³⁶ No mesmo sentido, Haberle, *O recurso de amparo...*, pp. 45 e 46: “controlo dos atos legislativos”, “controlo de decisões judiciais” e “controlo dos atos do Executivo”, se bem que, neste caso, “é necessário esgotar a via judicial ordinária”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 184 e 185: “controlo, por essa via, não só de atos normativos, como também de outros atos dos poderes públicos (designadamente administrativos e jurisdicionais)”.

¹³³⁷ No mesmo sentido, Haberle, *O recurso de amparo...*, p. 52: “o recurso de amparo não está configurado como uma ‘ação popular’; o requerente deve alegar ter sido lesado nos ‘seus’ Direitos Fundamentais”, devendo a lesão ser “pessoal”, “atual” e “imediata”.

¹³³⁸ No mesmo sentido, Haberle, *O recurso de amparo...*, p. 48 e 35: “permitido gratuitamente e sem intervenção obrigatória de advogado (...). Graças às exigências simples de acesso a este procedimento são interpostos cerca de 3 a 4 mil recursos de amparo todos os anos, dos quais apenas têm êxito cerca de 1,2%”.

¹³³⁹ No mesmo sentido, Haberle, *O recurso de amparo...*, pp. 33 e 51: um ‘Tribunal dos cidadãos’ por excelência” (...). Segundo o artigo 90. 1, da LTCFA, qualquer pessoa está legitimada a interpor uma ação na medida em que tem capacidade para ser titular de direitos fundamentais ou de direitos equiparáveis a estes. Os estrangeiros têm legitimidade na medida em que podem apelar a um direito fundamental que corresponda aos estrangeiros. É o caso, por exemplo, do direito de asilo (art. 16º da Constituição)”.

¹³⁴⁰ “O recurso de amparo desenvolveu uma importante função integradora dos cidadãos (e também de proteção das minorias), estimulou a aceitação da Constituição pelo Povo e, enquanto direito de todos,

VIII – Não obstante, o Tribunal Constitucional enfrenta, igualmente, dois vícios graves.

De um lado, porque os respetivos juízes são ungidos, de uma forma ostensiva, pela partidocracia, centrista, longamente dominante¹³⁴¹.

De outro lado, porque esses juízes se arrogam, com frequência, um poder que ultrapassa o âmbito hermenêutico, para penetrar no domínio do ativismo político-jurisdicional¹³⁴².

IX – Finalmente, a Constituição alemã fixa limites materiais expressos à revisão dos Direitos Fundamentais (art. 79º, nº 3).

Não podendo ser afetada, em nenhuma circunstância, a dignidade da pessoa humana (art. 1º), o direito de sufrágio e o direito de resistência (art. 20º), bem como a prescritividade e a vinculatividade daqueles (art. 1º).

9.2. ITÁLIA

I - A Constituição italiana determina, no âmbito dos Direitos Fundamentais, a existência de uma manifesta socialização, com a inerente secundarização da componente liberal.

Assim, o próprio Estado, a própria República, a própria Constituição, e, não somente, os Direitos Fundamentais, se afirmam fundados no trabalho (art. 1º).

Um trabalho protegido, sob todas as suas formas, e em todas as suas aplicações (art. 35º).

Como efeito, todos os cidadãos italianos gozam de uma igual dignidade social (art. 3º).

amadureceu o efeito educativo geral relativamente aos órgãos de Estado devido ao seu efeito vinculativo”, assim, Haberle, *O recurso de amparo...*, p. 49.

¹³⁴¹ No mesmo sentido Haberle, *O recurso de amparo...*, pp. 33 e 34: “a eleição dos juízes corresponde em partes iguais ao *Bundestag* e ao *Bundesrat*, requerendo uma maioria de dois terços, o que obriga os partidos a estabelecer acordos (...); na designação dos juízes “a interferência dos partidos é notória, reclamando, sem rodeios, o ‘seu’ lugar no Tribunal para algum dos seus”.

¹³⁴² Em sentido próximo, Haberle, *O recurso de amparo...*, p. 35: “é classificado (...) como o ‘guardião’ ou, inclusivamente, como o ‘dono’ da Constituição, como o ‘quarto poder’, ou até mesmo como o ‘primeiro poder’, como o ‘secreto soberano”.

E, sobre o Estado recai um dever de remoção dos obstáculos económicos e sociais impeditivos, quer do desenvolvimento da pessoa humana, quer de uma participação efetiva dos trabalhadores na organização política, económica e social (art. 3º)¹³⁴³.

II – Num outro plano, e embora o direito de associação se encontre, genericamente, previsto, são proibidos, expressamente, quaisquer tipos de associações secretas (art. 18º).

9.3. ESPANHA

I - A Constituição espanhola ergue a dignidade da pessoa humana como o primeiro fundamento do que designa por ordem política e paz social (art. 10º).

Articulando-a com os direitos inerentes a tal dignidade, expressamente afirmados como invioláveis, bem como com o livre desenvolvimento da personalidade (art. 10º).

II - Constitucionalmente, a Espanha afirma-se como um Estado de Direito, democrático e social, assumindo por valores a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político (art. 1º, nº 1).

Os designados direitos sociais encontram-se previstos no articulado da Lei Fundamental.

Mas esses direitos, possíveis e futuros, surgem avulsamente referidos, não se apresentando, nem autonomizados, nem qualificados, enquanto tais (art. 27º, segs. e 35º, segs).

III - No que se reporta aos condicionamentos, justifica referência o estabelecimento constitucional de uma listagem permissiva, ao invés de uma - mais típica - listagem proibitiva, dos Direitos Fundamentais suspensíveis (art. 55º),

IV - A Constituição aparta, claramente, de um lado, os direitos e as liberdades (art. 14º, segs.) e, de outro, as garantias que sobre os mesmos incidem (art. 53º, segs.).

Em relação às últimas, consagra um tipo de processo judicial, nos Tribunais ordinários, baseado nos princípios da prioridade e sumaridade (art. 53º, nº 2).

¹³⁴³ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 180: “a Itália destaca-se pela ênfase concedida aos valores do trabalho e da solidariedade, bem como, mais uma vez, pelo nível de efetividade jurídica conseguido pelos Direitos Fundamentais sociais”.

E, emblematicamente, prevê para os sujeitos individuais, em caso de violação daqueles direitos, ou daquelas liberdades, um designado recurso de amparo, a exercer junto do Tribunal Constitucional (art. 161º, nº 1).

9.4. REINO UNIDO

I - No Reino Unido, a vigência do *Human Rights Act*, datado de 1998, inicia-se em 2000.

Dando continuidade a uma positivação e a uma tipificação dos Direitos Fundamentais, em que, desde a medieva *Magna Charta Libertatum*, este ordenamento se revela pioneiro¹³⁴⁴.

II – Não obstante, em linha com a típica postura jurídica britânica, e com os anteriores textos da respetiva Constituição, *Magna Charta*, *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*, *Riot Act*, ou *Parliament Act*, o *Human Rights Act* assume uma vocação deliberadamente modesta.

Afirmando-se, apenas, como “uma lei destinada a efetivar os direitos e as liberdades garantidas pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a guiar os juízes britânicos designados juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e a outros objetivos com estes relacionados” (introito).

Nesse contexto, é “ilegal que uma autoridade pública aja de forma incompatível com um direito previsto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos” (Introdução, 6, “atos das autoridades públicas”).

Em contrapartida, apenas “na medida possível, a legislação primária e subordinada será lida e aplicada de uma forma compatível com os direitos da Convenção” (Introdução, 3, “interpretação da legislação”).

Exigência esta que significa, em rigor, uma aplicabilidade parcial, e, porventura, reduzida, do *Human Rights Act* em território britânico¹³⁴⁵.

¹³⁴⁴ Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 121: “o Reino Unido viu entrar finalmente em vigor no respetivo ordenamento essa obra do génio britânico que é o *Human Rights Act* de 1998, vencendo assim uma resistência de vários séculos contra a codificação dos direitos”.

¹³⁴⁵ No mesmo sentido, Queiroz, *A proteção...*, p. 99: “o Reino Unido aprovou o *Human Rights Act*. Este prevê a existência de um ‘controle judicial’ (*judicial review*) dos atos das ‘autoridades públicas’, para efeito de determinação da respetiva compatibilidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus diversos Protocolos Adicionais. Assim, não são todos os direitos reconhecidos na Convenção Europeia que vinculam ‘internamente’ as autoridades britânicas, mas unicamente aqueles que se encontram previstos (transpostos) no *Human Rights Act*”; e Freitas, *op. cit.*, p. 845: “entrou em vigor (...), embora exclua o art. 13º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”.

III – Acresce que, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, para a qual o *Human Rights Act* remete, apenas contém direitos de liberdade, não designados direitos sociais.

9.5. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

I – O sistema de Direitos Fundamentais patente nos Estados Unidos da América resulta, na sua essência, do - informalmente designado - *Bill of Rights*.

Que encerra, sobremaneira, as posições jurídicas ativas constantes dos primeiros oito Aditamentos à Constituição.

Mas que incorpora, ainda, a secção IX do art. I, e a secção II do art. IV da Constituição, a secção I do XIII Aditamento, o XIV Aditamento, o XV Aditamento, a secção I do XIX Aditamento, a secção I do XXIV Aditamento, e a secção I do XXVI Aditamento.

II – A Constituição mantém-se coerente com a sua origem, e com a herança individualista liberal tradicional¹³⁴⁶, não prevendo, assim, qualquer dos designados direitos sociais¹³⁴⁷.

Apesar da existência, mitigada e flutuante, dos mesmos, no plano normativo ordinário¹³⁴⁸.

E é em consequência, precisamente, dessa matriz individualista e liberal, que, no que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, os Estados Unidos assinam, mas nunca ratificam, o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Nem, tão pouco, o que pior se compreende, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹³⁴⁹.

¹³⁴⁶ No mesmo sentido, Hayek, *The Constitution of liberty*, p. 397: “aquilo a que na Europa se chama ‘liberalismo’ é, na América, a tradição comum na qual a política americana foi construída”.

¹³⁴⁷ No mesmo sentido, Luño, *La fundamentacion...*, p. 39: “na tradição política norte-americana, a Constituição e, em particular, o *Bill of Rights*, dirigem-se à defesa dos indivíduos e dos grupos contra determinadas decisões que podem ser tomadas pela maioria, especialmente, aqueles atos da maioria que afetam o interesse geral”; e Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 35: “ainda fortemente ligados à tradição originária do individualismo liberal, enfrentam dificuldades na aplicação de alguns direitos sociais e até políticos”.

¹³⁴⁸ Em sentido próximo, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 209 e 210: “para além da existência de já antigos programas sociais, não podem deixar de registar-se certas dimensões e desenvolvimentos relevantes (...) do princípio (ou direito) à igualdade de oportunidades, nem a presença (...) de uma dimensão leve de fins positivos do Estado”.

¹³⁴⁹ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 255: os Estados Unidos da América estão “de costas mais ou menos voltadas para o Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

III – No que tange à revisão constitucional, face à inexistência de limites materiais expressos sobre Direitos Fundamentais, na doutrina norte-americana defrontam-se duas teses, sem prevalência, manifesta, de qualquer delas.

Uma primeira, a que sustenta uma supremacia dos Direitos Fundamentais sobre a decisão democrática popular.

Uma segunda, a que defende uma cedência desses Direitos Fundamentais face à expressão de vontade do Soberano¹³⁵⁰.

9.6. FRANÇA

I – A Constituição francesa não prevê, em rigor, a existência de Direitos Fundamentais.

Na verdade, apesar da proclamação destes, e sem prejuízo da respetiva positivação ou, inclusive, tipificação os - putativos - Direitos Fundamentais não se revelam justiciáveis.

Logo, nem se afirmam enquanto direitos subjetivos públicos, nem consubstanciam, sequer, Direito, ou *hard law*, apresentando-se, desse modo, no máximo, como *soft law*.

Paradoxalmente, num Estado, e num contexto jurídico, em que se proclama, ainda hoje, com ênfase, que “qualquer sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos (...) não tem Constituição” (art. 16º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

II – Efetivamente, o pretense sistema francês de Direitos Fundamentais é composto por três diferentes, e de muito desigual valor, textos jurídico-políticos.

Especificamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Constituição da IV República (1946), e a Constituição da V República (1958).

III - A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ostenta natureza meramente proclamatória e, por consequência, originariamente, não vinculativa.

Acrescendo que, nela se inscrevem, exclusivamente, os direitos naturais de liberdade.

¹³⁵⁰ “Os funcionalistas (entre os quais Ronald Dworkin ou Owen Fiss), dando primazia aos direitos sobre a democracia, recusam a possibilidade de uma revisão constitucional que dissolva elementos essenciais da estrutura do *Bill of Rights* (assim protegida por um equivalente aos limites materiais implícitos)”; e “os monistas (entre os quais John Ely) e os dualistas (como Akerman), embora com uma via ou duas, dão primazia à decisão democrática do Povo sobre os direitos, admitindo, por consequência, transformações constitucionais democraticamente conseguidas e efetivas, mesmo que à custa do afastamento, por exemplo, de regras básicas do *Bill of Rights*”; assim, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 269 e 270.

Assim, “os representantes do Povo francês, constituídos em Assembleia Nacional (...) resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem” (Preâmbulo, parágrafo 1º).

Do mesmo modo que, “o objetivo de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem” (art. 2º).

Que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem. O exercício dos direitos naturais de cada homem só tem como limites aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos” (art. 4º).

E que, “sendo a propriedade um direito inalienável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada o exigir manifestamente e sob condição de uma justa e prévia indenização” (art. 17º).

IV – A Constituição de 1946, de inspiração socialista e comunista¹³⁵¹, intenta recensear os designados direitos sociais.

E, numa primeira versão, recusada em referendo popular, consagra um alargado número de direitos dessa natureza (art. 22º a 39º)¹³⁵².

Contudo, na versão, finalmente, sufragada, sedia-os não no corpo constitucional prescritivo, mas no Preâmbulo, operando, tão-somente, uma renovada proclamação.

V – A Constituição de 1958 reafirma o seu apego aos Direitos Fundamentais, consoante definidos na Declaração de 1789, e confirmados, e completados, pelo Preâmbulo da anterior Constituição de 1946 (Preâmbulo, parágrafo 1º).

Não obstante, esses presuntivos Direitos Fundamentais apresentam, uma vez mais, jaez proclamatório, ao encontrarem a respetiva consagração num, necessariamente imprescritivo, Preâmbulo.

¹³⁵¹ Em sentido próximo, Morais, *Curso...*, p. 119: “marcada por uma forte influência socialista (...); limitações à propriedade privada tais como a apropriação pública dos monopólios”.

¹³⁵² Proteção da saúde (art. 23º), desenvolvimento da família (art. 24º), tutela da instrução e da cultura (art. 25º), trabalho (art. 26º a 29º), ou assistência social (art. 33º e 38º); assim, Ferrari, *op. cit.*, p. 1040.

Acresce que, no articulado, inexistem outros Direitos Fundamentais, com exceção - ainda assim, não densificada - da liberdade religiosa e do direito de sufrágio (art. 1º)^{1353 1354}.

VI – Nos anos setenta do século passado, o Conselho Constitucional intenta atribuir um valor cogente, quer à referida Declaração, quer a cada um dos dois mencionados Preâmbulos.

Acontece, porém, que inexistem Direitos Fundamentais de origem jurisprudencial, de origem legal, ou quiçá, até, de origem costumeira - apesar da sua génese naturalística.

De facto, um conceito adequado de fundamentalidade implica não só fundamentalidade material, ancorada na noção nuclear de dignidade da pessoa humana, como, em simultâneo, fundamentalidade formal, resultante da inserção das inerentes posições ativas em normas constitucionais, determinadas, precativas, vinculantes e justiciáveis¹³⁵⁵.

¹³⁵³ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 187 e 182: “a França surge numa classe à parte (...) uma vez que, apesar de alguma mistificação em contrário, as Constituições francesas ficaram-se sensivelmente (ou talvez nem isso) pela função de proclamar”. “As *libertés publiques* continuam a ser muito mais encaradas como parâmetros de controlo da juridicidade dos atos do poder do que como situações jurídicas subjetivas”.

¹³⁵⁴ Em sentido diverso, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 22: “os Direitos Fundamentais ficaram (e mantêm-se ainda) fora do articulado constitucional, constando de declarações autónomas, ou dos Preâmbulos das Constituições (em parte precisamente para mostrar o seu carácter supraconstitucional).

¹³⁵⁵ Em sentido oposto, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 11: “em 1971 o *Conseil Constitutionnel* alarga o seu controlo preventivo da constitucionalidade das leis à respetiva conformidade com os “direitos preambulares”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 159: “desde a famosa decisão de 16 de julho de 1971, a resposta a estas dimensões do problema foi a seguinte (i): afirmação do valor jurídico-constitucional pleno de ambos os Preâmbulos; (ii) a conseqüente (progressiva) constitucionalização dos direitos reconhecidos por via dessas fórmulas preambulares”.

10. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Não existe um Direito Internacional unitário, co-existem vários Direitos Internacionais.

Não há um só sistema de Direitos Humanos, há múltiplos sistemas de Direitos Humanos.

Um sistema geral, diversos sistemas regionais e, inclusive, na Europa, dois sub-sistemas.

10.1. DIREITO INTERNACIONAL GERAL

A designação Carta Internacional dos Direitos Humanos, adotada pela Comissão dos Direitos Humanos, em 1947, pretende integrar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos - com os seus dois Protocolos facultativos - e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais - com o seu, muito recente, Protocolo facultativo.

Porém, a nomenclatura desenha-se infeliz, porque se reporta a atos jurídico-políticos internacionais dotados de uma natureza, de uma estrutura, de uma forma, de uma força, de uma eficácia, e de uma justicialidade, não apenas distintas, mas radicalmente opostas.

Tornando-se preferível, definitivamente, a sua não utilização no contexto do atual estudo.

10.1.1. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

I - A Declaração Universal dos Direitos Humanos, sete décadas após a respetiva aprovação, ergue-se, ainda, como um incontornável símbolo de tais Direitos Humanos.

Não obstante, recorta-se como um texto de matriz, basicamente, ocidental¹³⁵⁶, como seria expectável, dado o contexto jurídico-político no qual é elaborada - e como se verifica, aliás, por identidade de razão, com a globalidade do Direito Internacional moderno.

¹³⁵⁶ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 29: “a maior parte das fontes da Declaração Universal dos Direitos do Homem são textos provenientes do Ocidente político e, em especial, textos de origem anglo-saxónica”.

II – A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma-se, pois, como um texto de inspiração jusnaturalística, em linha com a concepção, filosófica, histórica, política e jurídica, mais consensual dos Direitos Fundamentais¹³⁵⁷.

Do mesmo modo, ergue-se, também, como um texto liberal, salientando os direitos de liberdade, sobretudo, os direitos de liberdade pessoais, deixando, conseqüentemente, em plano secundarizado, os designados direitos sociais¹³⁵⁸.

Por último, define-se, como um texto, intencionalmente, laico - como é patente na recusa de uma proposta, do Brasil, de conotação religiosa¹³⁵⁹ - ainda que, semelhante laicidade resulte da circunstância de a temática se apresentar controversa no próprio Ocidente¹³⁶⁰, e, não, ou não tanto, de uma autêntica demanda do universalismo.

10.1.1.1. FUNDAMENTO

I - Em geral, os Direitos Humanos ostentam, enquanto seu fundamento elementar, a dignidade da pessoa humana, como sugere, imediatamente, a designação escolhida.

E, especificamente, o mesmo se observa no que concerne à Declaração Universal dos Direitos Humanos (Preâmbulo, parágrafo 1º e 5º, e art. 1º e 23º).

II – Perfilando-se os Direitos Humanos como uma criação dos próprios Estados, sobretudo, dos Estados a que subjazem as heranças greco-romana e cristã, é extensível à concepção de dignidade humana adotada em sede internacional, *mutatis mutandis*, o afirmado, em sede interna, para os Direitos Fundamentais.

¹³⁵⁷ No mesmo sentido, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 31: “a Declaração Universal e, conseqüentemente, todo o sistema internacional de Direitos Humanos, traduz a ideologia liberal e a sua concepção dos direitos naturais”.

¹³⁵⁸ No mesmo sentido, Queiroz, *A proteção...*, p. 86: “os Direitos do Homem (...) refletem (...) o ideal da democracia liberal ocidental. Por isso a Declaração reconhece quase que exclusivamente os direitos civis e de participação política, numa conotação substancialmente individualista”.

¹³⁵⁹ “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Criados à imagem e semelhança de Deus, são dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros como irmãos”; *cit. in* Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 26.

¹³⁶⁰ “Parece encontrar a sua explicação no facto de se pretenderem evitar futuras discussões sobre uma questão, controversa no próprio Ocidente, que é a de saber se os Direitos Humanos dimanam da natureza humana (ou dignidade da pessoa humana), ou da dignidade transcendente da pessoa humana ou, noutras palavras, da dignidade da pessoa concebida como o único ser criado à imagem e semelhança de Deus”; assim, Cabrita, *Direitos Humanos...*, pp. 27 e 28.

10.1.1.2. OBJETO

I - A Declaração Universal dos Direitos Humanos é composta por um Preâmbulo e trinta artigos, contemplando três grupos de disposições, distribuídos entre fundamentos, princípios e direitos.

De entre estes últimos, privilegia, manifestamente, os direitos de liberdade (art. 3º a 21º) por contraste com os designados direitos sociais (art. 22º a 27º).

E, de entre os direitos de liberdade, faz, indubitavelmente, preponderar os direitos pessoais (art. 3º a 20º) sobre os direitos políticos (art. 21º).

II - Quanto aos direitos de liberdade, elenca, como direitos civis, designadamente, o direito à vida (art. 3º) - embora sem a garantia da proibição da pena de morte (art. 3º, *a contrario*) - os direitos à integridade (art. 5º e 12º), à personalidade (art. 6º), à liberdade física (art. 3º, 4º e 9º), à liberdade de circulação (art. 13º), à nacionalidade (art. 15º), à segurança (art. 3º), ao asilo (art. 14º), à intimidade da vida privada e familiar (art. 12º), ao casamento e à constituição de família (art. 16º), as liberdades de consciência, de pensamento e religião (art. 18º), de opinião e de expressão (art. 19º), de reunião e de associação (art. 20º), as garantias penais (art. 11º) e, em plano adjetivo, mas não menos relevante, as garantias de um processo equitativo (art. 10º) e as garantias processuais penais (art. 11º).

Menção autónoma justifica o direito de propriedade (art. 17º), não só pela sua consagração enquanto verdadeiro direito humano, mas, sobretudo, por uma adequada inserção, entre os direitos de liberdade e, não, no interior dos designados direitos sociais.

III - Os remanescentes direitos de liberdade, os direitos políticos, recebem um tratamento sintético (art. 21º), destacando-se o direito de sufrágio.

Aqui com a peculiaridade de admitir, em alternativa ao voto secreto, um procedimento equivalente, desde que salvaguardando a liberdade de voto (art. 21º, nº 3).

IV - Em último lugar, os designados direitos sociais reportam-se, essencialmente, ao trabalho (art. 23º, 24º e 25º), à saúde (art. 25º), à educação (art. 26º) e à cultura (art. 27º).

10.1.1.3. NATUREZA

I - A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é, nunca foi, e jamais será, um tratado internacional.

Não aspira, originariamente, à vinculação, e em consequência, não estabelece os mecanismos jurídicos adequados a um procedimento dirigido a semelhante vinculação.

Não obstante, hodiernamente, assume uma natureza, em parte, vinculativa - independentemente da receção operada pelo Direito Interno português (art. 16º, nº 2).

II – Geneticamente, essa vinculatividade decorre da inexistência de votos no sentido oposto ao da sua aprovação, sem embargo da verificação de relevantes abstenções.

Supervenientemente, essa adstrição internacional resulta da aceitação e da implementação, fácticas, de um segmento alargado das respetivas normas pela generalidade dos Estados.

Emergindo, conseqüentemente, enquanto fonte, reflexa, de Direito Internacional geral consuetudinário (art. 38º, nº 2, Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça)¹³⁶¹.

Mais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim consuetudinizada, deve entender-se não só como um ato internacional vinculativo, mas, inclusive, como um ato vinculativo *ius cogens*.

III – Não obstante, afigura-se, sob diversos ângulos, como uma obrigatoriedade parcial.

De um lado, atentas as sucessivas resistências observadas na comunidade internacional.

Primeiro, no conspecto dos procedimentos de autodeterminação e independência e, mais recentemente, em razão de uma progressiva e globalizada afirmação do mundo islâmico.

De um outro lado, considerando que a aludida obrigatoriedade se circunscreve aos direitos de liberdade, aos direitos civis e políticos, não compreendendo, de nenhum possível modo, os designados direitos sociais, os direitos económicos, sociais ou culturais¹³⁶².

10.1.1.4. PRINCÍPIOS

I - O princípio da universalidade está expresso no texto (Preâmbulo, parágrafos 6º e 8º, e art. 21º, nº 3).

Mas, sobretudo, encontra-se nele implícito, designadamente, nas locuções todos (art. 1º, 3º, 6º, 7º, 15º, 19º, 23º, 26º e 27º), toda a pessoa (art. 8º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 17º, 18º,

¹³⁶¹ No mesmo sentido, Martins, *op. cit.*, p. 127: “não existe qualquer dúvida quanto ao carácter vinculativo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ora, esse carácter vinculativo só pode fundamentar-se no costume internacional”.

¹³⁶² No mesmo sentido próximo, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 60: “estão em minoria aqueles que entendem que todos os preceitos da Declaração são costumes internacionais”.

20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º e 28º), ou mesmo, ninguém (art. 4º, 5º, 9º, 11º, 12º, 15º, 17º, 20º e 29º)¹³⁶³.

II - O princípio da igualdade, por seu turno, é recortado de forma, duplamente, expressa. Desde logo, numa sua valência positiva, afirmativa (Preâmbulo, parágrafos 1º e 5º; e art. 1º, 7º, 10º, 16º, 21º, 23º e 26º).

Depois, numa outra vertente, negativa, enquanto proibição da discriminação - em rigor, enquanto proibição da discriminação negativa (art. 2º e 16º).

III - A liberdade erige-se como verdadeiro princípio, ao lado dos da universalidade e da igualdade (art. 1º), em clara rutura, pois, com o modelo definido pelo Direito Interno¹³⁶⁴.

Não obstante tal liberdade surgir, igualmente, referenciada como direito (art. 3º, 4º, e 9º).

IV - Por seu turno, o princípio de confiança plasma-se, designadamente, em sede criminal, nos sub-princípios da juridicidade - ou da legalidade - da proibição da retroatividade, e do tratamento mais favorável (art. 11º, nº 2).

V - O princípio da proporcionalidade releva, usualmente, quanto aos condicionamentos.

Neste texto, porém, surge conexionado, diretamente, com os Deveres Humanos (art. 29º).

Assim, quando a Declaração estatui que, ninguém se encontra sujeito senão às limitações estabelecidas 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 (art. 29º, nº 2).

10.1.1.5. REGIME

I - Nenhum dos Direitos Humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos possui nem precetividade, nem, conseqüentemente, aplicabilidade direta ou imediata.

¹³⁶³ Em sentido próximo, Queiroz, *A proteção...*, p. 86: “a Declaração não é dita ‘internacional’, mas ‘universal’, gozando de um âmbito de aplicação e irradiação que vai muito para além da própria ONU”.

¹³⁶⁴ No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 841: “o princípio da liberdade jamais foi invocado nas vestes de liberdade geral de ação” (no Direito Constitucional português).

De facto, no plano internacional, esta depende da intervenção de fonte diversa, o costume, e, no plano interno, porventura, da Constituição, ou do próprio ato legislativo ordinário.

No entanto, cumpre distinguir entre esta insusceptibilidade de aplicação direta e imediata, decorrente da natureza não vinculativa da fonte original, e uma outra insusceptibilidade de aplicação direta e imediata, resultante de carência de determinabilidade dos direitos.

Assim, os direitos civis e políticos, uma vez consuetudinários, são suscetíveis de invocação pelos indivíduos, sem necessidade de mediação de quaisquer outras normas.

Admitindo que, em razão da paridade hierárquica de fontes jurídicas entre o tratado e o costume, a fundamentalidade internacional não exigirá a elaboração de novo ato escrito.

Ao invés, os designados direitos sociais exigem, não apenas idêntica juridicização, por via da prática seguida, mas, ainda, determinação, futura e eventual, em ato complementar.

Mais tipicamente, em tratado, menos frequentemente, em ato constitucional ou ordinário.

II – No que tange aos condicionamentos, importa distinguir entre os limites e restrições.

Os limites, expressos no próprio texto, relacionam-se, antes de mais, com a observância dos fins e dos princípios das Nações Unidas (art. 29º, nº 3), mas compreendem, também, limites específicos, nomeadamente, quanto ao direito de asilo (art. 14º, nº 2).

Igualmente prevista, e com fundamentos próximos dos dos limites (art. 29º, nº 2), surge a possibilidade de superveniente restrição desses Direitos Humanos - ainda que esta específica locução não seja utilizada (art. 29º, nº 2).

III - Uma virtual revisão da Declaração Universal dos Direitos Humanos - não se colocando, sequer, em causa, uma eventual modificação - suscita algumas perplexidades.

Em primeiro lugar, porque, não sendo um tratado, não se rege pelas normas àqueles atos aplicáveis (Convenção de Viena de 1969 sobre o Direitos dos Tratados entre Estados).

Em segundo lugar, porque o costume internacional formado não assume carácter originário, mas carácter derivado, derivado do texto declarativo escrito que o antecede.

E, em terceiro lugar, porque, no que se refere aos - claramente maioritários - direitos de liberdade, as normas nos quais se preveem configuram inequívoca natureza *ius cogens*.

Ainda assim, nenhum dos fundamentos expostos impede essa revisão, nem, sequer, a disciplina do seu procedimento pelas normas trataduais estabelecidas para a *hard law* (art. 39º, segs., Convenção de Viena de 1969 sobre o Direitos dos Tratados entre Estados).

Na verdade, se essas normas são suscetíveis de aplicação, inclusive, aos acordos internacionais em forma não escrita (art. 3º, Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados), por absoluta maioria de razão o devem ser a este ato escrito, originariamente não vinculativo, decerto, mas, posteriormente, consuetudinário.

Ponto é, quanto aos direitos de liberdade, que a revisão obedeça aos preceitos reguladores do *ius cogens*, contendo-se em ato de Direito Internacional dotado de idêntica natureza (art. 53º, Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

Sem embargo, esse procedimento revisório exigiria a formação, subsequente, de um novo costume, no que se refere a todas as matérias objeto da vicissitude, em ordem à continuação da vinculatividade jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

10.1.1.6. TUTELA

I - Os direitos de liberdade examinados afirmam-se como posições ativas subjetivas, apesar de não deterem, enquanto realidades costumeiras, uma justicialidade, rigorosamente, idêntica, à dos direitos de liberdade contidos em tratados.

Ao invés, os designados direitos sociais não podem ser entendidos senão - e, aqui, por maioria de razão - como expectativas fácticas, cuja transmutação em direitos pressupõe sempre a existência da uma vontade política, superveniente e extrínseca.

Mais: duplamente superveniente, e duplamente extrínseca, quer ao próprio texto declaratório não vinculativo, quer ao costume adstringente com base naquele formado.

Carecendo, assim, em absoluto, de qualquer possível - ainda que atenuada - justicialidade.

II - Acresce que, em sede de tutela, a distinção entre os dois tipos de entes jurídicos surgiria menos relevante, se o texto examinando conservasse a original natureza de *soft law*.

Mas não é assim, considerada a vinculatividade, e a vinculatividade *ius cogens*, supervenientemente adquirida, no que respeita aos direitos de liberdade, civis e políticos.

10.1.2. PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

I - O Direito Internacional Geral, de uma forma tecnicamente mais esclarecida do que o Direito Constitucional português atual, contrapõe, de forma absoluta, os direitos civis - ou pessoais - e os direitos políticos, aos designados direitos económicos, sociais e culturais.

Plasmando-os em dois tratados internacionais gerais distintos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Pactos estes que estruturam, nuclearmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

II - A opção pela feitura de dois instrumentos internacionais, formal e substancialmente autónomos, afasta quaisquer dúvidas sobre uma sua natureza jurídica, mais do que distinta, manifestamente oposta¹³⁶⁵.

Aliás, é a própria Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que fundamenta a solução adotada na clivagem patente entre, de um lado, os direitos subjetivos de liberdade e, de um outro lado, as expectativas fácticas de direitos sociais¹³⁶⁶.

III - Demonstra-se, pois, uma vez mais, a correspondência direta - ou mesmo, a global sinonímia - entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

E resulta claro, igualmente, que a pretensa unidade e a putativa indivisibilidade dos Direitos Humanos¹³⁶⁷, se bem que quase-unanimemente proclamadas, surgem, na verdade, como mera retórica política internacional¹³⁶⁸.

Aliás, o posicionamento jurídico-político dos Estados Unidos da América, ao ratificarem o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, e ao recusarem a ratificação do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, mostra, de forma inequívoca, a inexistência dessa unidade ou indivisibilidade¹³⁶⁹.

¹³⁶⁵ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 150: “do ponto de vista jurídico, é uma evidência que nem todos os direitos se situam ao mesmo nível, nem obedecem ao mesmo regime jurídico”.

¹³⁶⁶ “Os direitos civis e políticos (...) têm essencialmente uma função de defesa ou de não interferência do Estado (...), os direitos económicos, sociais e culturais (...) não podem ser assegurados sem a intervenção do Estado”; “os direitos civis e políticos são direitos com aplicabilidade imediata (*self executing*) (...), os direitos económicos, sociais e culturais são aspirações político-sociais, programas de ação ou princípios orientadores do Estado cuja realização se deve concretizar de modo progressivo em função dos recursos económicos do Estado”; “os direitos civis e políticos são justiciáveis (*justiciable*) entendendo-se como tal a possibilidade de o titular dos direitos poder recorrer aos Tribunais para acionar judicialmente a satisfação da sua pretensão contra o Estado (...), os direitos económicos, sociais e culturais (...) dependem da implementação de políticas sociais, as quais, por sua vez, estão sujeitas às condições económicas de cada momento, condições estas que não podem ser asseguradas juridicamente”; assim, Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, *cit. in* Cabrita, *Direitos Humanos...*, pp. 67 e 68.

¹³⁶⁷ Em sentido oposto, Queiroz, *A proteção...*, p. 89: “são, numa palavra, direitos indivisíveis e interdependentes”.

¹³⁶⁸ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 175: “não se deve (...) esquecer que os princípios da indivisibilidade e da universalidade dos Direitos Humanos impedem a subalternização de uns direitos em relação aos outros”; e Tavares, *op. cit.*, p. 37: “para reforçar a noção de indivisibilidade dos Direitos Humanos, refletida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos foram adotados em simultâneo”.

¹³⁶⁹ Em sentido próximo, Martins, *Direito Internacional...*, p. 85: os direitos económicos, sociais e culturais “refletem uma conceção não ocidental dos Direitos Humanos”.

10.1.2.1. PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

10.1.2.1.1. FUNDAMENTO

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos encontra, igualmente, como seu principal esteio, a dignidade da pessoa humana (Preâmbulo, parágrafo 1º e 2º, e art. 10º).

Sem embargo da inexistência de densificação jurídica, adicional, nesta sede, por reporte à anterior Declaração Universal dos Direitos Humanos.

10.1.2.1.2. OBJETO

I - O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos disciplina, essencialmente, os direitos civis (art. 6º a art. 24º).

Designadamente, o direito à vida (art. 6º) - com subsistência da admissibilidade da pena de morte - os direitos à integridade (art. 7º), à personalidade (art. 16º), à liberdade física (art. 9º e 8º), à liberdade de circulação (art. 12º), à segurança (art. 9º), à intimidade da vida privada e familiar (art. 17º), ao casamento e constituição de família (art. 23º).

Bem como, as liberdades de consciência, pensamento e religião (art. 18º), de opinião e de expressão (art. 19º), de reunião (art. 21º) e de associação (art. 22º).

E, ainda, as garantias penais (art. 15º), ou, no plano adjetivo, as garantias de um processo equitativo (art. 14º), e, mais especificamente, as garantias processuais penais (art. 14º).

II - Complementarmente, o texto examinando reporta-se aos direitos políticos (art. 25º).

Mormente, ao direito, nuclear, de sufrágio (art. 25º, al. b)) mas, também, aos direitos de participação na direção dos negócios públicos (art. 25º, al. a)) e de acesso a funções públicas (art. 25º, al. c)).

III – Face à Declaração Universal dos Direitos Humanos, observam-se mutações relevantes.

Desde logo, por não se prever o estruturante - e pessoal - direito de propriedade privada, no que é uma concessão, evidente, do bloco liberal ocidental ao bloco de leste socialista.

E, igualmente, por não estar consagrado o direito de asilo, opção bizarra num tratado de inquestionável vocação universalista e, porventura, em nova concessão do mesmo jaez.

Depois, por ser estabelecida uma ligação, incindível, entre o direito de sufrágio e a necessária secretude do mesmo, com recusa de outras - putativas - formas de manifestação de vontade eleitoral, traduzindo um afastamento da opção comunista (art. 25º, *in fine*).

No fim, por se operar, inovadoramente, uma consagração dos direitos da criança (art. 24º).

10.1.2.1.3. NATUREZA

I - No plano técnico-jurídico, os Direitos Humanos de liberdade, constantes deste Pacto afirmam-se, cumulativamente, direitos subjetivos, naturais, universais, negativos, determinados, preceativos, vinculantes, incondicionados e justiciáveis.

II – Os direitos civis e os direitos políticos são direitos subjetivos, faculdades jurídicas dos indivíduos de exigir aos poderes estaduais - nacionais e, inclusive, estrangeiros - a respetiva observância (art. 2º, nº 1).

Nuns casos, deferindo esse cumprimento às normas constitucionais, ou, quiçá, legais, (art. 2º, nº 1) e, noutros, se aquelas inexisterem, implicando a feitura das disposições que se considerem necessárias à obtenção desse resultado (art. 2º, nº 2).

III - Os direitos civis e políticos são, na origem, direitos naturais, direitos inerentes ao Homem, direitos que emanam, diretamente, da razão humana.

Nos quais, tanto a positivação como a tipificação surgem, essencialmente, declarativas.

São direitos cujo fundamento, indeclinável, é a dignidade inerente a todos os membros da família humana, a dignidade da pessoa humana (Preâmbulo, parágrafos 1º e 2º).

IV - Os direitos civis e políticos são direitos universais, direitos de todos os indivíduos.

Sem diferenciação temporal, porque independentes de um circunstancialismo histórico.

E sem diferenciação espacial, porque suscetíveis de gozo no território de qualquer Estado.

V - Os direitos civis e políticos são direitos, essencialmente, negativos, postulando, sobretudo, uma abstenção do poder.

Mesmo se não devem confundir-se os direitos de liberdade, tendencialmente, negativos, com as garantias, tipicamente, positivas, sobre esses direitos de liberdade¹³⁷⁰.

Na verdade, ainda que o próprio direito não implique uma prestação, a correspondente garantia sugere sempre, pela natureza das coisas, tal necessidade (art. 2º, nº 1).

VI - Os direitos civis e políticos são direitos determinados, imediatamente determinados, pelos próprios tratados-base que os consagram.

Possuindo o grau de densidade normativa indispensável à sua identificação conteudística, desnecessitando de uma subsequente intervenção do legislador nacional.

VII - Os direitos civis e políticos são, também, direitos precativos, direitos cuja existência não implica a conclusão de novos tratados.

Sem prejuízo de, uma nova intervenção normativa poder revelar-se adequada, ou ao desenvolvimento, ou à especificação, dos direitos previstos.

E são, igualmente, direitos que independem, regra geral, de atos normativos complementares internos.

Não obstante poderem ser reproduzidos, ou, quiçá, transpostos, pelos direitos constitucionais ou legais.

Designadamente, sempre que o estágio de evolução dos Direitos Humanos, ou de parte deles, se revele superior ao dos Direitos Fundamentais (art. 2º, nº 2).

VIII - Os direitos civis e políticos são direitos vinculativos, não consentindo escolha entre a sua efetivação, ou não efetivação¹³⁷¹, nem, outrossim, faseamento, graduação, ou priorização.

Apresentando-se, na verdade, indissociáveis da conformação do Estado de Direito e do Estado democrático - ou, até mesmo, da própria existência da realidade Estado.

¹³⁷⁰ Em sentido diverso, Martins, *Direito Internacional...*, p. 130: “os chamados direitos negativos também incluem uma obrigação positiva”; “vertente positiva - é a obrigação de implementar o direito. Os Estados têm de adotar a legislação e outras medidas necessárias para assegurar às vítimas a reparação de violações de Direitos Humanos”.

¹³⁷¹ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 240: “as obrigações sob o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos são de tal ordem que a sua implementação reveste-se de uma caráter de imediatismo, a requerer medidas concretas dos Estados-Partes; não se trata, pois, de um instrumento de promoção dos Direitos Humanos, uma vez que cria obrigações imediatas para os Estados Partes”.

O que não significa que não admitam condicionamentos, quer no que tange a limites, quer em sede de restrição (art. 5º), quer, mais excepcionalmente, de derrogação (art. 4º).

IX - Os direitos civis e políticos são, ainda, direitos - duplamente - incondicionados.

Ao negarem aos Estados a afirmação de uma reserva política decisória, e, simultaneamente, ao não dependerem de uma possível invocação, por parte dos mesmos, de uma reserva financeira.

X – Por último, os direitos civis e políticos são direitos justiciáveis, são direitos tuteláveis.

Os Estados encontram-se obrigados não só a respeitá-los, mas a garanti-los (art. 2º, nº 1).

E a garanti-los não apenas juridicamente, mas jurisdicionalmente (art. 2º, nº 3, al. a) e b)).

Mais: a fazê-lo, quer em sede declarativa, quer no plano executório (art. 2º, nº 3, al. c)).

Contudo, no âmbito internacional, geral, a justicialidade afirma-se, ainda, assaz limitada.

Sem prejuízo da incidência de semelhante justicialidade (art. 5º, Estatuto do Tribunal Penal Internacional), precisamente, nos direitos civis mais relacionados com a pessoa humana, *maxime*, no tríptico, direito à vida, direito à integridade e direito à liberdade.

10.1.2.1.4. PRINCÍPIOS

10.1.2.1.4.1. UNIVERSALIDADE

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos não contém, no seu texto prescritivo, uma afirmação, generalista e autonomizada, do princípio de universalidade.

Na verdade, tal princípio apenas se encontra enunciado, expressamente, no âmbito dos direitos políticos, por referência ao sufrágio universal (art. 25º).

Implicitamente, porém, decorre das expressões todos (art. 1º, 2º, 10º e 14º), ninguém (art. 6º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º, 14º, 15º, 17º, 18º, 19º), ou mesmo, nenhum (art. 23º).

10.1.2.1.4.2. IGUALDADE

I - Em contraste, o princípio da igualdade é objeto de um tratamento explícito e, simultaneamente, integrado (art. 26º).

II - Em primeiro lugar, compreendendo uma vertente de natureza positiva (art. 26º, 1ª parte), vertida na afirmação de que todos os indivíduos são iguais perante o Direito, gozando de uma mesma proteção jurídica (art. 26º, 1ª parte).

E reforçada, aliás, quanto à igualdade entre homens e mulheres (art. 3º), à igualdade no casamento (art. 23º), à igualdade no foro penal e processual penal (art. 14º), e à igualdade política (art. 25º).

III - Em segundo lugar, incorporando uma vertente de natureza negativa, negativa, no sentido da não discriminação, do impedimento de discriminação negativa (art. 26º, 2ª parte).

Designadamente, para todos os casos em que lhe esteja subjacente a raça, a cor, o sexo - hodiernamente, o género - a língua, a religião, a opinião política ou qualquer outro tipo de opinião, a origem nacional ou social, a propriedade e o nascimento (art. 26º, 2ª parte).

Prescrição, à qual acresce outra, de alcance mais geral, mas conteúdo próximo, relativa aos deveres jurídicos assumidos pelos Estados no momento da vinculação (art. 2º, nº 1).

Ambas as cláusulas não-discriminatórias (art. 26º, 2ª parte, e art. 2º, nº 1) assumem, não obstante a sua extensão, uma natureza exemplificativa e não taxativa (art. 26º, *in fine*).

IV – O tratado examinando reporta-se, ainda, em termos mais específicos, à igualdade positiva, a propósito da tutela jurisdicional (art. 14º, nº 1), das garantias penais (art. 14º, nº 3), do casamento, quer na constância do mesmo, quer aquando de uma dissolução (art. 24º, nº 4), ou dos direitos políticos (art. 25º).

E, outrossim, à igualdade negativa, compreendendo menções especiais à não-discriminação no que tange às crianças (art. 24º, nº 1), ou ao ódio nacional, racial e religioso (art. 20º).

Por último, é a própria suscetibilidade de derrogação de normas deste instrumento internacional que se vê condicionada por exigências de não-discriminação (art. 4º, nº 1).

10.1.2.1.4.3. OUTROS PRINCÍPIOS

I – Um princípio de liberdade - e não, apenas, um conjunto de direitos de liberdade - revela-se transversal a todo o presente Pacto (Preâmbulo, parágrafo 1º).

Coerentemente com o facto de o mesmo incidir, em exclusivo, sobre direitos de liberdade.

II - O princípio da proporcionalidade é visível, sobretudo, no conspecto da derrogação de direitos (art. 4º).

No entanto, encontra-se patente, em termos mais circunstanciados, no que concerne à restrição de alguns direitos (art. 12º, 14º, 18º, 21º, 22º e 23º).

III - O princípio da confiança resulta, designadamente, em sede criminal, dos sub-princípios da juridicidade, da proibição da retroatividade e do tratamento mais favorável (art. 15º, nº 1).

Contudo, a imputação penal não é excluída, mesmo na ausência de norma estadual escrita, sempre que os atos praticados sejam considerados criminosos à luz dos princípios gerais de Direito reconhecidos pela Comunidade Internacional (art. 15º, nº 2).

IV - O princípio da responsabilidade afirma-se, preponderantemente, no âmbito do direito criminal, sinalizando considerável progressão em relação ao texto pretérito.

Assim, beneficiam do direito subjetivo a uma indemnização, pelos danos sofridos, quaisquer indivíduos vítimas ou de prisão, ou de detenção, ilegais, bem como de quaisquer erros judiciais (art. 9º, nº 5, e art. 14º, nº 6).

10.1.2.1.5. REGIME

10.1.2.1.5.1. PRESCRITIVIDADE

Os direitos civis e os direitos políticos contidos neste instrumento jushumanístico afirmam-se preceitos por deterem, necessariamente, um mínimo de determinabilidade.

Revelando-se aptos a gerar efeitos, diretos e imediatos, na esfera jurídica dos indivíduos e dispensando quaisquer outros atos complementares ou acessórios, tanto de âmbito internacional como do foro interno.

O que não inibe a sua reprodução, ou transposição, pelos Direitos Internos sempre que o estágio de evolução do Direito Internacional emergja, neste plano, superior (art. 2º, nº 2).

Aliás, nenhum condicionamento dos Direitos Fundamentais é admissível sob o pretexto de os Direitos Humanos não os reconhecerem, ou de os reconhecerem em menor grau (art. 5º, nº 2).

10.1.2.1.5.2. VINCULATIVIDADE

I - Configurando um tratado, e encontrando-se vigente, o Pacto reveste força vinculativa.

Mais: neste caso, a integralidade do catálogo assume um carácter jurídico de *ius cogens*.

Logo, não é admissível escolha, constitucional, entre a efetivação ou não efetivação das posições jurídicas ativas que o integram, porque estas surgem indissociáveis da existência do próprio Estado.

II - O Pacto ostenta força vinculativa para os Estados, destinatários primeiros das normas internacionais (art. 2º).

Mas, patenteia força vinculativa, igualmente, para os indivíduos, que, hoje, se afirmam, sem margem para dúvida, sujeitos ativos e passivos de Direitos Humanos.

De onde, nenhum desses indivíduos tem o direito a praticar quaisquer atos visando a destruição dos direitos civis ou políticos dos remanescentes indivíduos (art. 5º, nº 1).

10.1.2.1.5.3. CONDICIONAMENTOS

I – No que tange aos condicionamentos jurídicos aqui previstos, importa diferenciar o limite, originário, das, supervenientes, restrição (art. 5º) e derrogação (art. 4º).

II - O limite é o condicionamento que inere à definição do direito, à sua extensão e alcance, porque se encontra ínsito - ou, se se pretender, imanente - no direito.

Desse modo, surge, ou aquando da conclusão do tratado internacional no qual o direito se inscreve, ou, eventualmente, da sua correspondente revisão.

III – No que concerne à restrição, o texto identifica os direitos relativamente aos quais esta figura é, expressamente, admissível (art. 12º, 14º, 18º, 21º, 22º e 23º).

E, embora não esclarecendo o texto, se os outros direitos, mesmo sem previsão expressa, são, igualmente, suscetíveis de restrição, a resposta não pode deixar de ser afirmativa, atenta a típica conflitualidade entre Direitos Humanos¹³⁷².

¹³⁷² Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 130: os Estados não podem restringir o exercício dos direitos, se essas restrições não forem, expressamente, permitidas”.

Nos casos em que surge expressa, a admissibilidade da restrição depende da observância de dois pressupostos (art. 12º, nº 3, 18º, nº 3, 19º, nº 3, 21º, 22º, nº 2, e 25º, proémio).

De um lado, a salvaguarda de outros direitos ou valores, como a segurança, a ordem pública, a saúde pública, ou a moralidade pública.

E de outro lado, a proporcionalidade, logo, a necessidade, a adequação e a racionalidade.

IV – O instituto da derrogação, emergente dos Direitos Humanos, configura, em relação a estes, paralelismo com o da suspensão, previsto para os Direitos Fundamentais.

Refletindo, assim, um condicionamento de carácter excepcional, só admissível em situações de estado de necessidade constitucional, em casos de emergência pública (art. 4º, nº 1).

E, mais, de uma emergência pública formalmente declarada, em momento anterior, e de acordo com os procedimentos constitucionais internamente estabelecidos (art. 4º, nº 1).

Aliás, assumindo a natureza de um poder-dever, considerada a existência de risco de colapso da própria Nação (art. 4º, nº 1) - não obstante a fraseologia podem (art. 4º, nº 1), ou, têm o direito a (art. 4º, nº 3).

A derrogação tem vigência temporária, embora, na verdade, indeterminada, internacionalmente, no que concerne à respetiva extensão temporal (art. 4º, *a contrario*).

Os Estados estão adstritos, num momento inicial, a informar os outros Estados, por intermédio do secretário-geral da Organização das Nações Unidas, acerca das disposições derogadas, e dos motivos dessa derrogação (art. 4º, nº 3).

Sendo necessária comunicação idêntica no que tange ao momento final da vicissitude (art. 4º, nº 3).

V - A derrogação de Direitos Humanos implica o condicionamento do exercício das posições jurídicas ativas, não o condicionamento da respetiva titularidade.

Acresce que, mesmo em caso de inexercício total de cada um dos direitos derogados, impõe o respeito pelo princípio da proporcionalidade, não devendo as medidas adotadas ultrapassar, qualitativa e quantitativamente, a extensão demandada pela situação (art. 4º, nº 1).

Usualmente, consubstancia-se numa derrogação normativa, operada por atos gerais e abstratos, mas não fica afastada a derrogação não normativa - como sugere a locução medidas (art. 4º, nº 1).

VI – Dada a possível extensão total da derrogação, fica interdita a derrogação dos direitos civis mais relevantes e, sobretudo, dos direitos civis mais conexos com a dignidade da pessoa humana (art. 4º, nº 2), embora não dos direitos políticos (art. 4º, nº 2, *a contrario*).

Concretamente, dos direitos à vida (art. 6º), à integridade (art. 7º) e à personalidade (art. 16º), de parte do direito à liberdade física (art. 8º, parágrafos 1º e 2º e 11º,) das liberdades de pensamento, de consciência e de religião (art. 18º) e das garantias penais (art. 15º).

Constrangimentos adicionais resultam, igualmente, da incompatibilidade da derrogação com as obrigações resultantes de outras normas do Direito Internacional (art. 4º, nº 1).

E, finalmente, emergem da insusceptibilidade de discriminação fundada, apenas, sobre a raça, a cor, o sexo - género - a língua, a religião, ou a origem social (art. 4º, nº 1).

VII – Entretanto, os mecanismos garantísticos vocacionados para a aferição da conformidade deste ato derogatório com as normas pactícias examinadas são escassos.

De facto, este instrumento jushumanitário limita-os aos relatórios e às comunicações, quer inter-estaduais (art. 40º, 41º e 42º), quer de origem individual (art. 1º, Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos)¹³⁷³.

Logo, imprevendo quaisquer meios de tutela jurisdicionais (art. 40º, 41º e 42º, *a contrario*).

10.1.2.1.5.4. REVISÃO

A revisão - ou, porventura, a modificação - do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, apresenta-se, juridicamente, possível (art. 51º; e art. 39º e segs., Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados).

Desde que, observados os limites definidos, em sede de *ius cogens* (art. 53º, Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados), para a globalidade destes direitos de liberdade.

No entanto, politicamente, semelhantes vicissitudes afiguram-se, de todo, inexecutáveis.

¹³⁷³ Em sentido próximo, Martins, *Direito Internacional...*, p. 155: “os abusos desta cláusula só se conseguiriam evitar se se limitasse o poder arbitrário do Estado por meio de um órgão internacional encarregue de apreciar se o perigo público invocado justificaria ou não o recurso ao direito de derrogação”.

Efetivamente, o dismantelamento dos blocos político-ideológicos existentes aquando da respetiva elaboração, conduz a um alargamento sensível do número de Estados, e uma maior heterogeneidade dos mesmos, inviabilizando um eventual consenso revisório.

10.1.2.1.6. TUTELA

No que se reporta ao modelo garantístico estabelecido para os direitos civis e políticos, cumpre distinguir entre a tutela jurisdicional e a tutela não jurisdicional.

10.1.2.1.6.1. JURISDICIONAL

I – Em sede de tutela jurisdicional, destaca-se, claramente, o Tribunal Penal Internacional.

O respetivo Estatuto tem origem na Organização das Nações Unidas, sendo elaborado pela Comissão do Direito Internacional, discutido pela Assembleia Geral, e adotado em Roma, em 1998, no quadro de uma conferência internacional¹³⁷⁴, iniciando-se a vigência em 1 de julho de 2002¹³⁷⁵.

Mais recentemente, em 2010, opera-se a sua revisão, dela emergindo, nomeadamente, uma tipificação mais precisa e adequada do crime de agressão (art. 8º, Estatuto de Roma).

II – A instituição do Tribunal Penal Internacional significa, para os Direitos Humanos, um relevante progresso¹³⁷⁶.

Contudo, este detém uma jurisdição - ainda - secundária, porquanto meramente complementar das jurisdições penais dos Estados membros (art. 1º, Estatuto de Roma).

Assim, a respetiva intervenção incide, exclusivamente, sobre indivíduos responsáveis por factos criminosos de alcance internacional, extensão subjetiva alargada, e superior gravidade (art. 1º, Estatuto de Roma).

¹³⁷⁴ O projeto foi “apresentado à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1994; e foi a Assembleia Geral que instituiu o Comité *Ad Hoc* (1994) e o Comité Preparatório (1995) sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”; assim, Tavares, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁷⁵ “Tendo o seu primeiro julgamento tido início a 26 de janeiro de 2009”; assim, Tavares, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁷⁶ Em sentido oposto, Neves, *op. cit.*, p. 625: “apesar de um intenso desenvolvimento no plano dos textos normativos, os Direitos do Homem têm sobretudo uma força simbólica no domínio internacional. A concretização e a realização das normas internacionais relativas à proteção dos Direitos do Homem continuam (...) muito limitadas”.

Abrangendo, apenas, os crimes de genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra, e os crimes de agressão (art. 5º, nº 1, 6º, 7º e 8º, Estatuto de Roma).

Os quais, todavia, protegem, diretamente, os mais relevantes de entre os mais relevantes, Direitos Humanos, a saber, o direito à vida, o direito à integridade, e o direito à liberdade.

III - O Estado português aceita, de forma expressa (art. 7º, nº 7) a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, apesar de uma possível auto-derrogação constitucional quanto à matéria da duração das penas (art. 30º, nº 1).

IV – Diferentemente, no que se refere ao Tribunal Internacional de Justiça, a legitimidade processual, quer ativa, quer passiva, é reservada, em exclusivo, aos Estados (art. 34º e 36º, Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça), e, assim, negada aos sujeitos individuais¹³⁷⁷.

10.1.2.1.6.2. NÃO JURISDICIONAL

I – A tutela não jurisdicional relativa ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos alberga dois distintos conjuntos de órgãos.

De uma parte, os instituídos pelo Pacto ou dele, ulteriormente, resultantes, e, de outra, os fixados na Carta das Nações Unidas e dotados de competências nesta matéria.

II - Originariamente, o texto em exame determina a existência de um órgão de garantia, a Comissão de Direitos Humanos (art. 28º, segs.).

Este órgão é composto por representantes de 47 Estados, eleitos pela Assembleia Geral.

E o respetivo Secretariado é assegurado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (1993), criado após a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena.

Ulteriormente, a Comissão dos Direitos Humanos é substituída pelo Conselho dos Direitos Humanos (2006)¹³⁷⁸.

¹³⁷⁷ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 20: “as Nações Unidas não dispõem ainda de um Tribunal de Direitos Humanos que julgue violações dos seus tratados nesta matéria”.

¹³⁷⁸ “O Conselho dos Direitos Humanos foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução nº 60/251, de 15 de março de 2006”; assim, Tavares, *op. cit.*, p. 76.

III - Enquanto mecanismos tutelares disponíveis, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos indica os relatórios (art. 40º) e as comunicações (art. 41º).

IV - Os relatórios são elaborados pelos Estados, ou em decorrência de uma obrigação constante de tratado, ou por iniciativa própria, ou a solicitação do Conselho dos Direitos Humanos (art. 40º, nº 1, al. a), e al. b)).

Resultam, igualmente, da atividade prosseguida por este último, e surgem, enquanto segmento, ou epílogo, de um procedimento desencadeado nesta matéria (art. 40º, nº 4, 41º, nº 1, al. h), e 42º, nº 7).

E integram um relatório sobre o labor desenvolvido, apresentado anualmente por aquele órgão jushumanitário, à Assembleia Geral das Nações Unidas, através do Conselho Económico e Social (art. 45º).

V - As comunicações podem ter, enquanto autores, antes de mais, os próprios Estados.

Exigem, contudo, um procedimento, adicional, de aceitação das mesmas (art. 41º, nº 1).

Procedimento esse, cumulativo à anterior vinculação ao Pacto, e cuja natureza voluntária, impede, aliás, com frequência, a respetiva implementação¹³⁷⁹.

Nesse quadro, se um Estado considerar que outro Estado incumpra as disposições do Pacto pode chamar-lhe a atenção, através de uma comunicação escrita (art. 41º, al. a)).

Porém, se a questão se tornar controvertida, e insuscetível de regulação satisfatória para ambos, qualquer deles detém legitimidade para notificar o Conselho dos Direitos Humanos, solicitando a correspondente intervenção (art. 41º, nº 1, al. b)).

No limite, é permitido a este órgão, com o prévio assentimento dos Estados, designar uma comissão de conciliação *ad hoc*, visando uma solução para o litígio (art. 42º, nº 1, al. a)).

VI - As comunicações podem, igualmente - e, decerto, muito mais eficazmente¹³⁸⁰ - ter os indivíduos como autores.

¹³⁷⁹ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 85: “todos os Comités dispõem hoje (...) de competência para examinar queixas apresentadas por particulares que se considerem vítimas de violação de um ou vários dos direitos previstos no tratado em causa. Apesar de importante, esta competência nunca é obrigatória, ou seja, é possível que um Estado seja parte num desses tratados, mas não reconheça a competência do comité em causa para o exame de queixas individuais (...). Para que tal suceda é necessária a prática de um ato adicional”.

¹³⁸⁰ No mesmo sentido, Martins, *op. cit.*, p. 134: a comunicação individual “consubstancia o mais eficaz sistema de comunicações a nível universal”.

Efetivamente, o primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos regula, com detalhe, as comunicações oriundas de tais indivíduos¹³⁸¹.

Não obstante, estas apenas se revelam exequíveis com a verificação de três pressupostos.

Caso o Estado ratifique o Protocolo (art. 8º) - dado que este é um tratado internacional.

Caso a vítima de violação dos direitos previstos esteja sob a sua jurisdição (art. 1º)¹³⁸².

E, por último, caso seja exaurida a totalidade dos recursos internos disponíveis (art. 2º).

VII – No plano prático, a implementação desta tutela não jurisdicional conhece três fases.

Inicialmente, a Comissão dos Direitos Humanos é limitada por uma deliberação (1947) que circunscreve a sua conduta a *standards* orientadores das ações estaduais¹³⁸³.

Mas, depois, torna-se-lhe possível a formulação de respostas às comunicações recebidas dos Estados e dos indivíduos, denunciando a violação de Direitos Humanos.

E, ulteriormente, é criado um procedimento urgente e, em simultâneo, cautelar (1980)¹³⁸⁴.

VIII – No que se refere aos órgãos tutelares extrínsecos ao Pacto, ou aos seus adjacentes Protocolos, destaca-se o Conselho de Segurança das Nações Unidas¹³⁸⁵.

Efetivamente, apesar de não lhe serem atribuídas, de modo expresso, tais competências, é possível sustentar que se encontrarão implícitas (*implied powers*) no conceito de ameaça à paz e à segurança internacionais.

¹³⁸¹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 184: “a Comissão dos Direitos Humanos não é competente para apreciar comunicações de associações, sociedades, partidos políticos ou de organizações não-governamentais”. Pode, contudo, apreciar uma comunicação comum a vários particulares, desde que cada um tenha um interesse pessoal em agir”.

¹³⁸² No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 185: “não é relevante se o indivíduo ainda se encontra sobre o território, nem se tem a nacionalidade do Estado onde forma cometidos atos contrários ao Pacto”.

¹³⁸³ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, pp. 248 e 249: “ficara decidido, em 1947, que não estaria habilitada a tomar quaisquer medidas práticas (ECOSOC, Resolução 75 (V), 5/8/47); (...); a função da Comissão seria antes a de estabelecer certos padrões (*standards*)”.

¹³⁸⁴ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 190: “a Comissão dos Direitos Humanos institucionalizou (...) um sistema de ações urgentes, que constitui um procedimento especial de natureza preventiva e cautelar”.

¹³⁸⁵ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 73: “a Carta não lhe atribui funções em sede de Direitos Humanos. Mas, progressivamente foi fazendo recair neles a sua atenção, sempre que estão subjacentes também problemas relativos à paz e segurança”.

Dir-se-á que o Conselho de Segurança não é o órgão mais adequado à prossecução da tarefa, dada a sua estrutura aristocrática e, mais, aristocrática seletiva - porquanto a sua composição decorre de uma relação de forças existente no termo da II Guerra Mundial¹³⁸⁶.

Ocorre que, essa função se revela insuscetível de atribuição à Assembleia Geral, na medida em que esta, embora patenteando uma estrutura, teoricamente, democrática - um Estado, um voto - é composta, sobretudo, por Estados não-democráticos, e, por consequência, reduzidamente vocacionados para o garantismo dos Direitos Humanos¹³⁸⁷.

10.1.2.2. PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais recorta-se menos elaborado do que o seu homólogo atinente aos Direitos Cíveis e Políticos, sem embargo de uma matriz, aparentemente, próxima.

10.1.2.2.1. FUNDAMENTO

O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais procura respaldo, também, dignidade da pessoa humana (Preâmbulo, parágrafo 1º e 2º, e art. 13º).

Rectius: numa dimensão segunda, complementar, social, da dignidade da pessoa humana.

10.1.2.2.2. OBJETO

I – O instrumento *sub judice* alberga um catálogo restrito de direitos (art. 6º a art. 15º).

Mais: não apenas restrito, como sobrefocado nos direitos laborais (art., 6º, 7º, 8º, 9º e 10º).

Apesar da disciplina, também, dos direitos à saúde (art. 12º), à educação (art. 13º e 14º), à cultura (art. 15º), de um - vago - direito ao bem-estar e à qualidade de vida (art. 11º).

¹³⁸⁶ No mesmo sentido, Neves, *op. cit.*, p. 628: “o Conselho de Segurança é um “organismo sem qualquer estrutura democrática”.

¹³⁸⁷ Em sentido diverso, Neves, *op. cit.*, p. 628: “os Estados Unidos “desenvolvem uma política intervencionista, tanto em nome da paz e da segurança internacional, como em nome dos Direitos do Homem, sem autorização do Conselho de Segurança”.

II – No confronto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, divisa-se, apenas nesta sede social, a autonomização do direito ao bem-estar e à qualidade de vida (art. 11º).

10.1.2.2.3. NATUREZA

I – Os designados Direitos Humanos sociais, previstos neste segundo Pacto, recortam-se, tecnicamente, enquanto expectativas fácticas.

Apresentando-se, desse modo, artificiais, restritos, positivos, indeterminados, programáticos, desvinculados, condicionais e injusticiáveis.

II – São expectativas fácticas porque não se traduzem nem em direitos subjetivos de exigir ao poder a respetiva realização, nem em direitos em procedimento formativo, ou em direitos provisórios.

São, antes, formulações de natureza estritamente política, assumindo por destinatários o normador internacional, ou o legislador estadual, destinatários esses cuja liberdade de conformação não se encontra, de nenhum modo, diminuída ou condicionada¹³⁸⁸.

III - São artificiais, porque não resultam, diretamente, da natureza do Homem, porque não decorrem, imediatamente, da razão humana.

Ou, de um outro ângulo, porque não se ancoram na liberdade, mas na solidariedade, e mais, numa solidariedade forçada.

São tentativas, sempre reiteradas e sempre malogradas, de construção de um homem novo, de um homem artificial.

IV - São restritos, porque como seus titulares surgem só os indivíduos que não detêm as condições sociais necessárias para os fruir de uma prestação estadual.

E porque é lícito aos Estados - a parte desses Estados - discriminar, de forma negativa, entre os cidadãos nacionais e os cidadãos estrangeiros e os apátridas (art. 2º, nº 3).

V - São positivos, porquanto se traduzem, quase-exclusivamente, na realização de prestações emergentes do poder público.

¹³⁸⁸ Em sentido oposto, Piovesan, *op. cit.*, p. 197: “os direitos económicos, sociais e culturais são autênticos e verdadeiros Direitos Fundamentais”.

Melhor: de prestações que ultrapassam as simples prestações garantísticas da liberdade.

VI - São indeterminados, porquanto impassíveis de fixar os respetivos conteúdos e, por maioria de razão, o alcance de tais conteúdos.

De facto, essa determinação cabe, ulteriormente, aos Direitos Internos dos Estados.

VII - São programáticos, por se configurar eventual e futura a sua inerente concretização.

Mais: por esta concretização se revelar sempre progressiva, mesmo em caso de decisão política favorável (art. 2º, nº 1)¹³⁸⁹.

VIII - São desvinculados, ao assumirem jaez, não só condicional, mas multi-condicional.

Em primeiro lugar, por estarem dependentes de uma reserva, de duplo perfil, financeira.

Referente aos Estados, e aos recursos disponíveis em cada momento (art. 2º, nº 1)¹³⁹⁰.

E à comunidade internacional (art. 2º, nº 1), e à variação das condições financeiras.

Em segundo lugar, por estarem dependentes de uma reserva, dupla, de decisão política.

Uma decisão do Estado, que escolhe, livremente, entre as várias construções exequíveis e racionais em sede de políticas públicas, e uma decisão da comunidade internacional, que não pode ser vinculada, autonomamente, a designados direitos sociais, porque a sua vontade é, elementarmente, a vontade dos Estados¹³⁹¹.

Especificamente, não podem, uns e outra ser obrigados, nem quanto à sua realização, nem quanto à sua progressão, nem quando à sua graduação, nem quanto à sua priorização.

¹³⁸⁹ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 239: “os direitos económicos, sociais e culturais eram vistos como fins ou objetivos a ser realizados progressivamente, em período de tempo mais longo”.

¹³⁹⁰ No mesmo sentido, Estay, *op. cit.*, p. 230: “o fator económico determina que o significado de cada um destes direitos seja diferente nos países subdesenvolvidos e nos países desenvolvidos”.

¹³⁹¹ Em sentido oposto, Maillart; Couto, *op. cit.*, p. 46: “o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em suas observações gerais, dispõe que os Estados têm de: garantir o direito de emprego aos desfavorecidos e marginalizados; garantir o acesso á alimentação que garanta que ninguém padeça de fome; dar acesso a moradia, alojamento, saneamento básico e água potável; fornecer medicamentos essenciais (...) garantir o ensino fundamental gratuito e obrigatório a todos”.

Não significando, assim, a fraseologia máximo dos recursos disponíveis (art. 2º, nº 1) uma adstrição e, menos ainda, uma adstrição absoluta, à implementação de direitos sociais, sob pena de violação dos mais elementares princípios democráticos^{1392 1393}.

Mais: apresentar-se-ia absurda uma obrigação internacional de financiamento de virtuais direitos sociais, sem a prévia supressão do elevadíssimo número de ditaduras políticas estaduais que dão causa, direta e imediata, à inexistência fáctica de semelhantes direitos.

Surgiria abstruso vincular a Comunidade Internacional, vincular os outros Estados, vincular os seus Povos e, sobretudo, vincular os indivíduos, à prestação de assistência e de cooperação a essas realidades estaduais, contribuindo, afinal, para a sua manutenção.

IX – Finalmente, os designados direitos económicos, sociais e culturais são injusticiáveis.

Com efeito, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais não estatui obrigações para os Estados, no que toca à justiciabilidade (art. 2º, *a contrario*).

Acrescendo que, nem o Tribunal Penal Internacional (art. 5º, *a contrario*, Estatuto de Roma), nem outro Tribunal Internacional, se afiguram, para este fim, competentes¹³⁹⁴.

10.1.2.2.4. PRINCÍPIOS

10.1.2.2.4.1. UNIVERSALIDADE

No texto prescritivo do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, nem a expressão universal, nem a locução universalidade, são utilizadas, apesar do recurso ao vocábulo todos (art. 1º, 3º, 7º, 13º, 14º e 15º).

Mais: é admitida, e em termos amplos, uma auto-derrogação desse princípio globalista.

¹³⁹² Em sentido próximo, Maillart; Couto, *op. cit.*, p. 42: “não se quer dizer que o Estado deve utilizar todo o seu orçamento para efetivar os direitos económicos, sociais e culturais, mas reconhecer que a efetividade desses direitos, depende de recursos financeiros e que a sua implementação pode ser dificultada pela falta de recursos e que só pode ser atingida em certo período de tempo”.

¹³⁹³ Em sentido oposto, Novais, *Direitos sociais...*, p. 242: “se impõe aos Estados a tomada de medidas, até ao máximo dos recursos disponíveis, que permitam alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais reconhecidos no Pacto (...), esta obrigação de realização progressiva contém implicitamente uma correspondente proibição do retrocesso”.

¹³⁹⁴ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 137: “os direitos económicos, sociais e culturais foram concebidos como programáticos e não preceptivos e suscetíveis de serem invocados em juízo”.

Efetivamente, “os países em vias de desenvolvimento, tendo em devida conta os Direitos Humanos e a respetiva economia nacional, podem determinar em que medida garantirão os direitos económicos no presente Pacto a não nacionais” (art. 2º, nº 3).

Gerando-se um *apartheid* jurídico entre cidadãos nacionais, de um lado, e, de outro lado, cidadãos estrangeiros - e apátridas - ao arpejo de qualquer universalismo.

Pior: utilizando-se um critério nacionalista, e independente da maior ou menor necessidade individual, mormente, em sede económica.

10.1.2.2.4.2. IGUALDADE

I – Inexiste neste tratado internacional, analogamente, uma afirmação positiva genérica de igualdade, sem prejuízo de algumas referências avulsas (art. 3º, 7º, e 13º).

II – Na vertente negativa, de não discriminação, o texto surge em linha com os anteriores (art. 2º), designadamente, na sua configuração exemplificativa (art. 2º, nº 2).

Constituem, igualmente, manifestações de igualdade não discriminadora, mais específicas, as atinentes ao trabalho, aos trabalhadores (art. 7º, *maxime*, al. a), i) e c)), aos trabalhadores infantis (art. 10º, nº 3) e, outrossim, à educação (art. 13º).

Observando-se, até, uma menção - deslocada, porque de um direito civil ou pessoal se trata - à proibição de discriminação da criança em razão da paternidade (art. 10º, nº 3).

10.1.2.2.4.3. OUTROS PRINCÍPIOS

I - O princípio da proporcionalidade evidencia-se, basicamente, em termos de restrição.

Devendo esta apresentar uma medida compatível com a natureza dos direitos, e assumir por fim exclusivo a promoção do bem-estar geral numa sociedade democrática (art. 4º).

II – Em contrapartida, não se observam normas que permitam sustentar a inequívoca existência de um princípio de confiança.

Se bem que, o tratamento exigido em sede de proporcionalidade (art. 4º) possa surgir, indiretamente, como um seu afloramento.

III – Derradeiramente, não se estabelecem regras algumas em matéria de responsabilidade, decorrente da eventual preterição destes designados direitos.

Opção coerente com a sua natureza de expectativas fácticas.

10.1.2.2.5. REGIME

I - O regime jurídico configurado patenteia, de uma forma definitiva, a contraposição entre os pretéritos direitos subjetivos de liberdade e estes designados direitos sociais.

II – No que se reporta aos condicionamentos, importa diferenciar, neste domínio, as figuras jurídicas do limite, da restrição e da derrogação.

III - O limite desenha-se como um condicionamento fixado tratadualmente, integrando o próprio direito, e determinando o objeto, a extensão e o alcance do mesmo.

Merece, aqui, reparo especial o limite atinente aos estrangeiros e aos apátridas (art. 2º, nº 3), porquanto lícita a auto-derrogação, pelos Estados, do princípio da universalidade e - por consequência, do princípio da igualdade - em razão de uma diferente origem nacional.

Ora, a verdade é que, embora os designados direitos sociais se perfilhem como expectativas fácticas, estas podem, efetivamente, por via legislativa ordinária interna, concretizar-se.

IV - O normativo analisando inscreve, também, uma disposição genérica sobre a restrição (art. 4º) e prevê normas específicas quanto à ação sindical (art. 8º, nº 1, al. a) e c), e nº 2).

Porém, surgindo os designados direitos sociais, apenas, enquanto direitos potenciais e futuros, o instituto da restrição apresenta-se como uma verdadeira *contraditio in terminis*.

V – Por fim, não se vislumbram quaisquer comandos referentes à figura da derrogação.

De facto, a única menção prende-se com os condicionamentos emergentes dos Direitos estaduais, e não com os decorrentes deste instrumento internacional (art. 5º, nº 2)¹³⁹⁵.

¹³⁹⁵ Em sentido próximo, Trindade, *A evolução...*, p. 261: “o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (...) não contém uma cláusula de derrogação (...), corroborando implicitamente a tese de que só se tem contemplado tal cláusula face a mecanismos ou medidas concretas de implementação”.

VI - A revisão - ou a modificação - do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais é, juridicamente, admissível (art. 29º; e art. 39º e segs., Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

Mais: inexistem, aqui, os constrangimentos que dificultam a alteração das normas *ius cogens* (art. 53º, *a contrario*, Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados), porque tal categoria não compreende os designados direitos sociais.

Politicamente, contudo, a vicissitude afigura-se inexecuível, em razão de uma hodierna conjuntura internacional muito distinta e, manifestamente, mais adversa.

10.1.2.2.6. TUTELA

I - O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais revela-se, no que toca à garantia das suas normas, excecionalmente limitado, mesmo no conspecto internacional geral.

II - De uma parte, considerada a ausência de mecanismo algum de tutela jurisdicional.

De facto, nenhum dos bens jurídicos garantidos no âmbito da jurisdição do Tribunal Penal Internacional reveste natureza social (art. 5º, *a contrario*, Estatuto de Roma).

De outra parte, dada a carência de um órgão não jurisdicional vocacionado, especificamente, para semelhante missão.

A missão é, originariamente, prosseguida pelo Comité Económico e Social da Organização das Nações Unidas (art. 16º, 2, al. a), 17º, 18º, 19º, 20º, 21 e 22º), só posteriormente se dando a criação do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1985)¹³⁹⁶.

Acresce que, de entre os remédios jurídicos, se destacam apenas os relatórios (art. 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º e 22º), não se prevendo, sequer, o mecanismo das comunicações.

III – Muito recentemente, é adotado um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (2008, em vigor desde 2013)¹³⁹⁷.

¹³⁹⁶ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 31: “o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais é um órgão de peritos, semelhante ao Comité responsável pela monitorização do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos”.

¹³⁹⁷ “Por proposta de Portugal”; assim, Tavares, *op. cit.*, p. 31.

Consagrando a aceitabilidade, pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de comunicações - ou queixas - estaduais, individuais e, inclusive, grupais (art. 1º, 10º e 2º), nestes dois casos, contra o Estado sob cuja jurisdição se encontrem (art. 11º, nº 2).

Não obstante, a respetiva viabilidade depende de o Estado, cumulativamente à sua vinculação ao Protocolo Facultativo - ele próprio um tratado internacional (art. 18º) - declarar reconhecer a competência do examinado órgão de tutela (art. 10º, nº 1).

IV – Entretanto, numa reunião de especialistas em Direitos Humanos, promovida pela Comissão Internacional de Juristas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Limburgo (Europa, Maastricht), e pelo Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Cincinnati (Estados Unidos da América, Ohio), é proposto um conjunto de *standards*, conhecidos por Princípios de Limburgo (1986), vocacionados para a interpretação e para a implementação do Pacto sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Porém, tais *standards*, assumindo natureza académica, não possuem vinculatividade, nem sequer interpretativa, não reforçando, assim, as expectativas fácticas previstas pelo Pacto.

10.2. DIREITO INTERNACIONAL EUROPEU

No que concerne aos Direitos Humanos regionais europeus, cumpre distinguir o âmbito da organização internacional, essencialmente, inter-estadual, Conselho da Europa, do quadro da organização internacional, singularmente supra-estadual, União Europeia.

E, por consequência, entre direitos estabelecidos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e direitos consagrados pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

10.2.1. CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

I - São Estados-partes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos aqueles que integram, e enquanto integrarem, o Conselho da Europa - o que ocorre, presentemente, com todos os Estados europeus.

Entretanto, essa vinculação pode não se estender à globalidade do texto convencional, e, sobretudo, pode não compreender parte significativa dos seus Protocolos Adicionais¹³⁹⁸.

¹³⁹⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 23: “vinculação de geometria variável por parte dos Estados-membros do Conselho da Europa: risco de incoerência do sistema, mas facilitando a ratificação, ao mesmo tempo que lança as bases de uma dinâmica de aprofundamento das vinculações a um ritmo apropriado aos circunstancialismos nacionais”.

II - O tratado europeu em exame não autoriza reservas com carácter geral (art. 57º, nº 1).

Admite, não obstante, a formulação de reservas específicas, sempre que um ato de origem interna conflitue com uma norma da Convenção (art. 57º, nº 1).

III - Assim, o Estado português, aquando da sua adesão, formula nada menos do que oito reservas, decorrentes de incompatibilidades, muito diversas, com a Constituição de 1976.

Das mencionadas reservas subsistem hoje apenas duas, sem embargo da existência de três outras disposições, constitucionais, que violam, frontalmente, a Convenção Europeia.

Em primeiro lugar, a que permite a prisão militar com fundamento disciplinar (art. 27º, nº 3, al. d)).

Em segundo lugar, a que estabelece a proibição de organizações e de associações ideologicamente fascistas (art. 46º, nº 4).

E, em terceiro lugar, a que licita a imputação criminal retroativa dos agentes da antiga Polícia Internacional de Defesa do Estado/Direção-Geral de Segurança (art. 292º).

10.2.1.1. FUNDAMENTO

Os valores subjacentes aos Direitos Humanos determinados pela Convenção são, a justiça, a paz (Preâmbulo, parágrafo 4º), a liberdade e o Direito (Preâmbulo, parágrafo 5º).

Todavia, não se enxerga, em forma expressa, referência à dignidade da pessoa humana.

Construção a que não será alheia a inexistência de proibição da pena de morte, ou mesmo, a não-consagração de limites a semelhante pena (art. 2º, *a contrario*).

Mais: a primeira vez em que a expressão dignidade da pessoa humana surge utilizada é, exatamente, no Protocolo nº 13 (2002), Relativo à Abolição da Pena de Morte em Quaisquer Circunstâncias (Preâmbulo, parágrafo 1º).

10.2.1.2. OBJETO

I - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos compreende, em exclusivo, os direitos de liberdade e, de entre eles, somente os direitos civis - ou pessoais (art. 2º a 13º).

Alguns dos supervenientes protocolos parecem consagrar os designados direitos sociais.

Não é, porém, assim, já que parte dos mesmos não são, sequer, direitos sociais, como se verifica, paradigmaticamente, com o direito de propriedade privada (art. 1º, Protocolo nº 1), típico direito subjetivo de natureza civil - ou pessoal - e não alegado direito social.

Acresce que, os protocolos em questão assumem, necessariamente, natureza facultativa.

II – Mesmo no que toca aos direitos civis, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos apresenta-se minimalista, atécnica, lacunosa e, sobretudo, muito datada - afigurando-se indiciária, neste domínio, a menção às Nações civilizadas (art. 7º, nº 2).

O inerente catálogo inscreve os direitos à vida (art. 2º), à integridade, (art. 3º), à liberdade física (art. 4º e 5º), à segurança (art. 5º), e ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8º).

Compreende, do mesmo modo, as liberdades de pensamento, consciência e religião (art. 9º), de expressão (art. 10º), de reunião e de associação (art. 11º).

E, por último, contém as garantias penais (art. 7º), bem como as garantias adjetivas, gerais, de acesso aos Tribunais (art. 13º), de um processo equitativo (art. 6º), e, específicas, de matriz processual penal (art. 6º).

10.2.1.3. NATUREZA

I – Em referência à natureza jurídica, os Direitos Humanos de liberdade, civis, patentes neste tratado internacional europeu afirmam-se, cumulativamente, direitos subjetivos, naturais, negativos, determinados, preceituados, vinculantes, incondicionados e justiciáveis.

II – Conformam direitos subjetivos, porquanto são faculdades jurídicas dos indivíduos de exigir aos poderes estaduais - nacionais e estrangeiros - a respetiva observância (art. 1º).

Nalguns casos, deferindo esse cumprimento às normas constitucionais, ou, porventura, noutros casos, e se aquelas inexisterem ou se revelarem insuficientes, implicando a feitura das disposições necessárias à prossecução de tal resultado (art. 1º).

III - Afirmam-se como direitos de origem natural, enquanto direitos que emanam, diretamente, da razão humana, enquanto direitos inerentes ao próprio Homem.

E, por consequência, como direitos relativamente aos quais, quer a positivação, quer a subsequente tipificação, revestem matriz, sobretudo, declarativa, e não constitutiva.

IV - Ostentam um perfil negativo, postulando, usualmente, a abstenção do poder estadual.

Sem prejuízo de não deverem confundir-se os direitos de liberdade, tendencialmente negativos, com as garantias desses mesmos direitos de liberdade, tipicamente, positivas.

V – São direitos determinados, direitos imediatamente determinados pela própria Convenção.

Revestindo, *a se*, o grau de densidade normativa indispensável à respetiva identificação conteudística, logo, à desnecessidade de ulterior intervenção do legislador nacional.

VI - Inerentemente, são direitos preceativos, direitos cuja existência não implica, por si mesma, a conclusão de novos tratados - se bem que, tal conclusão possa ser adequada, ou ao desenvolvimento, ou à respetiva especificação.

E são direitos que independem, regra geral, de um ato normativo complementar interno - ainda que, possam ser reproduzidos, ou, quiçá, transpostos, pelos direitos estaduais.

VII – Os direitos convencionados surgem, ainda, como vinculativos, como direitos relativamente aos quais é não é admissível escolha entre a sua efetivação e a sua não efetivação, nem, outrossim, qualquer seu faseamento, graduação ou priorização.

Não obstante os condicionamentos, em sede de restrição (art. 18º) e derrogação (art. 15º).

VIII – Consequentemente, traduzem, sempre, a existência de direitos incondicionados.

Ao não permitirem, às Altas Partes Contratantes, a afirmação de uma reserva política decisória, nem, tão-pouco, dependerem da virtual invocação de uma reserva financeira.

IX - Derradeiramente, os direitos de liberdade, os direitos civis - ou pessoais - objeto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, evidenciam-se como direitos justiciáveis.

Os Estados encontram-se obrigados, não apenas a respeitá-los, mas a garanti-los (art. 1º).

E encontram-se obrigados a garanti-los juridicamente (art. 1º), e a garanti-los jurisdicionalmente, no âmbito da intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (art. 19º).

10.2.1.4. PRINCÍPIOS

I - Louvando-se na - contemporânea - Declaração Universal dos Direitos Humanos a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não utiliza, contudo, expressamente, a locução universalidade.

Propondo-se, mais mitigamente, tomar as primeiras providências para a garantia coletiva de alguns dos direitos enunciados nessa Declaração Universal (Preâmbulo, parágrafo 5º).

Não obstante, a redação deste catálogo de Direitos Humanos (art. 2º a 13º) recorre, implicitamente, a formulações linguísticas universalizadoras.

Acresce que, o seu âmbito de aplicação se estende a todas as pessoas sob jurisdição dos Estados-partes, independentemente do respetivo vínculo de cidadania - ou, da apatridia (art. 1º).

E, sobretudo, que, os indivíduos, as organizações não-governamentais, ou os grupos de particulares, têm legitimidade para dirigir petições - em rigor, a interpor recursos - ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (art. 34º).

II – Diferentemente, o princípio da igualdade, na sua valência negativa, enquanto não-discriminação, encontra-se explícito (art. 14º) e, porque exemplificativo, surge dotado de um carácter abrangente (art. 14º, *in fine*).

Sem embargo, a Convenção admite um tratamento discriminatório negativo entre cidadãos nacionais e cidadãos estrangeiros - ou apátridas - no que toca à restrição de alguns dos direitos pessoais, concretamente, se associados à intervenção política (art. 16º).

III – O princípio da proporcionalidade é visível, sobretudo, no que tange aos condicionamentos.

Quer, necessariamente, aos limites, quer as restrições (art. 6º, nº 1, 8º, nº 2, 9º, nº 2, 10º, nº 2, e 11º, nº 2), quer às eventuais derrogações - ou suspensões (art. 15º, nº 1).

IV - O texto examinando configura, ainda, um princípio de confiança, em sede criminal, traduzido nas exigências de irretroatividade e de tratamento mais favorável (art. 7º, nº 1),

Sem que fique excluída a imputação relativa a qualquer ação ou omissão, que, ao tempo da sua prática, constitua crime, não de acordo com o Direito escrito, mas segundo os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas Nações civilizadas (art. 7º, nº 2).

V – Por fim, quanto ao princípio de responsabilidade, o Tribunal pode fixar uma indemnização, se considerar haver violação da Convenção, ou dos Protocolos, e o direito estadual não permitir, senão imperfeitamente, obviar aos efeitos dessa violação (art. 41º).

Mais especificamente, no que toca à denegação do direito à liberdade física, por prisão ou por detenção ilegais, gozam os lesados do direito a uma indemnização (art. 5º, nº 5).

10.2.1.5. REGIME

I - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos afirma-se, em rigor, como uma Convenção Europeia dos Direitos Civis.

Logo, as situações ativas previstas possuem, em grau maior ou menor, determinabilidade.

E, em consequência dessa densidade acrescida, permitem aplicabilidade direta e imediata.

Independendo, pois, a sua produção de efeitos, de regras internacionais convencionais complementares, ou de subsequentes normas constitucionais - no limite, de regras legais.

II - Afirmando-se como tratado, este instrumento europeu assume natureza vinculativa.

Mais: uma natureza normativa reforçada, porquanto a generalidade dos comandos nele ínsitos, e não apenas um segmento dos mesmos, assume carácter *ius cogens*.

Ius cogens regional, antes de mais, considerada a origem do ato tratadual e, bem assim, uma localização geográfica europeia dos Estados que no mesmo são partes.

Mas, também, *ius cogens* de valência universal, dada a atribuição de direitos a quaisquer indivíduos, organizações, ou grupos, quer europeus, quer extra-europeus¹³⁹⁹.

III – Quanto aos condicionamentos, importa, uma vez mais, diferenciar entre limite, restrição e derrogação.

IV – A Convenção Europeia dos Direitos Humanos determina, imediatamente, no seu texto, limites.

Contudo, a nota específica não se reporta à sua existência, mas à sua invulgar extensão.

¹³⁹⁹ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 316: “apesar de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ser um instrumento internacional regional, possui um carácter universal, na medida em que qualquer pessoa pode invocar diretamente a Convenção, independentemente da sua nacionalidade, desde que se encontre no território de um dos países que a ela tenham aderido”.

Paradigmaticamente, dos limites ao direito à vida (art. 2º, nº 2), ao entender-se inexistir violação, quando a morte resulte de recurso, absolutamente necessário, à força, ou para assegurar a defesa de uma pessoa contra uma violência ilegal (art. 2º, nº 2, al. a)), ou para efetuar uma detenção legal, ou para impedir a evasão de pessoa detida legalmente (art. 2º, nº 2, al. b)), ou para reprimir uma revolta, ou uma insurreição (art. 2º, nº 2, al. c)).

Mais: a exigência de absoluta necessidade escamoteia, em algumas dessas circunstâncias (*maxime*, art. 2º, nº 2, al. b) e al. c)), a previsão de uma desajustada desproporcionalidade.

Acrescendo que, à extensão dos limites ao direito à vida se agrega a imprevisão, absoluta, da garantia configurada pela proibição da pena de morte (art. 2º, nº 1, *a contrario*).

V - A Convenção admite a restrição, genericamente, para os fins para os quais se encontre prevista (art. 18º).

E, especificamente, consente-a para a salvaguarda, ou de direitos de terceiros, ou, mesmo, de valores de natureza pública (art. 9º, 10º e 11º).

Tal restrição depende, expressamente, da verificação de necessidade (art. 6º, nº 1, 8º, nº 2, 9º, nº 2, 10º, nº 2, e 11º, nº 2), e, implicitamente, de adequabilidade e de racionalidade.

VI – Mais: a Convenção prevê, até, a suscetibilidade de uma restrição agravada, no que tange ao gozo das liberdades de expressão, de reunião e de associação, quando relacionadas com atividades de natureza política de estrangeiros - ou apátridas (art. 16º).

VII – O texto estabelece, no que toca aos condicionamentos, regras sobre a derrogação (art. 15º) de perfil idêntico ao das regras internacionais gerais sobre a temática (art. 4º, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos).

Assim, são próximos os fundamentos, concretamente, a guerra, ou outro perigo público que ameace a vida da Nação (art. 15º, nº 1), não obstante uma menor exigência, porque não obrigam a uma anterior declaração do estado de exceção (art. 15º, nº 1, *a contrario*).

Idêntica analogia é observável no que se reporta à consagração do princípio da proporcionalidade enquanto critério estruturante da examinada derrogação (art. 15º, nº 1).

O mesmo ocorre, ainda, com o requisito de que as providências derogatórias não se encontrem em contradição com outras obrigações do Direito Internacional (art. 15º, nº 1).

E, semelhantemente, por último, regista-se um dever de informação dos outros Estados-membros, através do Secretário-Geral do Conselho da Europa, tanto no que se refere ao início da derrogação, como no que respeita à correspondente cessação (art. 15º, nº 3).

VIII - Em contrapartida, o número de direitos insuscetíveis de derrogação (art. 15º, nº 2) emerge significativamente mais circunscrito do que o observado no âmbito internacional geral (art. 4º, nº 2, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos).

Preservando-se, tão-somente, o direito à vida, o direito à integridade - no que se refere à proibição da tortura, ou de outras penas ou tratamentos desumanos e degradantes - o direito à liberdade física - na sua dimensão de proibição da escravidão e de proibição da servidão - e, por último, algumas das garantias penais elementares (art. 15º, nº 2).

Ainda que, no que tange ao direito à vida, e em cumulação com os limites anteriormente assinalados (art. 2º, nº 2), uma tal derrogação possa implicar a respetiva preterição, nas situações em que a morte resulte de atos lícitos de guerra (art. 15º, nº 2).

IX - A maior clivagem face ao mencionado dispositivo internacional geral prende-se com o controlo sobre o ato derogatório.

Efetivamente, a competência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respetivos protocolos (art. 32º, nº 1), nenhuma exceção se encontrando prevista para a derrogação.

X - A presente convenção internacional europeia não estabelece normas específicas para efeitos de revisão ou, eventualmente, de modificação.

Resultando, desse modo, aplicável, na íntegra, o Direito Internacional Geral (art. 39º e segs., Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

10.2.1.6. TUTELA

I - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos imprevê os mecanismos de auto-tutela.

Designadamente, o direito-garantia de resistência e, por maioria de razão, o direito-garantia de legítima defesa.

Mas, em contrapartida, determina a existência de um sistema de hetero-tutela ímpar - no específico âmbito dos Direitos Humanos - porquanto integralmente jurisdicionalizado¹⁴⁰⁰.

¹⁴⁰⁰ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 96: “este é, ainda hoje (...), o único sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos de natureza exclusivamente jurisdicional, onde todos os casos são apreciados e decididos à luz de critérios estritamente jurídicos”.

II – Dessarte, atribui competência a um Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para receber, não apenas - como tipicamente - petições estaduais (art. 33º), mas, sobretudo, para conhecer, agora, petições extra-estaduais (art. 34º).

Petições oriundas de pessoa singular, de organização não-governamental, ou de grupo de particulares, que, independentemente da sua cidadania, se considerem vítimas de violação pelos Estados-partes, no respetivo território, de qualquer dos direitos reconhecidos na Convenção, ou nos seus supervenientes protocolos (art. 34º).

Mais: estabelece a competência do Tribunal para examinar as mencionadas petições, sem a mediação, sem a intervenção, de qualquer outro órgão - designadamente, político.

Prescrevendo, ainda, que os Estados-partes não criarão, nos Direitos Internos, entraves ao exercício efetivo desta garantia jurisdicional (art. 34º, *in fine*).

III - Inicialmente, a estrutura garantística da Convenção é composta por dois órgãos de perfil político, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Comité de Ministros, e por um órgão de matriz jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

As petições são apresentadas à Comissão, que procede a uma avaliação, decidindo, livremente, sobre a sua admissibilidade, a promoção de soluções alternativas não jurisdicionais ou, virtualmente, o envio das mesmas ao Tribunal¹⁴⁰¹.

Ao Comité de Ministros incumbe uma decisão final relativamente às petições não submetidas pela Comissão ao Tribunal¹⁴⁰².

Todavia, semelhante modelo, protegendo, decerto, os Estados-partes e os correspondentes Tribunais internos¹⁴⁰³, revela-se, manifestamente, insatisfatório, na ótica de um acautelamento efetivo dos Direitos Humanos.

IV – Assim, mais tarde, o Protocolo nº 11 (1994), extingue a Comissão Europeia dos Direitos Humanos, limita a competência do Comité de Ministros e jurisdicaliza de uma forma integral a tutela, concentrando-a no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

¹⁴⁰¹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 257: “a Comissão tinha competência para se pronunciar sobre a admissibilidade das petições, para fixar os factos, para conciliar as partes e, no caso de a tentativa de conciliação fracassar, deveria formular um parecer sobre se havia ou não violação da Convenção”.

¹⁴⁰² No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 257: “competia-lhe tomar uma decisão definitiva e obrigatória sobre os processos que não fossem submetidos ao Tribunal”.

¹⁴⁰³ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 281: “necessidade de filtrar as queixas e evitar que os órgãos internacionais se vissem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria, e evitar fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional”.

10.2.1.6.1. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

10.2.1.6.1.1. COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE DAS PARTES

I – O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos detém competência material para julgar todos os litígios relativos à interpretação e à aplicação da Convenção em exame, bem como à interpretação e à aplicação dos quinze Protocolos adicionais a que os Estados-partes se encontrem, supervenientemente, vinculados (art. 32º).

II - No que tange à legitimidade processual ativa, possuem-na, antes de mais, os Estados (art. 33º).

E poderão tê-la quaisquer outras Altas-Partes Contratantes, mormente, as organizações internacionais que hajam aderido ao Conselho da Europa - *maxime*, a União Europeia.

Não obstante, o que diferencia a Convenção da globalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos é que as petições ao Tribunal se estendem aos sujeitos individuais (art. 34º).

E compreendem quaisquer indivíduos, sob a jurisdição dos Estados membros, sejam estes estrangeiros ou apátridas, e não apenas os cidadãos de tais Estados (art. 1º e 34º)¹⁴⁰⁴.

Mais: semelhante garantia alarga-se, inclusive, às organizações não-governamentais, aliás, numa aceção ampla, que extravasa a das tradicionais ONG's (art. 34º)¹⁴⁰⁵.

III – No respeitante à legitimidade processual passiva, essas petições, esses recursos, são dirigíveis contra qualquer Estado-Parte - ou, quiçá, outra Alta-Parte Contratante não estadual.

Ponto sendo que a alegada violação ocorra no âmbito da jurisdição desse Estado (art. 34º).

¹⁴⁰⁴ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 260: “a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não impõe condições relativas à nacionalidade, à residência, ao estado civil ou à capacidade dos indivíduos. Assim, a proteção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode ser invocada contra um Estado parte não apenas pelos seus nacionais, mas também por nacionais de outros Estados partes ou terceiros à Convenção, por refugiados ou apátridas”.

¹⁴⁰⁵ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 260: “toda a pessoa coletiva que não participe na Administração Pública”.

10.2.1.6.1.2. NATUREZA E EFICÁCIA DAS DECISÕES

I - Os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos têm carácter definitivo (art. 44º).

Não obstante, apenas os do Tribunal pleno são, imediatamente, definitivos (art. 44º, nº 1).

Os acórdãos das Secções apenas se convertem, subsequentemente, em definitivos (art. 44º, nº 2), ou se as partes declararem que não solicitarão a devolução do assunto ao Tribunal pleno (art. 44º, nº 2, al. a)), ou, se a devolução do assunto ao referido Tribunal pleno não for solicitada, três meses após a data da sentença (art. 44º, nº 2, al. b)), ou, ainda, se o Tribunal pleno rejeitar aquela petição de devolução (art. 44º, nº 2, al. c)).

II – No que toca aos respetivos efeitos, os acórdãos definitivos do Tribunal surgem vinculativos para os Estados partes (art. 46º, nº 1) - ou para outros sujeitos internacionais partes - sob cominação de responsabilidade internacional, fundada em incumprimento¹⁴⁰⁶.

Não assumem, porém, em rigor, natureza de título executivo no território dos Estados¹⁴⁰⁷.

O que significa que, se bem que vinculados a dar-lhes cumprimento, podem escolher, na generalidade das situações, a forma mais adequada ao referido cumprimento¹⁴⁰⁸.

III - Ao Comité de Ministros é deferido o controlo da execução dos acórdãos (art. 46º, nº 2).

¹⁴⁰⁶ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 320: “os Estados estão sempre obrigados a fazer cumprir as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nas respetivas ordens jurídicas nacionais (...), pelo que, caso não o façam, incorrerão em responsabilidade internacional”.

¹⁴⁰⁷ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 24: “os acórdãos (...) não servem de título executivo para os nacionais e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não especifica as medidas a adotar pelo Estado para por fim á violação verificada e apagar as respetivas consequências”; e Botelho, *A tutela...*, p. 319: “as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não possuem força executiva direta, mas somente declarativa e reparadora, sendo que a sua execução depende, assaz, da vontade colaboradora do Estado”.

¹⁴⁰⁸ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 264: “o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que os seus acórdãos deixam aos Estados a escolha dos meios para se conformar com as obrigações impostas pelos acórdãos”; e Botelho, *A tutela...*, p. 319: “o Tribunal não poderá, por exemplo, anular atos administrativos praticados pelas autoridades públicas nacionais, nem indicar o modo como as suas decisões deverão ser implementadas e, muito menos, revogar o Direito nacional do Estado inadimplente (...); “fala-se, assim, de uma eficácia persuasiva e de uma força interpretativa das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

Assim, se este considerar que uma sentença definitiva do Tribunal é objeto de incumprimento, pode, em deliberação tomada por maioria de dois terços dos membros, após notificar o Estado inadimplente, submeter a questão ao Tribunal (art. 46º, nº 4).

E, se o Tribunal confirmar o efetivo incumprimento do acórdão, procede à devolução do assunto ao Comité de Ministros, para a apreciação das medidas a adotar (art. 46º, nº 5).

Medidas essas, contudo, não explicitadas pelo texto da Carta de Direitos Fundamentais.

10.2.1.6.1.3. LIMITAÇÕES

I - Sem embargo do assinalável progresso obtido, com o Tribunal Europeu, em matéria de tutela dos Direitos Humanos, a sua efetividade confronta-se com relevantes limitações.

II – Assim, em primeiro lugar, a admissibilidade das petições depende de uma anterior exaustão dos recursos internos ordinários (art. 35º, nº 1).

Em ordem, decerto, a prevenir, sobretudo numa fase inicial, virtuais conflitos entre a nova jurisdição internacional e as diferentes jurisdições internas¹⁴⁰⁹.

Mas, em termos que, condicionam os direitos individuais, porque a garantia jurisdicional é suscetível, consoante os ordenamentos, de diferimento temporal distinto e excessivo.

Não fica afastado, sequer, o paradoxo de a petição ter por fundamento a demora na realização da justiça e o procedimento petitorio em exame implicar um atraso superior¹⁴¹⁰ - se bem que a jurisprudência permita visualizar alguma flexibilização desse modelo¹⁴¹¹.

III – Em segundo lugar, a admissibilidade das petições implica, hodiernamente, a verificação de um prejuízo significativo (art. 35º, nº 3, al. b)).

¹⁴⁰⁹ No mesmo sentido, Trindade, *A evolução...*, p. 280: “evitar qualquer possibilidade de conflito entre as jurisdições internacional e nacional e tranquilizar os que porventura temessem uma violação da soberania nacional”.

¹⁴¹⁰ Em sentido próximo, Trindade, *A evolução...*, p. 282: a exaustão “pressupõe a existência de recursos eficazes de Direito Interno”.

¹⁴¹¹ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 97: “o Tribunal admite exceções caso o queixoso demonstre que os recursos disponíveis são ineficazes. Esta regra abrange apenas os recursos de carácter ordinário, não se aplicando pois a recursos extraordinários como a revisão de processo, perdões, amnistias ou petições aos órgãos de soberania”.

O Tribunal pode declarar a inadmissibilidade da petição, se ajuizar que não ocorre tal prejuízo, salvo se, o respeito pelos direitos previstos na Convenção e nos respetivos Protocolos, implicar uma apreciação da petição quanto ao seu fundo (art. 35º, nº 3, al. b)).

IV – E, em terceiro lugar, a compressão da garantia jurisdicional em exame reporta-se à nomenclada margem de apreciação.

Margem de apreciação em virtude da qual o Tribunal faz relevar as especificidades constitucionais de cada Estado - ou para-constitucionais, no caso das organizações internacionais - em detrimento de uma apreciação unicitária das petições para a globalidade das partes contratantes¹⁴¹².

E que não se confunde, sequer, com o princípio da subsidiariedade, porque este reveste uma natureza permanente e normativa, enquanto a margem de apreciação se traduz numa abordagem individualizada e concretizada das questões litigiosas¹⁴¹³.

Logo, a jurisprudência do Tribunal Europeu apresenta-se, no melhor dos casos, como harmonizadora dos Direitos Humanos, em sede de Conselho da Europa, mas nunca, verdadeiramente - e desejavelmente - como uniformizadora dos mesmos.

Refletindo, assim, uma imprevisibilidade, uma insegurança e uma inconfiabilidade jurídicas inaceitáveis num órgão de matriz jurisdicional e, sobretudo, inaceitáveis num órgão jurisdicional de recurso de decisões emanadas de Tribunais internos superiores¹⁴¹⁴.

Pior: embora no plano regional europeu, apresenta-se como uma eventual manifestação, acrescida, de permissivismo, de relativismo, ou, quiçá, de multiculturalismo¹⁴¹⁵.

¹⁴¹² No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, pp. 331 e 333: “a doutrina da margem nacional de apreciação é um instrumento através do qual o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem delimita aquilo que é próprio de cada comunidade - e que, por isso, pode ser decidido a nível local - daquilo que, em virtude da sua fundamentalidade, terá de ser necessariamente imposto a cada Estado signatário da Convenção, independentemente da sua cultura específica”. É “um dos principais expedientes que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem utiliza, de forma a harmonizar a diversidade entre a Europa e a soberania nacional, com os mandamentos vertidos na Constituição”.

¹⁴¹³ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 334: “enquanto a subsidiariedade é uma limitação ao poder de controlo do Tribunal, que se aplica indiferentemente a todos os litígios, a doutrina da margem nacional de apreciação é pensada somente em determinadas circunstâncias e a sua amplitude alterna casuisticamente”.

¹⁴¹⁴ Em sentido próximo, Botelho, *A tutela...*, pp. 343 e 345: “a esmagadora maioria das críticas a esta doutrina prende-se com a sua variabilidade” e “falta de transparência”.

¹⁴¹⁵ Em sentido oposto, Botelho, *A tutela...*, p. 330: “a função do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não é definir, de forma pretoriana e abstrata, o alcance das normas internacionais, mas, outrossim, conciliar a vocação universal dos Direitos Humanos, com as especificidades e sensibilidades de cada Estado, de cada ordenamento jurídico nacional”; e Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 124: “a Europa do Conselho da Europa é ainda um continente demasiado heterogêneo para possuir uma Constituição, mesmo que parcelar”.

V – Originariamente, esta construção jurisprudencial não encontra fundamento hermenêutico, literal ou extra-literal, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Sobretudo, considerada a proibição de quaisquer reservas de ordem genérica (art. 57º).

Porém, numa evidente regressão jurídica, o Protocolo nº 15, de 2016, adita um parágrafo ao Preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com a redação seguinte.

“Afirmando que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos respetivos Protocolos, e que, ao fazê-lo, elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criado por esta Convenção”.

Menção preambular da qual resulta que, mesmo se essa apreciação diferenciadora se encontra focada, essencialmente, nos próprios Estados, não pode, contudo, deixar de afetar, igualmente, a jurisprudência do Tribunal.

VI – As condenações portuguesas no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ligam-se, sobretudo, com a administração da justiça.

Maioritariamente, com a violação do direito a um julgamento em prazo razoável e, em menor escala, com a preterição do direito a um processo equitativo¹⁴¹⁶.

As remanescentes distribuem-se pela ablação do direito de propriedade¹⁴¹⁷ e pela inobservância dos direitos à liberdade e à segurança, da liberdade de expressão, da vida privada e familiar.

Ou, mais recentemente, de direitos específicos, num quadro da não-discriminação.

10.2.2. CARTA SOCIAL EUROPEIA (REVISTA)

I - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos incide sobre os Direitos Humanos de liberdade e, mais restritivamente, ainda, sobre os Direitos Humanos civis - ou pessoais.

¹⁴¹⁶ Nesse sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 127: “os problemas nesta área são responsáveis por 63% das condenações do Estado português pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, dizendo 51% dos casos respeito ao direito a um julgamento num prazo razoável e 12% a outros aspetos do direito a um processo equitativo”.

¹⁴¹⁷ Nesse sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 127: “quanto às demais condenações, 21% são relativas ao direito de propriedade (...), 8% à liberdade de expressão, e as restantes 8% a direitos como a liberdade e a segurança, respeito da vida privada e familiar, recurso efetivo e proibição da discriminação”.

A Carta Social Europeia intenta completar esse catálogo, alargando-o aos designados direitos sociais.

Todavia, em confronto com o êxito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta Social Europeia, representa, em qualquer das suas versões, um ostensivo malogro.

II - Em primeiro lugar, porque o estatuto de membro do Conselho da Europa não implica, *ipso jure*, uma vinculação à Carta Social Europeia (Parte VI, art. K, *a contrario*).

Em segundo lugar, porque a Carta disciplina, quase exclusivamente, os direitos laborais, domínio esse ocupado, previamente, pela Organização Internacional do Trabalho (1919).

Em terceiro lugar, porque tem como objeto realidades que não se afirmam como autênticos Direitos Humanos, mas como expectativas fácticas de virtuais Direitos Humanos.

Em quarto lugar, porque o suposto universalismo deste texto - embora de âmbito regional - surge diminuído face às soberanias estaduais, ao permitir-se aos Estados uma seleção dos preceitos a que se vinculam (Parte III, art. A) ¹⁴¹⁸, bem como, ao admitir-se a derrogação, integral, destes designados direitos sociais (Parte V, art. F).

Em quinto lugar, mas, decerto, não menos relevante, porque a Carta Social Europeia não prevê meio algum de tutela jurisdicional para eventuais situações de incumprimento¹⁴¹⁹.

III – Enquanto mecanismos de garantia, a Carta estabelece apenas, originariamente, um Comité Europeu dos Direitos Sociais e, subsequentemente, um sistema de reclamações - Protocolo Adicional à Carta Social Europeia (1995, em vigor desde 1998).

Acrescendo que, estas últimas se recortam como reclamações coletivas, para as quais detém legitimidade processual diversos tipos de organizações, de empregadores, de trabalhadores ou mesmo não-governamentais (art. 1º), e não como reclamações individuais, não como garantias individuais, não como verdadeiros Direitos Humanos.

¹⁴¹⁸ No mesmo sentido, Tavares, *op. cit.*, p. 100: “sistema *a la carte*, pelo qual os Estados escolhem os artigos a que desejam vincular-se, embora exista um núcleo duro de disposições que são obrigatórias, assim como um número mínimo de direitos que deverão ser aceites”.

¹⁴¹⁹ No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 268: “os Estados, ao rejeitarem o sistema jurisdicional de controlo dos instrumentos da Carta Social Europeia, relegam-na, fatalmente, para um segundo plano”.

10.2.3. CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

I - O texto normativo jushumanitário da União Europeia responde pela designação de Carta dos Direitos Fundamentais, em lugar de, como seria ajustado, Carta dos Direitos Humanos.

Em parte, porque estas posições jurídicas ativas nascem enquanto extrapolação - do foro jurisprudencial - dos Direitos Fundamentais pré-existent nas Constituições dos Estados que integram a organização internacional.

Noutra parte, porque esta nomenclatura sugere, numa ótica europeia integradora e federalista - e elitista - tratar-se de um verdadeiro Direito para-estadual, ou, prospectivamente, de um novo Direito estadual¹⁴²⁰.

Ora, nem os Direitos Humanos, internacionais, devem confundir-se com os Direitos Fundamentais, internos, nem, sobretudo, a União Europeia se consubstancia num Estado.

Logo, quaisquer direitos emergentes deste sub-ordenamento internacional regional europeu são, tecnicamente, Direitos Humanos e não, de todo, Direitos Fundamentais¹⁴²¹.

II – Não obstante, a União Europeia possui características estruturantes e funcionais próximas das das entidades estaduais que nela se inscrevem, afirmando-se, na esteira destas, enquanto Organização Internacional de Direito e, simultaneamente, enquanto Organização Internacional democrática.

Organização Internacional de Direito, porque os respetivos órgãos se encontram, integralmente, submetidos, na ação, e, inclusive, na omissão, a esse Direito¹⁴²².

Quer ao contido nos tratados internacionais - o Direito da União Europeia originário - quer ao previsto nos atos sub-trataduais - o Direito da União Europeia derivado¹⁴²³.

¹⁴²⁰ Em sentido próximo, Freitas, *op. cit.*, p. 785: “a verdadeira intenção da CDFUE foi (...) sobretudo legitimadora (...). Na realidade, a CDFUE acabou por ter uma intenção constituinte, aproveitando o seu potencial como ‘impulso federal’, constituindo este o deus (ou um dos seus) ‘momentos deliberativos’”; e Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, pp. 449 e 465: “a própria designação de Carta de Direitos Fundamentais é um conceito eminentemente constitucional”; “apresenta-se como o elemento mais proeminente da ‘federalização’ e da ‘constitucionalização’ da União Europeia”.

¹⁴²¹ Em sentido oposto, Martins, *Direito Internacional...*, p. 273: “o Direito da União Europeia já há muito se autonomizou do Direito Internacional, constituindo um Direito Constitucional transnacional”.

¹⁴²² Em sentido oposto, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 136: “diretriz essencialmente política da proteção dos direitos presentes no Tratado da União Europeia”.

¹⁴²³ Em sentido próximo, Duarte, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem...*, p. 759: “não se pode desvalorizar o significado dos passos que foram dados pela União Europeia na direção proposta de uma ‘União de Direito’”.

E, porque, ao mesmo tempo, prevê uma estrutura tutelar complexa de matriz jurisdicional. Organização Internacional democrática, porque, hoje, ancorada no sufrágio popular, embora, ainda, em termos incipientes.

Desde logo, considerando que a eleição de Deputados ao Parlamento Europeu não é unitária, mas multi-estadual.

Depois, atendendo a que, nem os membros da Comissão Europeia, nem o respetivo Presidente, detêm legitimidade democrática direta, ou, no mínimo, democrática imediata.

III – A Carta de Direitos da União Europeia não patenteia, igualmente, natureza universalista, isto é, não adstringe a totalidade dos Estados-membros da União Europeia.

E não se trata, sequer, de uma questão de reservas, figuras que não se encontram previstas.

Trata-se, mais gravemente, da não vinculação, quase-integral¹⁴²⁴, à Carta, de três dos Estados-membros, a Polónia, a República Checa e o Reino Unido¹⁴²⁵, nos termos de um Protocolo relativo ao Tratado de Lisboa.

Mais: de um Protocolo que faz depender, integralmente, da vontade desses Estados, no que toca aos designados direitos sociais, a sua vigência nos respetivos territórios¹⁴²⁶.

Ora, se a questão britânica se encontra definitivamente ultrapassada - com o *Brexit* - a exceção polaca e a exceção checa subsistem, emergindo como um impensável precedente, em sede de Direitos Humanos, porquanto no âmago do próprio continente europeu¹⁴²⁷.

10.2.3.1. FUNDAMENTO

I - A dignidade da pessoa humana ergue-se como o valor nuclear da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Preâmbulo, parágrafo 2º, e art. 1º e segs.).

¹⁴²⁴ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 462: “o Protocolo derroga a aplicação da Carta no respeitante aos Estados em causa, quanto a todos os direitos nela estabelecidos *ex novo*, ou seja, que não sejam reprodução de direitos anteriormente garantidos na ordem jurídica da União” (art. 1º).

¹⁴²⁵ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 797: “a CDFUE não é aplicável ao Reino Unido, à Polónia e à República Checa”: Em razão, “nos dois primeiros casos, do Protocolo nº 30; no terceiro, das “conclusões do Conselho Europeu de 20 e 30 de outubro de 2009, que indicam que este se lhe aplica igualmente”.

¹⁴²⁶ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 462: “concretizando esta derrogação, o Protocolo acrescenta que, no respeitante ao Título IV da Carta, que reconhece os direitos dos trabalhadores e os direitos sociais, nenhum deles pode ser invocado contra aqueles países, salvo se previstos também na respetiva legislação”.

¹⁴²⁷ Em sentido próximo, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 462: “cria uma assimetria (...) no cerne mesmo do direito constitucional material da União Europeia”.

Apresentando-se, aliás, como o único domínio relativamente ao qual é utilizada a locução inviolável (art. 1º).

Não obstante, em plano elevado recortam-se, ainda, os valores da liberdade (Preâmbulo, parágrafo 2º, e art. 5º e segs), da igualdade (Preâmbulo, parágrafo 2º, e art. 20º e segs), ou, até mesmo, da solidariedade (Preâmbulo, parágrafo 2º, e art. 27º e segs).

Valores que, no seu conspecto, subjazem à organização sistemática adotada pela Carta.

II – A afirmação da dignidade da pessoa humana é, porém, uma preocupação recente do Direito da União Europeia.

De facto, a dignidade só emerge em textos europeus, pela primeira vez, com a Carta de Direitos Fundamentais (2000), e, mais, configurando-se esta enquanto mera *soft law*.

Assim, só com a conclusão do Tratado de Lisboa (2007), precisamente cinquenta anos passados sobre a elaboração do Tratado de Roma (1957), a dignidade da pessoa humana é erigida em fundamento deste sector do Direito Internacional¹⁴²⁸.

III – A dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento do Direito da União Europeia e do correspondente modelo de Direitos Humanos.

Mas não como direito subjetivo, porque carece da exigida determinabilidade, da inerente aplicabilidade direta e, necessariamente, da indispensável justicialidade¹⁴²⁹.

E, mais estranho seria, que a realidade examinanda pudesse afirmar-se, em cumulação, nas qualidades de fundamento e de direito subjetivo¹⁴³⁰.

¹⁴²⁸ Em sentido próximo, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 474: “as referências à dignidade da pessoa humana só adquiriram honras de Direito Originário com o Tratado de Lisboa. Desde logo, no artigo 2º do Tratado da União Europeia (TUE), a dignidade da pessoa humana é alcandorada, expressamente, à qualidade de primeiro valor da União e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) abre com um título relativo à dignidade”

¹⁴²⁹ Em sentido próximo, Vitorino, *op. cit.*, p. 28: “estamos perante um ‘direito’ quando o seu titular é claramente designado e estamos perante um ‘princípio’ quando se considera que a União deve respeitar um valor específico”.

¹⁴³⁰ Em sentido contrário, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 493: “Anotações do *Praesidium* da Convenção”: “a dignidade do ser humano constitui não só um direito fundamental em si mesmo, mas também a própria base dos Direitos Fundamentais (...), Deste excerto resulta claramente que o respeito da dignidade humana se traduz num verdadeiro direito subjetivo”; e Vitorino, *op. cit.*, p. 34: “a principal inovação da Carta reside na menção da dignidade como um direito fundamental em si mesmo”.

Efetivamente, tal significaria que a dignidade da pessoa humana se revelaria como um fundamento, global e indeterminado, do conjunto dos Direitos Humanos da União Europeia e, ao mesmo tempo, como um direito subjetivo, determinado e específico¹⁴³¹.

10.2.3.2. OBJETO

I - O catálogo de Direitos Humanos da União Europeia¹⁴³² afirma-se invulgarmente extenso e denso, face aos outros catálogos internacionais - inclusive, de origem europeia¹⁴³³.

Consequência, direta, não só de uma sensível homogeneidade dos Direitos dos Estados-membros da União Europeia, como de um momento de elaboração mais próximo.

II – Todavia, o catálogo em referência patenteia uma sistematização, claramente, atípica.

Obedecendo ao sumário valorativo anunciado no Preâmbulo da própria Carta, e em especial, aos seus quatro primeiros vetores, a saber, d dignidade, da liberdade, da igualdade e da - impropriamente designada - cidadania (Preâmbulo, parágrafo 2º)¹⁴³⁴.

E, por consequência, não distinguindo - antes tentando confundir - os direitos de liberdade, civis e políticos, com os designados direitos económicos, sociais e culturais¹⁴³⁵.

¹⁴³¹ Em sentido próximo, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 494: “o carácter de direito fundamental do direito ao respeito da dignidade humana não é, todavia, pacífico. Aliás, o Tribunal mostra-se bastante parcimonioso na fundamentação dos acórdãos em que invoca a dignidade humana”.

¹⁴³² No mesmo sentido, Martins, *Direito Internacional...*, p. 288: “a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...) contém o primeiro catálogo de Direitos Fundamentais da União Europeia”; e Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 443: “primeiro *Bill of Rights* de uma organização supraestatal”.

¹⁴³³ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 783: “sobretudo, nas questões da bioética, que comportam uma dupla originalidade: ter sido o primeiro grande texto de proteção de Direitos Fundamentais internacional e generalista a tratar destas questões; e, além disso, demonstrar o lugar que as questões biomédicas podem ocupar no Direito da União”; e Vitorino, *op. cit.*, p. 34: surgem “expressões concretas desse direito (à integridade) (...). A sua consagração representa uma das melhores provas de modernidade da Carta”.

¹⁴³⁴ No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.* p. 504: “agrupa os Direitos Fundamentais que regula de acordo com o valor, ou valores, que a sua previsão e realização é chamada a servir: dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”.

¹⁴³⁵ No mesmo sentido, Pinto; Campos, *op. cit.* p. 504: “não utiliza como sistematização da sua matéria normativa, nem o critério geracional ou histórico, nem, sequer, a distinção entre direitos defensivos, de participação política e direitos económicos, sociais e culturais”; e Freitas, *op. cit.*, p. 799: “foge a todas as classificações conhecidas de direitos e procura inovar”.

III – Porém, mais do que atípica, essa sistematização é, manifestamente, criticável¹⁴³⁶.

De um lado, porque as duas realidades nela compreendidas possuem opostas, e não somente distintas, naturezas jurídicas, que não mudam em razão deste amalgamento¹⁴³⁷.

De outro lado, porque obstaculiza, seriamente - senão mesmo, impede - um labor correto de articulação e de hierarquização dos seus direitos com os restantes direitos aplicáveis.

Com os Direitos Humanos, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos Pactos Internacionais, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ou até, na Carta Social Europeia, e outrossim, com os Direitos Fundamentais de matriz constitucional¹⁴³⁸.

IV – Não obstante, embora de forma implícita, o texto examinando procede a uma disjunção, estrutural, entre os direitos de liberdade e as expectativas sociais.

Especificamente, quando opõe os direitos ao que denomina por princípios (art. 52º, nº 1 e nº 5), num quadro em que só os primeiros, correspondentes aos direitos de liberdade, surgem como autênticas posições jurídicas subjetivas¹⁴³⁹.

Mais: quando remete para a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 53º), ato que não consagra essas realidades sociais, mas, apenas, direitos civis¹⁴⁴⁰.

Acresce que, nenhuma outra construção seria juridicamente viável.

¹⁴³⁶ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 804: “alguma doutrina congratula-se com esta inovadora composição (...). Contudo, pode afirmar-se precisamente o contrário: a CDFUE prima pela desarrumação sistemática”.

¹⁴³⁷ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, pp. 799 e 798: “parificá-los juridicamente (...) é travestir o discurso jurídico em puro e inconsequente discurso axiológico-filosófico” “Tratá-los indiferentemente (...) não se nos afigura como desejável, nem mesmo juridicamente correto”.

¹⁴³⁸ Em sentido oposto, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 451: “a Carta Europeia opta deliberadamente pela unidade e integração de todos os Direitos Fundamentais, independentemente da sua natureza ‘negativa’ ou ‘positiva’”; e Vitorino, *op. cit.*, pp. 39 e 29: “a estrutura da Carta é certamente uma das suas inovações mais marcantes, uma vez que retoma e funde num mesmo texto - em nome da indivisibilidade dos direitos - os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais (...), pondo termo à distinção até então estabelecida nos textos europeus internacionais entre direitos civis e políticos (...) e direitos económicos e sociais”.

¹⁴³⁹ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 451: “explícita distinção entre direitos e princípios (art. 51º, nº 1), sendo que somente os primeiros são imediatamente precetivos e diretamente justiciáveis, carecendo os segundos de concretização legislativa e administrativa para se tornarem efetivos (...), o que lhes retira eficácia direta e real efetividade”; e Freitas, *op. cit.*, pp. 811 e 802: “a distinção tem na sua base a contraposição estrutural entre direitos de liberdade e direitos sociais”; em sede de direitos sociais, a Carta “não atribui direitos subjetivos propriamente”.

¹⁴⁴⁰ Em sentido próximo, Freitas, *op. cit.*, p. 825: “uma vez que o artigo em análise (art. 53º) não utiliza a expressão Direitos Fundamentais e só se refere à CEDH, das duas uma: ou os direitos, económicos, sociais e culturais estão excluídos deste preceito, ou estão incluídos e a Convenção não foi feliz na redação”.

Desde logo, em razão de uma diversidade de ordenamentos constitucionais, que compreende todas as opções possíveis, desde as maximalistas, socialistas, às minimalistas, liberais¹⁴⁴¹.

Depois, tendo em consideração os textos internacionais que, no âmbito social, surgem como inspiradores desta Carta, as falhadas Carta Social Europeia e Carta Social Europeia Revista¹⁴⁴².

Consequentemente, o instrumento jushumanitário da União Europeia não obriga, nem prejudica, a existência, a subsistência, ou, tão-pouco, a reversão, de quaisquer designados direitos sociais¹⁴⁴³.

Mais: nem mesmo uma reversão total, porquanto as normas sobre restrições (art. 52º, nº 1), são aplicáveis apenas aos direitos, não às expectativas sociais de direitos¹⁴⁴⁴.

O que significa, ainda, que os designados direitos sociais têm por fonte, não a Carta, mas sim, outros actos jurídicos normativos da União Europeia - complementares e de execução - ou, quiçá, outros atos jurídicos normativos dos próprios Estados¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴¹ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 801: “em matéria de direitos económicos, sociais e culturais (...) não há verdadeiramente tradições constitucionais comuns”; e Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, pp. 217 e 220: “oposição dos países nórdicos, da Holanda, da Irlanda e do Reino Unido”. “A Carta ficou, portanto, aquém do *acquis communautaire* e das tradições constitucionais dos Estados-membros mais maximalistas, como é o caso de Portugal”.

¹⁴⁴² Em sentido próximo, Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 211: “os direitos sociais (...) inspiram-se numa fonte que não tem valor vinculativo - a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores - e numa convenção do Conselho da Europa que é objeto de uma aplicação assimétrica pelos vários Estados partes”.

¹⁴⁴³ No mesmo sentido, Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 215: “o Direito da União Europeia não impõe um nível mínimo de proteção social, mas também não o impede. E mais: o Direito da União Europeia nem sequer proíbe a regressão em matéria social”.

¹⁴⁴⁴ Em sentido oposto, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 452: “por maior que seja a margem de liberdade de conformação que se tenha querido deixar aos Estados-membros, ela não pode incluir a liberdade de optar pela ausência absoluta de efetivação desses direitos, devendo sempre exigir-se um nível mínimo de realização dos mesmos”; e Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 222: “os direitos sociais devem ter um conteúdo mínimo e essencial, pois o artigo 52º, nº 1 dispõe que ‘qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta (...) deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades’”.

¹⁴⁴⁵ Em sentido próximo, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, pp. 461 e 451: “no caso dos ‘princípios’ estabelecidos na Carta - que abrangem em geral os direitos a ações ou prestações (‘direitos sociais’) – a sua concretização cabe exclusivamente ao legislador e à administração”. “A Carta remete o alcance de tais preceitos para as ‘legislações e práticas nacionais’ o que os torna dependentes da variável proteção que possam ter (ou não) nos Estados-membros”; e Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 221: “a principal razão da ausência de previsão de medidas de aplicação prende-se com a relutância da maior parte dos Estados em admitirem a consagração de obrigações novas, indeterminadas e, eventualmente dispendiosas, tanto a cargo dos órgãos comunitários, como dos órgãos nacionais”.

V – Não obstante, é exequível a identificação dos seguintes direitos de liberdade civis.

O direito à vida - aqui associado, explicitamente, à garantia da proibição da pena de morte (art. 2º) - os direitos à integridade (art. 3º e 4º), à liberdade (art. 6º e 5º), à circulação e permanência (art. 45º), à segurança (art. 6º), ao asilo, (art. 18º), à intimidade privada e familiar (art. 7º), ao casamento e constituição de família (art. 9º) e à propriedade (art. 17º).

Igualmente, as liberdades de pensamento, de consciência e de religião (art. 10º), de expressão e de informação (art. 11º), artísticas e científicas (art. 13º), de reunião e de associação (art. 12º), e de empresa (art. 16º).

Por último, as garantias de proteção de dados pessoais (art. 8º) e as garantias criminais (art. 49º), ou, em plano adjetivo, as garantias de um processo equitativo (art. 47º) e as garantias processuais penais (art. 48º e 50º).

VI – É viável, também, autonomizar, enquanto direitos de liberdade, os direitos políticos.

Assim, os direitos de sufrágio (art. 39º e 40º), de petição (art. 44º), e, mais especificamente, de petição ao Provedor de Justiça europeu (art. 43º), bem como os direitos a uma boa administração (art. 41º) ou à proteção diplomática e consular (art. 46º).

VII – Uma apreciação diferenciada implica, contudo, o direito de sufrágio (art. 39º e 40º).

Na realidade, a Carta da União Europeia afirma, enquanto direitos subjetivos, realidades que, no ordenamento português, se apresentam meramente potenciais, porquanto dependentes de ulterior decisão por parte do Estado (Constituição, art. 15º, nº 4 e nº 5).

Assim, atualmente, todos os cidadãos de Estados que integram a União gozam dos direitos de eleger e de ser eleitos para o Parlamento Europeu, no Estado-Membro de residência, nas mesmas condições, precisamente, que os cidadãos originários desse Estado (art. 39º).

E gozam dos direitos de eleger e de ser eleitos em eleições municipais - se bem que, duvidosamente, em eleições para as freguesias - do Estado-Membro de residência nas mesmas condições, exatamente, que os cidadãos desse Estado (art. 40º).

Emergindo, pois, como manifestação, embrionária, de um virtual e futuro federalismo¹⁴⁴⁶.

VIII – Ainda nesta sede, uma referência é devida ao que a Carta designa por cidadania.

¹⁴⁴⁶ Em sentido próximo, Duarte, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem...*, p. 748: “traduzem a especificidade de um objetivo de integração política associado à existência e natureza própria da União Europeia, enquanto entidade política emergente”.

Efetivamente, não existe tipo algum de cidadania europeia, originária, derivada, mediata, reflexa, ou de sobreposição¹⁴⁴⁷, pelo facto, manifesto, de que inexistente Estado europeu¹⁴⁴⁸.

Mais: semelhante cidadania obrigaria a uma separação, perfeita, entre o Estado e a Nação.

E implicaria a abstrusa existência de um ente não-estadual e não-constitucional, mas dotado de um Povo - ou conjunto de Povos - hetero-determinado por outros Estados¹⁴⁴⁹.

IX – Derradeiramente, e mau-grado a exposta atipicidade sistemática deste texto europeu é possível identificar, enquanto designados direitos sociais, os seguintes.

Os direitos relativos ao trabalho, nas suas múltiplas manifestações (art. 15º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º, 32º e 33º), os direitos à segurança social e à assistência social (art. 34º), à educação (art. 16º), à saúde (art. 35º), ao ambiente (art. 37º), ou ao consumo (art. 38º).

E, ainda, mais especificamente, os direitos das crianças (art. 24º), dos idosos (art. 25º), e dos deficientes (art. 26º).

Direitos, expectativas fácticas, ou - na terminologia cartista - princípios, que surgem num plano subordinado, hierarquicamente, frente à integralidade dos direitos de liberdade¹⁴⁵⁰.

X – Inviável se considera, por seu turno, a atribuição da qualidade de Direitos Humanos aos nomenclados direitos coletivos, aos direitos das pessoas coletivas.

Pela razão de que se encontra excluída, neles, qualquer conexão com o princípio estruturante no qual assenta a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º)¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁷ Em sentido oposto, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 456: “a cidadania da União é uma cidadania ‘derivada’”; e Martins, *A cidadania...*, pp. 280, 291 e 292: “a cidadania é (...) uma cidadania de sobreposição”; “confere determinados direitos às pessoas, designadamente, o direito de livre circulação e permanência no território dos Estados-Membros, o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu bem como nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado, o direito de proteção diplomática e consular, no território de estados terceiros, por arte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro”.

¹⁴⁴⁸ Em sentido oposto, Martins, *A cidadania...*, p. 281: “desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, todos os nacionais dos Estados-Membros (...) passaram a ter duas cidadanias (...). Apesar disso, não têm duas nacionalidades. Com efeito, há cidadãos da União, mas não há quaisquer nacionais da União”.

¹⁴⁴⁹ “Os Estados-Membros mantêm intacta a sua competência para definir o modo como atribuem a nacionalidade”; assim, Martins, *A cidadania...*, p. 279.

¹⁴⁵⁰ Em sentido próximo, Martins, *A Carta de Direitos Fundamentais...*, p. 211: “os direitos sociais constituirão decerto o ‘parente pobre’ da Carta”.

¹⁴⁵¹ Em sentido oposto, Vitorino, *op. cit.*, p. 41: “reconhecimento da dimensão europeia do exercício dos direitos coletivos (...), como acontece no artigo 12º, relativo à liberdade sindical”.

XI – Por último, os Direitos Humanos da União Europeia não se inscrevem, exclusivamente, na Carta, não se estabelecendo, desse modo, uma tipicidade fechada.

Efetivamente, o Tratado da União Europeia contém direitos desta natureza, sobretudo, políticos, com destaque para o direito de iniciativa popular (art. 11º, Tratado da União Europeia, e art. 24º, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)^{1452 1453}.

10.2.3.3. NATUREZA

No plano da natureza jurídica, o texto examinando revela-se, inevitavelmente, híbrido.

Compreendendo Direitos Humanos de liberdade, isto é, direitos subjetivos, naturais, negativos, determinados, precativos, vinculantes, incondicionados e justiciáveis.

E albergando, simultaneamente, designados Direitos Humanos sociais, ou seja, expectativas fácticas, artificiais, restritas, positivas, indeterminadas, programáticas, desvinculadas, condicionais e injusticiáveis.

10.2.3.4. PRINCÍPIOS

I - O princípio da universalidade - universalidade não sinonimizável com universalismo - merece poucas referências expressas (Preâmbulo, parágrafo 2º, e art. 39º, nº 2).

Mesmo se, implicitamente, decorre da fraseologia empregue no conjunto do articulado.

Sem embargo, a Carta não consagra uma real universalidade, porque não assume, como destinatários, a globalidade dos sujeitos individuais sob a jurisdição da União Europeia.

Efetivamente, parte alargada dos direitos, sobretudo, dos direitos de natureza política, é atribuída, de forma exclusiva, aos cidadãos dos Estados que integram a organização¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵² No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 454: “para além da Carta, há que referir os direitos ‘fora do catálogo’, ou seja, os direitos avulsos incluídos nos tratados da União (por exemplo, o novo direito de iniciativa popular, reconhecido no art. 11º, nº 4, Tratado da União Europeia”.

¹⁴⁵³ “Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um ato jurídico da União para aplicar os Tratados” (art. 11º, nº 4, Tratado da União Europeia).

¹⁴⁵⁴ No mesmo sentido, Vitorino, *op. cit.*, p. 27: “foram introduzidas exceções ao princípio da universalidade, na medida em que certos direitos são reservados aos cidadãos da União (...). Trata-se, antes de mais, dos direitos políticos *stricto sensu* resultantes dos tratados: o direito de eleger e de ser eleito para

II - O princípio da igualdade, em contrapartida, apresenta-se abundantemente afirmado.

Tanto numa sua valência, positiva, enquanto igualdade de todos os indivíduos perante o Direito (art. 20º), como na sua vertente, negativa, de proibição da discriminação (art. 21º).

Quer em termos genéricos (art. 20º e 21º), quer em termos específicos, por referência ao género (art. 23º), às crianças (art. 24º), aos idosos (art. 25º), ou aos deficientes (art. 26º).

III - O princípio da proporcionalidade salienta-se no que tange à restrição (art. 52º, nº 1).

De facto, esse condicionamento só é lícito quando necessário, e se corresponder, subjetivamente, a uma exigência de proteção dos direitos e liberdades de terceiros, ou, objetivamente, a fins de interesse geral reconhecidos pela União Europeia (art. 52º, nº 1).

Releva, ainda, em termos mais específicos, em sede de Direito Criminal, no que toca ao relacionamento entre a extensão da pena e a gravidade do facto criminal (art. 49º, nº 3).

E, por fim, é colacionado quanto à restrição do direito de propriedade (art. 17º, nº 3).

IV – O princípio da confiança manifesta-se, sobretudo, no plano criminal, nas valências do tratamento mais favorável do agente e da proibição da retroatividade (art. 49º, nº 1).

Embora a anterioridade dessa previsão possa emergir de princípios gerais reconhecidos pelo Direito Internacional e, não apenas, de tipificação do Direito Interno (art. 49º, nº 1).

Em contraste, apresenta-se como um manifesto desvio ao princípio da confiança, no que se reporta ao direito de propriedade privada, a estatuição de que a utilização dos bens é suscetível de regulação legal, não porque na medida do necessário ao interesse geral, mas, porque essa medida surge, aqui, de todo em todo, indeterminada (art. 17º, nº 1, *in fine*).

Em rigor, a construção, apesar de limitada pelo princípio de proporcionalidade, sinaliza, não uma modelação jushumanitária liberal, mas sim uma intrínseca ideologização social.

V - O princípio da responsabilidade é um dos corolários imediatos do direito a uma boa administração pelas instituições, órgãos e organismos da União Europeia (art. 41º, nº 1).

De onde, todos os entes privados têm direito à reparação, por parte da União Europeia, dos danos por aqueles, eventualmente, causados, no exercício das suas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros (art. 41º, nº 3).

o Parlamento Europeu (artigo 39º), o direito de eleger e ser eleito nas eleições municipais (artigo 40º) e a proteção diplomática (artigo 46º). Com exceção destes três direitos, todos os enumerados no Capítulo V relativo à cidadania são expressamente alargados aos residentes”.

E, por referência aos ordenamentos internos, é garantido o direito a uma justa e tempestiva indemnização, quando ocorra a ablação do direito de propriedade privada (art. 17º, nº 1).

Inexiste, porém, qualquer referência, de natureza expressa, à reparação, ou à compensação, decorrentes da violação do direito à liberdade física (título VI, *a contrario*).

VI - O princípio da proteção jurídica, consubstanciado no acesso ao Direito e, sobretudo, no acesso aos Tribunais, encontra-se fixado, explicitamente, na presente Carta (art. 47º).

A qual ostenta, aliás, um setor autónomo consagrado, precisamente, à Justiça (Título VI).

10.2.3.5. REGIME

I - A inusual sistematização da Carta dos - nomenclados - Direitos Fundamentais da União Europeia não modifica a natureza jurídica das várias situações ativas nela patentes.

Logo, o regime dos direitos subjetivos de liberdade, civis e políticos é, não apenas distinto, mas oposto, ao das expectativas de facto, económicas, sociais ou culturais.

Dir-se-á que o presente texto não estabelece, em passagem alguma, semelhante distinção.

Mas não é assim, na medida em que opera a distinção entre direitos e princípios (art. 52º).

E porque afirma que os direitos emergentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros são interpretados de harmonia com essas tradições (art. 53º, nº 4).

Ora, a contraposição entre os dois referidos tipos de realidades jushumanitárias encontra-se patente ou, no mínimo, encontra-se implícita, tanto na atual Constituição portuguesa, como na generalidade das Constituições dos Estados da União Europeia.

E, simultaneamente, apresenta-se em linha com os textos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta Social Europeia (revista), bem como com os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

II – Destarte, assumem natureza precetiva e, por inerência, aplicabilidade direta, os direitos dotados de um grau adequado de determinação, isto é, os direitos de liberdade.

E, simetricamente, não a possuem, aqueles que, em ordem á sua exequibilidade, implicam a elaboração de um ato normativo complementar, ou seja, os designados direitos sociais.

Quer se trate de um ato internacional consensual - outro tratado - quer de um ato internacional unilateral - um regulamento da União Europeia, ou, quiçá, uma diretiva - quer de um ato interno - a Constituição, ou no limite, um normativo sub-constitucional.

III – Originariamente, a Carta não se afirma como um tratado internacional, não surge como *hard law*, revestindo, ao invés, natureza declaratória, natureza *soft law*.

Todavia, desde 1 de dezembro de 2009, momento de entrada em vigor do Tratado de Lisboa, passa a assumir uma vinculatividade idêntica à dos remanescentes tratados internacionais da União Europeia, e, designadamente, à desse próprio Tratado de Lisboa.

Com efeito, “a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que têm o mesmo valor jurídico que os Tratados” (art. 6º, nº 1, Tratado da União Europeia) - sem prejuízo das três mencionadas exceções, britânica, polaca e checa.

O que não implica que se esbata a distinção entre os direitos de liberdade, necessariamente vinculativos, e os designados direitos sociais, cuja implementação se encontra dependente, em simultâneo, de decisão política democrática e de viabilização financeira.

IV – A vinculação tem como destinatários, essencialmente, os sujeitos jurídicos públicos e, de entre os mesmos, sobretudo, as instituições da União Europeia, não tanto os Estados.

Todavia, estes últimos ficam também adstritos quando a respetiva ação decorra, ou se encontre conexionada, diretamente, com a ação da União Europeia¹⁴⁵⁵, como acontece, sobretudo, com a transposição das diretivas para os ordenamentos jurídicos internos¹⁴⁵⁶.

E, uma tal adstrição, pode, inclusivamente, estender-se, se bem que apenas por referência aos direitos de liberdade, aos próprios sujeitos privados¹⁴⁵⁷.

V – Em sede de condicionamentos, importa diferenciar na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, igualmente, o limite, a restrição e a derrogação.

VI – O limite, enquanto condicionamento, integra a definição originária de cada direito.

¹⁴⁵⁵ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 449: “os primeiros destinatários da Carta são as instituições, órgãos e agências da União (...) embora também vincule os Estados-membros quando atuem em cumprimento ou ao abrigo do Direito da União Europeia”.

¹⁴⁵⁶ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 455: “a Carta também vincula os Estados em sede de “transposição e aplicação nacional das ‘diretivas’ legislativas da União”.

¹⁴⁵⁷ No mesmo sentido, Martins, *A proteção da dignidade...*, p. 496: “apesar de o artigo 51º, nº 1 da Carta não incluir os indivíduos entre os destinatários da Carta (...) parece que o artigo 1º, ao afirmar que a dignidade do ser humano é inviolável, aponta no sentido da sua intangibilidade e, conseqüentemente, deverá também ser respeitada nas relações dos indivíduos entre si”.

Porém, a superior importância tributada a esta figura, surge como decorrência de um tratamento mais exaustivo e tecnicamente mais aperfeiçoado da generalidade dos direitos.

Exemplificativamente, do direito à integridade (art. 3º), do direito à proteção de dados pessoais (art. 8º), dos direitos da criança (art. 24º e 32º), ou, inclusive, do direito de sufrágio (art. 39º e 40º)¹⁴⁵⁸.

VII – O normativo em apreço disciplina com detalhe invulgar - no conspecto internacional - a restrição (art. 52º, nº 1).

Obrigando-a à forma de ato legislativo, presuntivamente, parlamentar, ou com uma qualquer intervenção parlamentar.

Exigindo-lhe, substantivamente, o respeito pelo conteúdo essencial dos direitos ou das liberdades condicionados.

Prescrevendo obediência ao princípio da proporcionalidade, assente numa ideia, expressa, de necessidade e, ainda, infere-se, de adequabilidade e de racionalidade.

E impondo-lhe, numa ótica finalística, quer a proteção de direitos e liberdades de terceiros, quer a prossecução de objetivos de interesse geral reconhecidos pela União¹⁴⁵⁹.

Se bem que, neste derradeiro caso, admitindo uma manifesta - e criticável - secundarização dos Direitos Humanos em benefício dos interesses da organização¹⁴⁶⁰.

VIII - A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece, neste domínio, uma interdependência com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 52º, nº 3).

Determinando que, sempre que a Carta consagre direitos também previstos na Convenção, o sentido e o âmbito a atribuir a esses direitos são iguais aos da Convenção, exceto nos casos em que a Carta ofereça uma proteção mais extensa ou mais ampla¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁸ Em sentido diverso, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 459: “há (...) casos em que a Carta não se bastou com esses requisitos transversais (art. 52º, nº 1), excluindo expressamente certas restrições, como sucede com a proibição da escravidão e da servidão (art. 5º), no respeitante ao direito à liberdade pessoal, ou com a proibição da tortura, no respeitante ao direito à integridade do ser humanos (art. 3º e 4º)”.

¹⁴⁵⁹ Em sentido próximo, Freitas, *op. cit.*, p. 807: “as três primeiras condições aproximam-se do regime consagrado na Constituição portuguesa, embora o regime constitucional se nos afigure muito mais exigente, especialmente devido ao carácter restritivo das restrições”.

¹⁴⁶⁰ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 847: “um requisito que aponta para a funcionalização dos direitos em relação aos objetivos comunitários, condição que vulnerabiliza todo o instrumento em causa”.

¹⁴⁶¹ “Da combinação do regime da restrição da CDFUE com os da CEDH podemos obter vários níveis de restrições admissíveis (...): (i) direitos que não poderão ser restringidos, porque a CEDH não consagra essa possibilidade (...); (ii) outros direitos que só poderão ser restringidos segundo as condições impostas pelas cláusulas específicas da CEDH (...); (iii) direitos que não têm equivalente na CEDH e que, por isso, seguem apenas o regime imposto pelo art. 52º, nº 1, da CDFUE”; assim, Freitas, *op. cit.*, p. 810.

IX - Em contrapartida, o normativo em análise não insere normas sobre a sua derrogação.

Mas, se a segurança nacional permanece uma atribuição, exclusiva, de cada um dos Estados-Membros (art. 4º, nº 2, Tratado da União Europeia), situações que impliquem uma derrogação - isto é, uma suspensão - de Direitos Humanos, não podem ser excluídas.

Sobretudo, num contexto europeu atual marcado pela grave ameaça terrorista islâmica.

X – O procedimento de revisão da Carta emerge, indiretamente, do próprio Tratado da União Europeia (art. 48º), implicando a verificação de unanimidade (art. 48º, nº 1).

Subsidiariamente, à referida vicissitude é aplicável o Direito Internacional geral (art. 39º, segs., Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados).

10.2.3.6. TUTELA

I – O Direito da União Europeia, e o Tratado da União Europeia, embora não a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, determinam um conjunto de meios garantísticos.

Os jurisdicionais afirmam-se como os mais relevantes, traduzindo-se nas competências deferidas, pelos tratados constitutivos da organização internacional, aos Tribunais da União Europeia (art. 251º a 281º, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Mais concretamente, na anulação de atos das instituições, órgãos ou organismos da União Europeia, contrários ao respetivo Direito (art. 263º, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

E, simetricamente, na verificação de omissões de ação aos mesmos exigíveis (art. 265º, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)¹⁴⁶².

II – Sem prejuízo, a garantia mais eficaz decorrerá, porventura, da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 59º, nº 2, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e art. 6º, nº 2, Tratado da União Europeia), e da inerente adstrição dessa União Europeia à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Efetivamente, a União Europeia – na esteira das suas antecessoras históricas, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a Comunidade Económica Europeia, a

¹⁴⁶² Em sentido próximo, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 93: “a União Europeia não deixa de apresentar já um quadro bastante sofisticado de proteção dos direitos da pessoa humana, para garantia do qual dispõe das devidas instâncias judiciais (em especial o Tribunal de Justiça da União Europeia), continuando, todavia, o reenvio prejudicial a ser o principal mecanismo de proteção”.

Comunidade Europeia da Energia Atômica, ou, inclusive, as Comunidades Europeias - não se perfila vocacionada, primariamente, para as questões jushumanitárias, mas, prevalecentemente, para as matérias económicas¹⁴⁶³.

Nesse quadro, os contributos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, sobretudo, do respetivo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, veem-se revelando decisivos¹⁴⁶⁴.

Mesmo se a articulação entre as duas jurisdições não surge isenta de dificuldades¹⁴⁶⁵, porque, em determinados domínios, as competências se apresentam concorrenciais¹⁴⁶⁶.

III - A tais dificuldades agregam-se - embora hoje, menos frequentemente - as decorrentes do relacionamento de ambas as jurisdições com as jurisdições internas, sobretudo constitucionais, de cada um dos vinte e sete Estados-Membros da organização.

Determinando, por consequência, um, agora nomeclado, triângulo judicial europeu¹⁴⁶⁷.

Exemplificativamente, os atos legislativos através dos quais são transpostas para o ordenamento nacional as diretivas da União Europeia são conhecíveis, em simultâneo,

¹⁴⁶³ Em sentido próximo, Duarte, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem...*, p. 756: “a deficiente ou insuficiente garantia comunitária do direito à tutela judicial efetiva, em virtude da dificuldade ou mesmo impossibilidade de um particular impugnar a legalidade de um ato comunitário de natureza normativa, ainda que o fundamento se prenda com a alegada violação de Direitos Fundamentais”.

¹⁴⁶⁴ “Esta influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no Direito Comunitário já foi mesmo qualificada de ‘migração, apropriação, assimilação, aparição, aclimação, adaptação, absorção, incorporação’ (Labayle), ou até de ‘vampirização’ (Constantinesco)”;

assim, Freitas, *op. cit.*, p. 819.

¹⁴⁶⁵ No mesmo sentido, Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais...*, p. 34: extrema dificuldade de articulação entre a jurisdição do Tribunal de Justiça e a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”; e Freitas, *op. cit.*, p. 821: “a hipótese de verificação de jurisprudências discordantes está longe de ser meramente académica”.

¹⁴⁶⁶ “O artigo 10º da CEDH foi (...) objeto de interpretações contrárias. O TEDH concluiu que a proibição de publicação de informação na Irlanda sobre clínicas de aborto britânicas era incompatível com o direito a ‘receber ou transmitir informações ou ideias sem que pudesse haver ingerência de quaisquer autoridades públicas’. Pouco tempo antes, contudo, o TJUE concluíra que, apesar da realização de abortos ser considerada um serviço para os efeitos do então artigo 49º do TCE, o direito de informação acerca dos mesmos não tinha sido violado por aquela proibição”; assim, Freitas, *op. cit.*, p. 822.

¹⁴⁶⁷ “À luz da pluralidade de normas de Direitos Fundamentais (e do Homem) e das competências de diversos tipos de Tribunais europeus (os Tribunais internos dos Estados, com destaque para os Tribunais Supremos e os Tribunais Constitucionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) (...), Luísa Duarte lançou e tem insistido na ideia de um ‘triângulo judicial europeu’”; assim, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 93.

pelos Tribunais portugueses - *maxime*, pelo Tribunal Constitucional - pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁴⁶⁸.

IV – No âmbito dos Direitos Humanos da União Europeia, mas à margem dos mecanismos de tutela jurisdicionais, vislumbram-se outros, de natureza não jurisdicional.

Assim, o direito de petição, quer junto ao Parlamento Europeu (art. 44º), quer junto ao Provedor de Justiça da União (art. 43º), por ações ou omissões das instituições, órgãos e organismos da União Europeia - que não, dos Estados.

Ou, num plano outro, os direitos à proteção diplomática e à proteção consular (art. 46º).

V - Em confronto, recorta-se muito significativa, numa ótica política, a inexistência de qualquer menção a formas de auto-tutela, mais especificamente, ao direito de resistência.

Sobretudo, num ordenamento com vocação para a progressiva estadualidade autónoma.

10.2.4. ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

O Tratado de Lisboa prescreve a futura adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 6º, nº 2).

Semelhante adesão apresenta, em tese, enquanto principais vantagens, uma definitiva harmonização entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a do Tribunal de Justiça da União Europeia, e, outrossim, um inequívoco reforço da segurança e da confiança jurídicas dos destinatários dos Direitos Humanos europeus¹⁴⁶⁹.

Contudo, os riscos jurídico-políticos inerentes a essa adesão não se encontram ausentes.

Desde logo, o risco jurídico de auto-rutura do próprio texto do Tratado de Lisboa, considerada, nomeadamente, a prevista auto-suficiência estabelecida no que toca à solução de diferendos (art. 292º)¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁸ Em sentido próximo, Freitas, *op. cit.*, p. 828: “os atos nacionais de transposição de diretivas são sempre passíveis de revista pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mesmo que se limitem a transcrever a diretiva”.

¹⁴⁶⁹ Em sentido próximo, Freitas, *op. cit.*, p. 848: “subordinação do TJUE a um controlo jurisdicional externo; o fim das divergências interpretativas entre o TJUE e o TEDH e, donde, um só padrão de controlo europeu; garantias adicionais para os particulares; manutenção da unidade civilizacional da Europa”.

¹⁴⁷⁰ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 839: “incompatibilidade da adesão com os artigos 220º (‘o Tribunal de Justiça garante o respeito do Direito na interpretação e aplicação do presente Tratado’), e 292º

Depois, o risco político resultante da não-aceitação das decisões emanadas de representantes jurisdicionais de Estados terceiros, designadamente, de Estados terceiros cujo patamar de evolução jushumanitária se apresenta inferior ao da União Europeia¹⁴⁷¹.

10.3. DIREITO INTERNACIONAL ISLÂMICO

I – A Declaração Universal dos Direitos Humanos, não obstante a respetiva designação, suscita reservas profundas, desde a sua aprovação, ao quadro jurídico-religioso islâmico.

Sem embargo, é nos finais da década de setenta que começa a ser questionada, de forma mais vincada, pelos muçulmanos, na sequência - e como consequência - da Revolução Iraniana (1979), que faz cessar a monarquia, pró-ocidental, do Xá Reza Pahlevi, instaurando, em sua substituição, um modelo teocrático, radical, e de feição xiita.

II – A nova Constituição iraniana abre, precisamente, com a afirmação, enfática, de que “a forma de governo do Irão é a República Islâmica, estabelecida pelo Povo iraniano, com base na sua antiga crença na soberania da verdade e da justiça corânica” (art. 1º).

Declara, igualmente, que “a República Islâmica é um sistema baseado na crença: 1) num Deus Único (como afirmado na frase "Não há Deus senão Deus"), Sua soberania exclusiva e direito de legislar, e na necessidade de submissão aos Seus mandamentos; 2) na Divina revelação e no seu papel fundamental na divulgação das leis” (art. 2º).

Estabelece, ainda, que “todas as leis e regulamentos civis, penais, financeiros, económicos, administrativos, culturais, militares, políticos, e outros, devem basear-se em critérios islâmicos” e que “este princípio se aplica de uma forma absoluta e geral a todos os artigos da Constituição, bem como a todas as outras leis e regulamentos” (art. 4º).

E, mais determina, no plano das relações internacionais, que “de acordo com o versículo sagrado do Alcorão ‘Esta é a Sua comunidade, é uma comunidade única, e eu sou seu Senhor’, os muçulmanos formam uma única Nação e o governo da República Islâmica do Irão tem o dever de formular suas políticas gerais com o objetivo de cultivar a amizade e a unidade de todos os Povos muçulmanos, devendo esforçar-se constantemente por promover a unidade política, económica e cultural do mundo islâmico” (art. 11º).

(‘os Estados-membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação do Tratado a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos’)

¹⁴⁷¹ No mesmo sentido, Freitas, *op. cit.*, p. 841: “controlo da conformidade de um ato comunitário com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem feita por uma Câmara composta por juízes provenientes de Estados terceiros, nomeadamente de países que ainda não atingiram o estado de maturação democrático e de proteção dos Direitos Fundamentais (...). Diz-se mesmo, que, por causa disso, o Conselho da Europa é mais um Conselho da Eurásia”.

III - Dois anos mais tarde, o representante da República Islâmica do Irão na Organização das Nações Unidas, declara, perentoriamente, na Assembleia Geral, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos traduz uma simples interpretação secular da tradição judaico-cristã.

Revelando-se, pois, insuscetível de aplicação pelos indivíduos muçulmanos, sem que dessa aplicação resulte grave infração da *Shariah*.

Designadamente, em razão da liberdade religiosa (art. 18º), da decorrente liberdade de educação (art. 26º), e, nas suas múltiplas valências, da própria liberdade nupcial (art. 16º).

IV – Inspirado pelo êxito da Revolução iraniana, o islamismo conhece, agora, uma renovada ambição, que se consubstancia, hodiernamente, na existência, oficial, de cinquenta Estados muçulmanos ou, no mínimo, apresentando maioria religiosa muçulmana.

Assim, uma corrente, direitista e nacionalista, advoga a acelerada formação de novos Estados Islâmicos, rigorosamente confessionais, e exclusivamente regidos pela *Shariah*.

O que acontece, com o Paquistão e, de um modo ainda mais determinado, no Afeganistão.

Uma outra corrente, esquerdista e internacionalista, representada pelo Partido Socialista Árabe (*Ba'ath*) e apoiada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, defende a implantação de Estados laicos, mas dotados de sistemas comunistas adaptados ao Islão.

Bem como, no fim desses múltiplos procedimentos políticos nacionais, uma unificação da integralidade do mundo muçulmano¹⁴⁷², e um verdadeiro retorno do Califado¹⁴⁷³.

Dando causação direta a um significativo número de violentas ditaduras árabes, nomeadamente, no Egito - após a morte de Nasser - na Síria, na Líbia, ou na Tunísia.

¹⁴⁷² No mesmo sentido, Oliviero, *op. cit.*, pp. 554 e 555: “a doutrina islâmica tradicional, tem continuamente terrorizado a possibilidade, para os Estados islâmicos, de reunir-se num ordenamento, que, deixando amplas margens de autonomia às várias componetes étnicas, deveria realizar uma efetiva unidade política e cultural. Deste modo, conserva-se viva a ideia de um Estado Islâmico”.

¹⁴⁷³ “Entre os juristas muçulmanos existiu sempre acordo sobre a necessidade de a comunidade ter um chefe único, vitalício e sucessor de *Muhammed*, denominado Califa”. “Califa é o chefe temporal do poder executivo (...). No que se refere ao poder legislativo, nenhuma atribuição é reconhecida ao Califa. Segundo a teoria tradicional do poder no Estado islâmico, o ordenamento normativo para o governo da comunidade é fixado na lei universal contida nos textos escritos do Corão e da Suna (...). “As modalidades de aquisição do Califado são três. A primeira é a eleição ou escolha, por uma parte da comunidade (...); a segunda é a designação do sucessor pelo predecessor (...); a terceira é a ocupação do poder, por força do princípio de que à anarquia é preferível a tirania; assim, Oliviero, *op. cit.*, pp. 562 e 563.

10.3.1. DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

I - É nesse quadro jurídico-político, e no da Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammed realizada em Londres (1980)¹⁴⁷⁴, que emerge a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (1981).

Contudo, este primeiro texto jushumanitário internacional islâmico assume-se, apenas, como uma compilação dos livros sagrados, elaborada por juristas, filósofos, estudiosos e representantes dos movimentos e do pensamento muçulmanos (Preâmbulo, parágrafo 7º).

Especificamente, do conjunto jurídico-religioso formado pelo Alcorão, pela *Suna* (Preâmbulo, parágrafo 7º), e por outras normas resultantes dessas fontes, identificadas através de uma metodologia hermenêutica entendida válida pela jurisprudência islâmica.

Mais: o texto examinando é impassível de visionamento como autêntica declaração universal islâmica, porque encontra o essencial da respetiva ancoragem, teórica, na *Suna*, revelando-se, assim, apenas parcialmente compatível com o Islão de feição xiita.

II – A Declaração Islâmica ergue-se como uma primeira resposta à Declaração Universal dos Direitos Humanos e como a primeira objeção, sistémica, ao respetivo universalismo.

Traduzida, desde logo, numa fundamentação religiosa - ou mesmo, hiper-religiosa - explícita, patente na afirmação de que “os Direitos Humanos no Islão estão firmemente enraizados na crença de que Deus, e somente Ele, é o Legislador e a Fonte de todos os Direitos Humanos. Em razão de sua origem divina, nenhum governante, governo, assembleia ou autoridade pode reduzir ou violar, sob qualquer hipótese, os Direitos Humanos conferidos por Deus, assim como estes não podem ser cedidos” (Preâmbulo, parágrafo 2º).

Considerada, depois, na negação da liberdade religiosa e, inerentemente, da liberdade de consciência, aos muçulmanos - sem prejuízo de uma eventual liberdade religiosa, mitigada, concedida a terceiros não muçulmanos (XIII).

Observada, ainda, na previsão de um direito de resistência travestido em dever de resistência, porque dirigido não à defesa individual, mas, funcionalmente, à proteção da própria *Shariah* (IV, e), e XII, c)).

E, por fim, atenta uma discriminação, negativa, em razão do sexo (XIX e XX), vertida, mormente, na afirmação de que “na família, os homens e as mulheres devem compartilhar

¹⁴⁷⁴ “Esta Declaração dos Direitos Humanos é o segundo documento fundamental proclamado pelo Conselho Islâmico, para marcar o início do 15º século da Era Islâmica, sendo o primeiro a Declaração Islâmica Universal, proclamada na Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammad (que a Paz e a Bênção de Deus estejam sobre ele), e sua Mensagem, ocorrida em Londres, no período de 12 a 15 de abril de 1980” (Declaração Islâmica dos Universal dos Direitos Humanos, Prefácio, parágrafo 6º).

as suas obrigações e responsabilidades, de acordo com o seu sexo, dotes naturais, talentos e inclinações, sem perder de vista as responsabilidades comuns para com os filhos e parentes” (XIX, h)).

10.3.2. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ISLÃO

I – Uma década mais tarde, é adotada, pelos Estados que integram a Organização da Conferência Islâmica, enquanto *soft law*¹⁴⁷⁵, a Declaração dos Direitos Humanos no Islão (1990) - igualmente denominada por Declaração do Cairo.

Ao contrário da anterior, emerge no conspecto internacional de uma afirmação mais radicalizada da identidade muçulmana, e, por inerência, de um afastamento do Ocidente e dos valores, identitariamente liberais, que subjazem à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

II - Assim, no Preâmbulo, transparece, de imediato, o seu fundamento religioso (parágrafo 1º), e a obediência à *Shariah* (parágrafo 2º), princípios que são, seguidamente, no corpo normativo, reafirmados e reforçados (art. 24º e 25º).

A discriminação negativa sexual persiste, se bem que em termos mais atenuados, porquanto a mulher se apresenta, agora, como titular dos seus próprios direitos, da sua identidade civil, e, do mesmo modo, passível de independência económica (art. 6º, al. a)).

No que concerne ao catálogo jushumanitário, a liberdade de religião, apesar de aceite para os não-muçulmanos, dentro dos limites da *Shariah* (art. 18º), é recusada, enfaticamente, aos muçulmanos (art. 10º).

Inexistindo, também, nesse último contexto, liberdade educativa, em benefício de uma exclusiva educação religiosa muçulmana (art. 9º).

10.3.3. CARTA ÁRABE DOS DIREITOS HUMANOS

I - Finalmente, é elaborada a Carta Árabe dos Direitos Humanos (2004, em vigor desde 2008)¹⁴⁷⁶, o primeiro tratado internacional islâmico relativo à temática *sub judice*.

¹⁴⁷⁵ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, p. 33: “instrumento multilateral não vinculativo cuja estrutura (...) é similar à da Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

¹⁴⁷⁶ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, p. 34: “em 2008, a Carta Árabe dos Direitos Humanos entra em vigor, ao ser aceite por sete (dos, ao tempo, vinte e dois) Estados Árabes. Mais tarde, treze Estados ratificaram-na”.

Emana da Liga dos Estados Árabes (1945) - criada antes da própria Carta das Nações Unidas - e, em concreto, da sua Comissão Árabe Permanente de Direitos Humanos¹⁴⁷⁷.

O procedimento de elaboração, não obstante, revela-se especialmente longo e laborioso.

Inicia-se quando a União dos Advogados Árabes propõe à Liga dos Estados Árabes a feitura de uma Convenção sobre Direitos Humanos (1960), conhece uma versão malograda (1994)¹⁴⁷⁸, e apenas termina no momento em que a Organização Internacional procede à adoção, na Tunísia, de um texto integralmente revisto (2004)¹⁴⁷⁹.

II – A Carta Árabe dos Direitos Humanos estabelece um catálogo de Direitos Humanos distribuído entre direitos civis, direitos políticos e, inclusive, designados direitos sociais.

Não obstante a atribuição dos mesmos se operar de forma diferenciadora, ou mesmo, discriminatória, entre os sujeitos individuais, *rectius*, entre os vários grupos de sujeitos individuais, que integram a comunidade¹⁴⁸⁰.

III - Em razão da sua natureza *hard law*, este tratado árabe concorre, diretamente, com os Pactos Internacionais, sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e, menos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não devendo, contudo, ser ignorada uma sedimentação, progressiva e ininterrupta, ao longo de quase sessenta anos, do *consuetudine* internacional universal inspirado por esta.

Aliás, o presente texto jushumanitário árabe menciona, de uma forma explícita, quer os princípios da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quer, ainda, as disposições de ambos os Pactos Internacionais sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Preâmbulo, parágrafo 5º).

¹⁴⁷⁷ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, pp. 34 e 33: “o maior contributo da Comissão Permanente foi a elaboração do projeto da Carta Árabe de 1994”. Mesmo se, “durante muitos anos, a Comissão não produziu quaisquer resultados dignos de menção (...). O seu papel terá sido ensombrado pelas atividades do Organização da Conferência Islâmica - mais tarde redesignada por Organização de Cooperação Islâmica. Esta, em agosto de 1990 adota a Declaração de Direitos Humanos do Islão - Declaração do Cairo”.

¹⁴⁷⁸ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, p. 31: “a Carta de 1994 nunca entrou em vigor, sendo substituída dez anos depois pela Carta Árabe revista de 2004”.

¹⁴⁷⁹ Al-Midani, *op. cit.*.

¹⁴⁸⁰ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, p. 37: “os titulares dos direitos e das liberdades garantidos são diferentes grupos. Um primeiro grupo é composto apenas pelos cidadãos dos Estados-partes (...). Um segundo grupo é composto pelas pessoas residentes no território da parte contratante, sem qualquer distinção baseada na nacionalidade (...). Um terceiro grupo, são as pessoas integradas no segundo grupo, mas dotadas de especiais qualificações ou atributos”.

IV – No entanto, incompatibiliza-se com esse Direito Internacional Geral dos Direitos Humanos, mormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Num primeiro lugar, porque se ancora na Declaração dos Direitos Humanos no Islão (Preâmbulo, parágrafo 5º), e no que designa por “princípios eternos de fraternidade, igualdade, e tolerância entre todos os seres humanos, firmemente estabelecidos pela *Shariah* islâmica e outras religiões divinamente reveladas” (Preâmbulo, parágrafo 2º).

Num segundo, porque persiste na discriminação em razão do sexo, mesmo se afirma que “os homens e mulheres são iguais na dignidade humana, nos direitos e nos deveres” (art. 3º, nº 3) e que, alegadamente, a igualdade sexual se estabelece “no âmbito da discriminação positiva estabelecida em favor das mulheres pela *Shariah* islâmica e outras leis divinas, legislação e instrumentos internacionais” (art. 3º, nº 3).

Num terceiro, porque estatui um direito à liberdade de pensamento, de crença e de religião (art. 30º, nº 1), mas admite as limitações prescritas por uma *Shariah* (art. 30º, nº 1, e nº 2) que não contempla tais liberdades no que se refere aos indivíduos muçulmanos.

E, num quarto lugar, porque coloca o sionismo no mesmo plano, condenatório, do racismo (art. 2º, nº 3), quando esse sionismo traduz, apenas, a legítima aspiração do povo judeu à sua autodeterminação e, nesse quadro, à re-existência de um Estado nacional judaico, localizado no mesmo território em que se sediou, historicamente, o antigo Reino de Israel.

Mais: quando, modernamente, no sionismo dominam, não os sionistas de extração conservadora, mas os de orientação progressista - como Ben-Gurion, ou Moshe Dayan.

V – A Carta Árabe dos Direitos Humanos, não obstante o carácter de tratado, não estabelece, originariamente, nenhum mecanismo garantístico de carácter jurisdicional¹⁴⁸¹.

É instituído, tão-somente, um Comité Árabe de Direitos Humanos (art. 45º, nº 1), ao qual resulta atribuída a competência para examinar relatórios elaborados pelos Estados, (art. 48º, nº 1, nº 2, nº 3), de par com a formulação de recomendações (art. 48º, nº 4)¹⁴⁸².

Mais: inexistente qualquer mecanismo de petição, de queixa, originária dos Estados, ou de jaez individual ou grupal, fundada em violação desta Carta Árabe dos Direitos Humanos.

VI – Desse modo, só muito mais tarde (2014), na sequência das designadas - e malogradas - Primaveras Árabes¹⁴⁸³, é constituído um Tribunal Árabe dos Direitos Humanos.

¹⁴⁸¹ Sobre a temática, Al-Midani, *op. cit.*

¹⁴⁸² “O Comité Árabe dos Direitos Humanos entra em funções em 2009 e está sediado no Cairo; assim, Magliveras, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁸³ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, pp. 31 e 44: “na sequência das designadas Primaveras Árabes (...) o projeto de um Tribunal Árabe de Direitos Humanos torna-se uma das prioridades da Liga Árabe”.

O Estatuto desse Tribunal assume a forma de um Protocolo da examinada Carta Árabe.

E a sua competência extravasa, até, as questões emergentes da Carta, englobando todas as atinentes aos Direitos Humanos consagrados em outros tratados árabes (art. 4º) ¹⁴⁸⁴.

Em contraposição, no que concerne à legitimidade processual ativa, resultam excluídas, integralmente excluídas, quaisquer petições ou recursos de natureza individual (art. 19º).

Pior: não se prevê, tão-pouco, o direito a uma reparação indemnizatória, para os casos em que se constate a existência de uma violação efetiva dos referidos Direitos Humanos ¹⁴⁸⁵.

10.3.4. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO INTERNACIONAL ISLÂMICO

I - Nenhum dos supraexaminados textos internacionais muçulmanos é, apesar das respetivas designações, suscetível de qualificação como Direito Internacional Geral.

II - Primeiro, porque têm como destinatários um número circunscrito de Estados, de entre os cerca de duzentos que integram, hodiernamente, a Comunidade Internacional.

Segundo, porque esse diminuto grupo de Estados não compreende, sequer, a totalidade dos Estados muçulmanos contemporâneos.

Terceiro, porque esses normativos - e, por maioria de razão, o último - não são objeto de uma aplicação uniformizada nos vários Direitos estaduais.

Quarto, porque se assumem como instrumentos de natureza religiosa, mais do que jurídica.

Quinto, porque, em todos esses textos internacionais é infirmado o princípio elementar da igualdade, atenta a persistente discriminação negativa, fundada no género.

Sexto, porque dos mesmos se encontra ausente a liberdade religiosa e, por inerência, as liberdades de consciência e de pensamento, quer para os indivíduos muçulmanos, quer, se bem que em menor extensão, para os não-muçulmanos.

“A ideia da criação de um Tribunal Árabe dos Direitos do Homem é baseada numa proposta do Barhein, formulada na conferência ocorrida em 25 e 26 de fevereiro de 2013”.

¹⁴⁸⁴ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, p. 44: “o Tribunal tem jurisdição sobre quaisquer casos decorrentes da aplicação e implementação da Carta, bem como de qualquer outro tratado árabe no domínio dos Direitos Humanos que haja sido ratificado pelas partes contratantes”.

¹⁴⁸⁵ No mesmo sentido, Magliveras, *op. cit.*, p. 51: “não estipula o pagamento de indemnizações às vítimas, nem a adoção de medidas provisórias em casos de extrema seriedade e urgência, quando seriam necessárias para prevenir danos irreparáveis causados aos indivíduos”.

Sétimo, porque, se a *Shariah*, não é, rigorosamente, totalitária, dado que o indivíduo não se funde, integralmente, com a sociedade, a verdade é que não é, minimamente, liberal, porque disciplina, em múltiplos domínios, a esfera individual mais íntima.

Oitavo, porque aquela é, também, incompatível com a democracia, precludendo, assim, uma existência, mesmo que minimalista, de direitos individuais de liberdade políticos¹⁴⁸⁶.

10.4. UNIVERSALISMO E RELATIVISMO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

I - Na Comunidade Internacional é notória a clivagem concetual entre universalismo e relativismo - ou, de um outro ângulo, entre o mono-culturalismo e o multi-culturalismo.

Entre os que defendem a persistência de um único Direito Internacional Geral dos Direitos Humanos, e os que advogam um Direito Internacional Geral coexistente com Direitos Internacionais regionais ou sectoriais, ou que pretendem mesmo, no limite, a inexistência, de um Direito Internacional Geral dos Direitos Humanos¹⁴⁸⁷.

E, bem assim, entre aqueles que sustentam a necessidade de uma sociedade culturalmente homogénea, na qual as minorias existentes se integram, no essencial, num padrão maioritário, e outros que admitem, ou propugnam, a criação, num mesmo quadro geográfico, de sociedades não apenas inclusivas das minorias, mas, rigorosamente multiculturais, sem qualquer diferenciação entre a maioria e as minorias.

II – O universalismo dos Direitos Humanos é insuscetível de afirmação fáctica absoluta.

Desde logo, porque encontra resistências numa tradição cultural ocidental, que, embora razoavelmente homogénea, intrinsecamente individualista, e essencialmente liberal, apresenta diferenças, de entre as quais, a questão da pena de morte, é paradigmática¹⁴⁸⁸.

Depois, porque é interpelado, e recusado, pela generalidade dos contextos regionais e estaduais com referências históricas e culturais distintas das ocidentais.

¹⁴⁸⁶ Em sentido oposto, Haberle, *Novos horizontes...*, p. 62: “o grande tema de como tornar os Estados islâmicos, passo a passo, capazes de democracia (face à *Shariah*, como suprema fonte do Direito e elemento de identidade constitucional (...) o que é quase insolúvel), constitui talvez o maior desafio do nosso Mundo em processo constituinte”.

¹⁴⁸⁷ Em sentido próximo, Martins, *Direito Internacional...*, p. 94: “aos partidários do universalismo opõem-se os defensores do relativismo cultural, que advogam que algumas, a maior parte, ou mesmo todas as regras sobre Direitos Humanos, dependem do contexto cultural”.

¹⁴⁸⁸ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 21: “o princípio da dignidade da pessoa humana (...) não pode de modo algum reconhecer-se em ordenamentos que admitem a pena de morte”.

De facto, nos continentes asiático e africano, a dimensão comunitarista, de matriz familiar, ou mesmo, tribal, prevalece sobre, ou, concorre com, uma valência individualista¹⁴⁸⁹, destacando as posições jurídicas passivas, os Deveres Humanos, com a inerente menorização das posições jurídicas ativas, os Direitos Humanos¹⁴⁹⁰.

Acresce que, nos modelos políticos prevalecentes nesses sistemas, a noção de Estado de Direito e, sobretudo, a de Estado democrático, se encontram, estruturalmente, ausentes.

Finalmente, porque, com a emergência da designada Guerra Fria, se opera a segmentação do mundo em dois blocos ideológicos radicalmente opostos.

E, porque, nas duas últimas décadas, o choque entre concepções jushumanitárias é ampliado pela globalização¹⁴⁹¹, conhecendo novo - e insustentável - patamar, com uma escalada migratória na direção do Ocidente nunca antes conhecida.

III - Entretanto, o confronto nuclear, em sede de Direitos Humanos, entre o universalismo e o relativismo, prende-se, hoje, com o relacionamento entre o Ocidente e o Islão.

De facto, ao longo de mais de dois mil anos, o mundo ocidental, embora de uma forma lenta, progride, moderniza-se, liberaliza-se, individualiza-se, democratiza-se, laiciza-se.

Mas no universo islâmico, não se verifica fenomenologia análoga, como decorrência, inexorável, de as respetivas normas jurídicas fundamentais se afirmarem, igualmente, indissociavelmente, como as suas normas fundamentais religiosas.

Na verdade, a *Shariah* - expressão que significa, literalmente, o caminho a seguir – traduz uma articulação, integral, entre Deus - o Deus Único, *Allah* - o Homem - numa sua dupla dimensão, externa e íntima - e, no seu conspecto, a própria sociedade.

¹⁴⁸⁹ No mesmo sentido, Botelho, *A tutela...*, p. 93: “em África, ou na maioria dos Estados asiáticos, a pessoa humana não é perspectivada do ponto de vista do indivíduo (atendendo à sua individualidade, única e irrepetível), mas como parte de um grupo, quer este seja a família, a tribo ou a coletividade”; e Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 121: “a luta pelos Direitos Fundamentais é mais intensa (...) no contexto habitual de civilizações africanas ou asiáticas, de tradição coletivista ou de tendência teocrática”.

¹⁴⁹⁰ Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 26: “o continente asiático apresenta (...) falta de unidade regional, seja pela diversidade de tradições religiosas e culturais (islamismo, confucionismo, taoísmo, budismo, hinduísmo), seja pelas diferenças de desenvolvimento económico e de regime político que se traduzem em formas díspares de entendimento da questão”.

¹⁴⁹¹ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 67: “a globalização transportou os problemas de Direitos Fundamentais para o âmbito mundial, confrontando as teses do universalismo e do relativismo cultural”.

IV – Não obstante, os Direitos Humanos erguem-se, e não podem deixar de erguer-se, no que concerne ao seu núcleo elementar, como direitos de todos os indivíduos, em todos os momentos, e em todos os locais¹⁴⁹².

Erguem-se, necessariamente, como verdadeiros direitos subjetivos internacionais e universais, porque assim o exige, indeclinavelmente, a dignidade da pessoa humana¹⁴⁹³.

Logo, quanto aos Direitos Humanos pessoais e, quiçá, aos Direitos Humanos políticos, não pode admitir-se forma alguma de relativismo.

Com efeito, relativismo implicaria proceder a um nivelamento negativo, fazendo decair uma exigência ética - e, inclusive jurídica - entretanto atingida, globalmente, pelo próprio Homem¹⁴⁹⁴.

E traduziria uma derrota do euro-mundo, enquanto berço e farol dos Direitos Humanos - e dos Direitos Fundamentais - sobremaneira, dos direitos de liberdade¹⁴⁹⁵.

V – Importa não ignorar, ainda, que os Direitos Humanos - se esgotam nas situações jurídicas ativas individuais, nos direitos subjetivos de atribuição singular¹⁴⁹⁶.

Inexistindo, conseqüentemente, direitos coletivos, direitos grupais, sejam esses presuntivos direitos dos Povos, dos futuros Povos, das Nações, ou de quaisquer tipos de minorias, ao invés do que sugere, tipicamente, a construção relativista¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹² No mesmo sentido, Velarde, *op. cit.*, p. 16: “como poderia falar-se de uns Direitos Humanos que não fossem universais? Que significaria, nesse caso, Humanos?”

¹⁴⁹³ No mesmo sentido Peces-Barba, *op. cit.*, p. 215: “o universalismo é uma exigência da dignidade humana”; e Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 498: “existência de um núcleo normativo, correspondente à dignidade humana, de conteúdo necessariamente universalizável”.

¹⁴⁹⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 36: “o pluralismo cultural não pode ser utilizado para justificar o relativismo ético ou a arbitrariedade despótica”; “há um conjunto de Direitos Fundamentais, do qual decorrem todos os outros; o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a qualidade de homens. E esses direitos (...) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos económicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial”.

¹⁴⁹⁵ Em sentido oposto, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 131: “derrocada política do euro-mundo”.

¹⁴⁹⁶ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 387: “enquanto grupo, põe-se o problema dos direitos coletivos especiais, dada a sua identidade e um forte sentimento de pertença e de partilha (língua, religião, família, escola)”; e Calera, *op. cit.*, p. 62: “o liberalismo do século XX teve de constatar a existência de importantes movimentos sociais, presentes e poderosos, que reivindicam direitos coletivos, como sucede com os nacionalismos e multiculturalismos, que afirmam os direitos dos grupos sociais frente a entidades coletivas complexas e historicamente sedimentadas como são os Estados”.

¹⁴⁹⁷ No mesmo sentido, Velarde, *op. cit.*, p. 66: “o multiculturalismo renuncia a uma noção individualista, para acolher conceitos como os de direitos das comunidades, ou de direitos dos grupos sociais”.

Pior: inexistindo, a possibilidade de, sob a invocação desses supostos direitos coletivos, serem obliterados parte dos direitos individuais daqueles, ou de alguns daqueles - mais tipicamente, as mulheres¹⁴⁹⁸ - que integram tais grupos minoritários¹⁴⁹⁹.

VI – Assim, num quadro inquestionavelmente universalista, os Direitos Humanos dos indivíduos que integram minorias devem ser respeitados, devem ser protegidos, e deverão mesmo ser promovidos, designadamente, no que toca à respetiva liberdade de consciência, de religião e de culto, como ocorre com os de quaisquer outros indivíduos.

Não obstante, é necessário, reciprocamente, que tais indivíduos pretendam integrar-se.

Em nome de uma indispensável paz social e, mais, em ordem à sobrevivência dos valores históricos, civilizacionais, étnicos, linguísticos, culturais, e religiosos, milenarmente comuns à qualificada maioria existente nesses virtuais Estados de acolhimento^{1500 1501}.

¹⁴⁹⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 139: “apesar do reconhecimento da liberdade religiosa e de um efetivo direito á diferença (...) não será admissível entre nós, por exemplo, numa relação privada entre muçulmanos, o ‘repúdio’ previsto na *Shariah*, com consequências drásticas, e só relativamente à mulher, por não ser conforme à ordem constitucional portuguesa, tal com decorre do entendimento normativo das relações familiares, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade conjugal e da igualdade dos cônjuges”.

¹⁴⁹⁹ Em sentido próximo, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 138: “a aceitação da existência de direitos de grupos culturais minoritários nunca poderá, contudo, pôr em causa valores fundamentais da comunidade, nem implicar a coletivização dos direitos dos membros, em termos de prejudicar o conteúdo essencial dos direitos e das liberdades individuais destes perante os próprios grupos”.

¹⁵⁰⁰ Em sentido oposto, Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 387 e 419: “as modernas sociedades há muito que perderam um dos seus traços característicos: a identidade comunitária baseada numa forte homogeneidade social. Tornaram-se multiculturais, multiétnicas”. “Os imperativos da comunidade constitucional inclusiva apontam decididamente para a extensão do tratamento de nacional a comunidades migrantes implantadas em territórios estrangeiros mas fortemente constitutivas de multiculturalismo social da referida comunidade constitucional”; *Sobre os fundamentos...*, p. 40: “a inclusividade social tem hoje acuidade sobretudo nas sociedades pluriculturais: com grandes presenças de emigrantes e de minorias étnicas e religiosas”; *Jusfundamentalidade...*, p. 848: “a abertura à multiculturalidade, económica, social e religiosa, implica também a irradiação de conflitualidades jusfundamentais”; e Andrade, *Algumas reflexões...*, pp. 137 e 138: “a transformação das sociedades europeias em sociedades de emigração massiva, gera a existência de verdadeiras e significativas minorias culturais em comunidades onde havia uma diversidade estabilizada ou uma relativa homogeneidade social e cultural”. “Afastadas as doutrinas da integração e da separação, esta tensão entre a diferença e a igualdade e a coesão social tem sido compreendida e resolvida nas sociedades democráticas em modos diversos, que podemos sintetizar no confronto entre um ‘relativismo cultural’ e um ‘pluralismo com referência integradoras’, ou, num outro registo, entre a ideia da ‘multiculturalidade’ e a ideia da interculturalidade”.

¹⁵⁰¹ Em sentido oposto: “a defesa da diversidade cultural é eticamente imperativa, inseparável do respeito da dignidade humana” (art. 4º, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural - adotada em 2001).

11. DEVERES FUNDAMENTAIS E DEVERES HUMANOS

11.1. INTRODUÇÃO

11.1.1. NOÇÃO DE DEVER FUNDAMENTAL E DE DEVER HUMANO

Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são posições jurídicas, situações jurídicas, que, simetricamente aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos, conformam para o titular, adstrição, vinculação, obrigação, imposição, desvantagem¹⁵⁰².

11.1.2. DEVERES FUNDAMENTAIS E HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS

I – Efetivamente, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos não esgotam o quadro das relações estabelecidas entre os poderes públicos e as comunidades de indivíduos, nem o observatório das conexões desenvolvidas no interior de cada uma dessas comunidades.

Incorporam, igualmente, os Deveres Fundamentais, internos, e os Deveres Humanos, internacionais, se bem que a sua disciplina jurídica, principal, regimental e tipológica se apresente, num dos casos, minimalista, e, no outro, quase inexistente.

II – Os Direitos Fundamentais e, após, os Direitos Humanos, resultam de uma árdua luta.

Na origem, frente aos absolutismos, mais recentemente, face aos totalitarismos¹⁵⁰³ e, em Portugal, enquanto resposta à existência de dois modelos sucessivos de matriz autoritária.

Não se estranha, assim, uma focagem jurídica estrutural nas posições ativas, em detrimento, manifesto, de quaisquer posições passivas.

¹⁵⁰² No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1038: “corporizam imposições de desvantagens, que gravam os respetivos titulares, em nome da defesa de interesses gerais, do Estado ou da sociedade”.

¹⁵⁰³ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 110: “a ‘repressão’ de que os Deveres Fundamentais foram objeto na Europa Ocidental no segundo pós-Guerra explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo com a obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efetiva aos Direitos Fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos Deveres Fundamentais”.

Porém, embora intencionalmente ignorados e reiteradamente esquecidos¹⁵⁰⁴, existem sempre¹⁵⁰⁵ Deveres Fundamentais, como existem sempre, embora em grau menor, Deveres Humanos.

Não é concebível uma atribuição de direitos sem deveres, porquanto a liberdade, que subjaz a semelhantes direitos, implica, necessariamente, articulação com a responsabilidade.

Responsabilidade essa que, por seu turno, encontra tradução numa existência de deveres.

De facto, a liberdade absoluta é sinónima de anarquia, de ausência de qualquer ordem, de qualquer ordenamento jurídico, seja este jusfundamental, seja o mesmo jushumanitário.

Mais: reciprocamente, não é pensável a figura dos deveres sem relação com a figura dos direitos, especificamente, no quadro, moderno, do Estado de Direito democrático¹⁵⁰⁶.

III – Sem prejuízo, a regra é, sempre, a da liberdade, é, sempre, o direito que a consagra.

Inerentemente, a deverosidade, o dever que onera essa liberdade é, sempre, a exceção¹⁵⁰⁷.

Assim, numa ótica liberal - ou, se se preferir, não socialista - torna-se imperativo que os Deveres Fundamentais e que os Deveres Humanos se reduzam ao mínimo exigível, por um lado, à garantia dos direitos pessoais ou civis e dos direitos políticos e, por outro lado, a um adequado funcionamento institucional dos Estados e da Comunidade Internacional.

11.1.2.1. ASPETOS COMUNS AOS DEVERES E AOS DIREITOS

I – As similitudes observáveis entre os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos, e os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, apresentam-se inequívocas.

¹⁵⁰⁴ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 165: “tanto os deveres em geral, como os Deveres Fundamentais em particular, foram objeto de um pacto de silêncio, de um verdadeiro desprezo”.

¹⁵⁰⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 156: “quer do ponto de vista filosófico, quer no plano jurídico, o estatuto das pessoas na sociedade política tem de incluir deveres”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 315: “não há direitos sem deveres porque não há garantia jurídica ou fáctica dos Direitos Fundamentais sem o cumprimento dos Deveres do Homem e do Cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os Direitos Fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos”.

¹⁵⁰⁶ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 315: “não há deveres sem direitos porque é de todo inconcebível um Estado de Direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos Direitos Humanos”.

¹⁵⁰⁷ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 533: “vale aqui o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre Direitos e Deveres Fundamentais, entendendo-se mesmo ser a assimetria (...) uma condição necessária de um ‘estado de liberdade’”.

De facto, quer os Deveres Fundamentais, quer os Deveres Humanos, afirmam-se subjetivos, públicos, individuais, naturais de origem, positivados, paradigmaticamente frente ao poder, ou acessoriamente face à comunidade e assentes na dignidade da pessoa humana.

II - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são deveres subjetivos públicos.

Consustanciam deveres subjetivos porque os sujeitos jurídicos se encontram pessoalmente adstritos face aos sujeitos jurídicos ativos, aos sujeitos titulares de direitos.

E surgem enquanto deveres subjetivos públicos porque as normas de Direito Público, Interno ou Internacional, que os consagram, implicam, no que se refere aos sujeitos passivos, adstrições, sobretudo, frente ao poder, e não face aos remanescentes indivíduos.

III - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são deveres individuais¹⁵⁰⁸.

Deveres cujos titulares são, necessariamente, as pessoas singulares, não as coletivas¹⁵⁰⁹.

Mais: também nesta sede passiva, não se visualizam dimensões objetivas, não se concebendo, pois, deveres como sinónimos de valores, princípios ou instituições.

Existem, por certo, valores, princípios, ou instituições, que subjazem a esses deveres.

Não se conformam, todavia, *a se*, enquanto deveres¹⁵¹⁰.

IV - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são deveres de origem natural.

¹⁵⁰⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 114: “são também situações jurídicas individuais”.

¹⁵⁰⁹ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 258: “Deveres Fundamentais são essencialmente posições jurídicas individuais, posições referidas aos indivíduos ou pessoas humanas. Princípio este que, em rigor, não é afastado pelo facto de também as pessoas (ou organizações) coletivas serem titulares ou destinatários de Deveres Fundamentais (...) (art. 12º, nº 2)”.

¹⁵¹⁰ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 289 e 290: “para além da sua dimensão subjetiva, traduzida em posições de desvantagem ou passivas do indivíduo para com o Estado exigidas por interesses públicos gerais, também dispõem de uma dimensão objetiva (...). Não se esgotam no seu vetor subjetivo, embora este tenha de ser dominante, sob pena de os mesmos deixarem de ter por função e eficácia a identificação do estatuto constitucional dos indivíduos”. “Os Deveres Fundamentais extravasam largamente da figura jurídico-subjetiva cujos contornos anteriormente traçamos, assumindo um significado funcional que contende com toda a Constituição (...). De resto, alguns deveres têm mesmo um significado específico para certos valores ou instituições constitucionais como é visível, por exemplo, nos deveres de serviço militar, de voto e de pagar impostos face, respetivamente, à defesa nacional, ao sistema democrático e ao estado fiscal”.

Deveres dos quais depende a própria subsistência de cada um dos indivíduos e, bem assim, reflexamente, a da comunidade em que esses mesmos indivíduos se inscrevem.

Deveres resultantes da razão humana, e nunca deveres constituídos pelo poder público.

E deveres mínimos, porquanto derivados, necessariamente, dessa matriz naturalística¹⁵¹¹.

V - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são deveres positivados.

Efetivamente, a génese naturalística não contende com uma subsequente positivação.

Aliás, sem esta, não existem, em rigor, Deveres Fundamentais ou Deveres Humanos, mas apenas, virtualmente - num paralelismo com os Direitos do Homem - Deveres do Homem.

VI - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são, paradigmaticamente, posições jurídicas passivas frente ao poder.

Postulando, desse modo, uma diferenciação, rígida, entre a esfera jurídica pública e as esferas jurídicas individuais.

Efetivamente, o inverso significaria a indiferenciação entre direitos e deveres, ou, no mínimo, a funcionalização dos primeiros pelos segundos - fenomenologia apenas observável nos modelos totalitários¹⁵¹².

VII - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos, são, complementarmente, deveres frente à comunidade.

Existem, pois, antes de mais, face ao poder público - perspectiva vertical - mas existem, igualmente, frente aos remanescentes indivíduos - perspectiva horizontal.

Destinando-se, aqui, a corresponder, por ação ou por omissão, aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos de que aqueles indivíduos se configuram titulares.

¹⁵¹¹ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 243 e 250: “são fundamentalmente uma efetiva criação do Estado”; “só a Constituição é fundamento de Deveres Fundamentais, não podendo (...) falar-se (...) de deveres pré-estaduais ou de deveres morais”.

¹⁵¹² No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 531: “na compreensão comunista, os Direitos Fundamentais eram também relativizados pelos Deveres Fundamentais: os indivíduos tinham direitos conexos com deveres, o que, nos quadros políticos dos ex-países comunistas, acabou por aniquilar os direitos e hipertrofiar os deveres”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 315 e 219: “nos Estados totalitários há unicamente deveres que também são apelidados de direitos”; neles “vigora um total primado dos deveres, que traduz na prática a eliminação pura e simples dos direitos, ou seja, a sua conversão em funções”.

VIII - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são, por último, deveres cujo fundamento é a defesa da dignidade da pessoa humana.

Se bem que, nesta sede, passiva ou adstringente, uma defesa de matriz indireta e mediata.

Exemplificativamente, estabelece-se um serviço militar obrigatório enquanto garantia da existência, não só do Estado, mas da própria comunidade de indivíduos que lhe subjaz.

E, pagam-se impostos em ordem a garantir a persistência, não apenas do referido Estado, mas de direitos pessoais ou civis, e de direitos políticos - ou, futura e eventualmente, de designados direitos sociais.

11.1.2.2. ASPETOS DIFERENCIADORES DOS DEVERES E DOS DIREITOS

I - Todavia, no confronto com os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos patenteiam múltiplas e relevantes diferenças.

Assim, além de serem posições passivas¹⁵¹³, apresentam-se, globalmente, não tipificados, não determinados, não preceituáveis, não incondicionados e, finalmente, não justiciáveis.

Aproximando-se, pois, não dos verdadeiros Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, dos direitos de liberdade, mas das expectativas fácticas, dos designados direitos sociais.

II - Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos, embora beneficiando de positivação, não se encontram tipificados, nem pela Constituição, nem pelo Direito Internacional, não ocorrendo, na generalidade dos casos, a sua identificação, ou, mesmo ocorrendo, não assumindo esta a natureza de um catálogo e, menos ainda, de um sistema.

Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos não são determinados, ou determináveis, considerando que nem o ordenamento constitucional interno, nem, menos ainda, o ordenamento internacional, lhes oferecem um mínimo de densidade normativa.

Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos não são preceituáveis, revelando-se, desse modo, insuscetíveis de aplicabilidade direta ou imediata, e obrigando, necessariamente, a uma intervenção legislativa ordinária ou tratadual complementar.

¹⁵¹³ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 113: “passivas, visto que consistem ora em deveres genéricos (por exemplo, o dever de defender e promover a saúde – artigo 64º, nº 1), ora em obrigações para com o Estado (por exemplo, o dever de pagar impostos - implícito nos artigos 103º e 104º), ora em sujeições (por exemplo a submissão à obrigatoriedade das decisões dos Tribunais – artigo 205º, nº 2), ou ainda em deveres funcionais (por exemplo, o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos - artigo, 36º, nº 5)”.

Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos não são, tipicamente, deveres vinculativos, não são suscetíveis de adstringir, por si mesmos, os respetivos titulares.

Finalmente, os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos não configuram posições justiciáveis, por não disporem de uma expressa tutela, jurisdicional, ou não jurisdicional.

III – Assim, em absoluto rigor jurídico, inexistem Deveres Fundamentais, e sobretudo, inexistem Deveres Humanos.

O que existe são deveres, ou de fonte legal ordinária, ou de origem sub-convencional, porquanto dependem, não apenas de ulterior determinação, mas, inclusive, de tipificação.

Cumprindo aferir, não obstante, se é possível escolher, livremente, entre consagrar e não consagrar Deveres Fundamentais, ou, no mínimo, sobre a respetiva graduação e priorização - na esteira do que acontece com as expectativas fácticas de direitos sociais.

IV – Neste domínio, a reserva financeira, a exequibilidade fática da criação de Deveres Fundamentais ou de Deveres Humanos, não configura impedimento, porque, na perspetiva do poder, trata-se de exigir algo aos sujeitos individuais, e nunca de prestar.

Apesar de a estrutura estadual, ou, quiçá, internacional, pressuposta pela própria implementação de deveres, não se apresentar isenta de custos, e de custos muito elevados.

Diferentemente, a reserva política, a decisão de implementação de Deveres Fundamentais ou de Deveres Humanos não se revela, pela própria natureza das coisas, incondicionada.

Tornando-se indispensável, porém, distinguir entre duas situações radicalmente opostas.

Primeira: não existe uma reserva de decisão política quanto aos autênticos Deveres Fundamentais ou Deveres Humanos, quanto aos deveres, de origem natural, associados à liberdade.

Deveres nos quais se escora, ou depende, a garantia dos direitos pessoais e políticos, bem como a subsistência do Estado e da Comunidade Internacional.

Segunda: existe uma reserva de decisão política quanto aos deveres artificiais, aos deveres criados *ex novo*, ou pelo Direito Interno, ou pelo Direito Internacional.

Deveres que, não se afirmando como Deveres Fundamentais, ou como Deveres Humanos, poderão ser implementados, ou não implementados., quer pelo regulador interno ordinário, quer pelo regulador subsequente internacional.

11.1.3. FIGURAS PRÓXIMAS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E DOS DEVERES HUMANOS

Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são situações passivas e individuais.

Entretanto, outras situações jurídicas passivas se perfilam que não correspondem, nem ao conceito, nem à natureza, dos Deveres Fundamentais ou dos Deveres Humanos.

Designadamente, não se conformam como tais, as situações jurídicas passivas individuais conexas, ou simétricas, com as posições ativas, os deveres para com as gerações futuras, os deveres cívicos, os deveres das pessoas coletivas, e os deveres funcionais.

11.1.3.1. SITUAÇÕES JURÍDICAS PASSIVAS CONEXAS OU SIMÉTRICAS

Os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos são, exclusivamente, as posições passivas que ostentam um grau mínimo de autonomia por referência às posições ativas¹⁵¹⁴
1515.

São as que independem da existência de direitos, são aquelas às quais não correspondem direitos e, sobretudo, aquelas que não surgem enquanto um mero simétrico de direitos¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁴ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 151: Deveres Fundamentais são apenas os que possuem “natureza autónoma”; Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 116: “Deveres Fundamentais autónomos são os impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito (...); não o são aquelas situações subjetivas passivas que constituem a posição reflexa das situações ativas que forma o conteúdo dos Direitos Fundamentais”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 254: “são de excluir as posições passivas correlativas de Direitos Fundamentais, ou seja, os deveres (ou as sujeições) correlativos, relacionais, reversos ou simétricos dos Direitos Fundamentais ou deveres ou sujeições de Direitos Fundamentais”.

¹⁵¹⁵ Em sentido oposto, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, pp. 172 e 173: “poderemos encontrar na Constituição dois tipos de devres, conforme o grau da sua explicitação: temos os que se encontram em título, e em pareceria com os direitos, sublinhando-se uma corresponsabilidade geral; e temos os especificamente determinados como deveres *a se*”; “de entre os primeiros, contam-se os que nos surgem no título III da parte I da CRP, nessa epígrafe e nas suas divisões. Assim, o título III cura dos ‘direitos e deveres económicos, sociais e culturais, e os respetivos capítulos sucessivamente dos direitos e deveres económicos (art. 58º, segs, dos direitos e deveres soaqs (art. 63º, segs) e dos direitos e deveres culturais (art. 73º, segs)”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 533: “existência de deveres conexos com Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais não autónomos ou Deveres Fundamentais correlativos a direitos. É o que acontece por exemplo com (...) o dever de educação dos filhos, correspondente ao dever de educação dos pais”.

¹⁵¹⁶ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 255: “os deveres de omissão (abstenção ou não perturbação)” dos restantes indivíduos, “não são autónomos face à figura dos Direitos Fundamentais (...) não são expressão da situação passiva (...) do indivíduo face ao Estado ou à comunidade, mas o elemento

11.1.3.2. DEVERES PARA COM AS GERAÇÕES FUTURAS

I - Igualmente, não se definem como Deveres Fundamentais, nem como Deveres Humanos, os deveres para com as gerações futuras.

Por um lado, considerada a carência de titulares desses alegados deveres, ou, até, a ausência de titulares dos alegados direitos que aos mesmos deveres corresponderiam¹⁵¹⁷.

Por um outro lado, observada a sua natureza grupal e, nunca, intrinsecamente individual.

II – Não obstante essa inexistência jurídica, encontram-se mencionados, expressamente, em termos de Direitos Humanos, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Se bem que, numa perspetiva política, e estritamente proclamatória, porquanto marginal ao respetivo corpo normativo (Preâmbulo, parágrafo 6º).

11.1.3.3. DEVERES CÍVICOS

I - Os deveres examinados não se confundem, ainda, com os deveres a-jurídicos, ou extra-jurídicos, integrados em outras ordens normativas, com os meros deveres cívicos.

Efetivamente, se esses deveres se conformassem como Deveres Fundamentais, ou como Deveres Humanos, não seriam, então, deveres cívicos, mas verdadeiros deveres jurídicos.

Ou, em alternativa, traduzir-se-iam na existência, absurda numa ótica liberal, de verdadeiros direitos-deveres¹⁵¹⁸, ou quiçá, de verdadeiros direitos-deveres funcionais¹⁵¹⁹.

ou o lado passivo dos *status activi* do indivíduo, que recai diretamente sobre os seus semelhantes, configurando-se assim como verdadeiros limites inter-individuais dos direitos”.

¹⁵¹⁷ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 240: “não descortinamos quem sejam os atuais titulares (ativos) desses direitos. Pois que estes ou são as futuras gerações, o que não é factível, ou se reconduzem à geração atual, o que originaria a curiosa categoria de direitos a que futuras gerações tenham direito (s) a uma vida digna de ser vivida”.

¹⁵¹⁸ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 310: “o direito (...) entraria em contradição insanável consigo próprio se pretendesse impor deveres éticos, isto é, deveres que, por natureza, apenas são impostos pela consciência individual”.

¹⁵¹⁹ Em sentido próximo, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 120: “não existe pois, em regra, uma associação intrínseca entre Deveres Fundamentais e Direitos Fundamentais, que transformaria estes últimos em poderes funcionais”.

II – Em especial, o direito de sufrágio - eleitoral referendário, ou mesmo, quiçá, de destituição popular - consubstancia um mero dever cívico e nunca um dever jurídico¹⁵²⁰.

Revelando-se, pois, absurdo o virtual estabelecimento de sanções de índole jurídica decorrentes do incumprimento de um dever não jurídico¹⁵²¹.

Mais: esta construção dos direitos, de alguns dos direitos de liberdade, *et pour cause*, da própria liberdade, aproxima-se da (falsa) liberdade dos antigos, assumindo, desse modo - num contexto mais contemporâneo - um perfil totalitário.

Inclusive, fazendo recordar a solução encontrada para o referendo constitucional de 1933, no qual as abstenções são contabilizadas como votos favoráveis.

11.1.3.4. DEVERES DAS PESSOAS COLETIVAS

Os sujeitos coletivos afirmam-se insuscetíveis de Direitos Fundamentais ou de Direitos Humanos, considerada a ausência, nos mesmos, de dignidade humana.

E, fenomenologia análoga tem de se vislumbrar, por identidade de razão, no que concerne aos Deveres Fundamentais e aos Deveres Humanos.

Mormente, para o típico dever de pagar impostos, que constitui um Dever Fundamental ou um Dever Humano, em rigor, apenas para os sujeitos individuais.

Na verdade, só para estes emerge como um dever de gênese natural, e só para eles assume, enquanto contrapartida, a defesa dos direitos pessoais ou civis e dos direitos políticos.

Pelo contrário, os sujeitos coletivos, não sendo suscetíveis de direitos pessoais ou civis e, menos ainda, de direitos políticos, não podem, também, ser titulares de um dever fundamental ou de um dever humano, de pagamento de impostos.

Acresce que, tecnicamente, não é impossível que esses impostos, mesmo se relativos à atividade de sujeitos coletivos, sejam pagos pelas pessoas individuais que os integram¹⁵²².

¹⁵²⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 153: “a nossa Constituição, no n° 2 do artigo 49º, estabelece paradigmaticamente que votar constitui um dever cívico, excluindo assim a ‘dupla natureza’ do direito de sufrágio”.

¹⁵²¹ Em sentido distinto, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 153 e 154: “ao legislador ordinário fica aberta a possibilidade de tornar juridicamente obrigatório o voto, estabelecendo sanções para a abstenção injustificada. Só que essa intervenção legislativa tem de ser considerada como restritiva da liberdade de voto e está, por isso, sujeita aos limites estabelecidos no art. 18º”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 375: a expressão deveres cívicos “não tem subjacente qualquer intenção de excluir o carácter jurídico de tais deveres, atirando-os desse jeito para o campo da ética, mas antes impor limites ao legislador quanto à sua sancionação (...), que pode (...) traduzir-se em qualquer tipo de sanção”.

¹⁵²² Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 304 e 258: “mesmo quando e na medida em que são imputados às pessoas coletivas, ainda têm, de algum modo, o sentido de deveres de carácter individual,

11.1.3.5. DEVERES FUNCIONAIS

Os deveres funcionais - incluídos nas usualmente designadas situações funcionais - apartam-se dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos por se localizarem no interior do poder, e não perante esse poder.

Por inerirem, exclusivamente, ao estatuto funcional de titulares de cargos públicos¹⁵²³.

E por consubstanciarem adstrições diferenciadas, e reforçadas, no confronto com aquelas de que são destinatários os restantes membros da comunidade.

11.1.4. TIPOLOGIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E DOS DEVERES HUMANOS

I - Tipologicamente, os Deveres Fundamentais e os Deveres Humanos assumem valências muito distintas.

II - Desde logo, podem recortar-se como deveres frente ao poder, ou frente aos remanescentes indivíduos¹⁵²⁴.

Embora nunca como deveres face a si próprio, por analogia de razão com o sustentado relativamente aos - supostos - direitos¹⁵²⁵.

III - Depois, podem assumir como destinatários todos os indivíduos, ou apenas um seu conjunto, normativamente situado¹⁵²⁶, ponto sendo que, desta última distinção, não resulte uma discriminação negativa.

porque, por detrás desses instrumentos de afirmação e realização da personalidade jurídica humana, que são as pessoas coletivas, estão os indivíduos com a sua eminente dignidade, cuja efetivação passa necessariamente pela existência e funcionamento da comunidade estadual”.

¹⁵²³ No mesmo sentido, Gouveia, *Manual...*, p. 1038: “posições subjetivas, ativas e passivas, inerentes à titularidade de um órgão público, de acordo com o cargo desempenhado”.

¹⁵²⁴ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 310: “deveres que se impõem às pessoas nas suas relações com outras pessoas, como é o dever dos pais de manutenção e educação dos filhos”.

¹⁵²⁵ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 310: “deveres até para consigo próprio, como é o caso de defender e promover a saúde própria”.

¹⁵²⁶ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 311; “deveres gerais ou deveres em função do Estado ou de condições particulares. Enquanto aqueles são aplicáveis a todos os cidadãos ou mesmo à

Exemplificativamente, os especiais deveres de isenção partidária relativos à carreira militar, ou os específicos deveres de obediência por parte do funcionalismo público.

IV - Podem, ainda, emergir enquanto deveres positivos, ou enquanto deveres negativos.

No primeiro caso, refletindo-se na exigência, ao titular passivo, de uma ação e, no segundo, na sua adstrição a uma omissão¹⁵²⁷.

V – Finalmente, no quadro dos deveres positivos, podem recortar-se como deveres de prestação pessoal, ou como deveres de prestação de coisa.

Naqueles, impondo ao devedor uma prestação de *facere*, uma ação subjetiva, nestes, obrigando-o a uma prestação de *dare*, a uma ação patrimonial¹⁵²⁸.

11.1.5. HISTÓRIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E DOS DEVERES HUMANOS

11.1.5.1. HISTÓRIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

11.1.5.1.1. HISTÓRIA ESTRANGEIRA

I - As origens remotas dos Direitos Fundamentais sediam-se, frequentemente, na Idade Antiga e, mais especificamente, na Grécia do período clássico.

Porém, a nomenclada liberdade dos antigos destaca-se como uma liberdade não-livre, como uma liberdade vinculada, como uma liberdade-dever, e, cumulativamente, enquanto liberdade de natureza coletiva, e não enquanto liberdade de carácter individual.

Consequentemente, é plausível situar a origem remota dos Deveres Fundamentais nesse tempo histórico, mesmo se enquanto - filosóficos e não jurídicos - Deveres do Homem.

generalidade dos titulares passivos dos deveres e constituem a regra, estes dirigem-se apenas aos integrantes de um dado estatuto pessoal e são a exceção”.

¹⁵²⁷ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 306: “consoante impliquem para o respetivo destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo”.

¹⁵²⁸ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 306: “uma prestação de facto (*facere*), como são a generalidade (...), no seio dos quais há ainda a destacar os deveres pessoalíssimos ou deveres de prestação infungível, como são o dever de serviço militar e seus sucedâneos, o dever de voto, etc., (...), uma prestação de coisa (*dare*) como é o exemplo típico o dever de pagar impostos”.

II – Na realidade, só na Idade Moderna se vislumbra uma juridicização, estritamente ligada ao Direito Natural racionalista, de tais posições passivas¹⁵²⁹.

A positivação e a tipificação, decorrentes dos liberalismos - primeiro o inglês, e, um século mais tarde, o americano e o francês - incidem, contudo, de uma forma quase exclusiva, nos Direitos Fundamentais, obnubilando quaisquer Deveres Fundamentais.

Não obstante algumas exceções, sobretudo, em França, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com o dever de pagar impostos, e com os deveres resultantes da expropriação por utilidade pública¹⁵³⁰ ou, supervenientemente, com o dever de defesa¹⁵³¹.

11.1.5.1.2. HISTÓRIA PORTUGUESA

I - A Constituição de 1822 configura, no quadro histórico-comparado nacional, um invulgar conjunto de Deveres Fundamentais¹⁵³².

Assim: “todo o português deve ser justo”; “os seus principais deveres são venerar a religião; amar a Pátria; defendê-la com as armas, quando for chamado pela lei; obedecer à Constituição e às leis; respeitar as autoridades públicas; e contribuir para as despesas do Estado” (art. 19º).

II – Opostamente, a Carta Constitucional, no que concerne aos Deveres Fundamentais, afirma apenas que “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em razão dos seus haveres” (art. 145º, parágrafo 14º).

E a Constituição de 1838 surge na sua esteira, ao determinar que “ninguém é isento de contribuir, em proporção de seus haveres, para as despesas do Estado” (art. 24º).

¹⁵²⁹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 227: “deveres, numa primeira fase da Modernidade, vão (...) integrar o sistema de Direito Natural elaborado pelo racionalismo, sendo em geral identificados como os aspetos passivos ou limites imanentes dos próprios direitos, entendidos estes como direitos naturais”.

¹⁵³⁰ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 229 e 230: “é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 a consagrar expressamente três dos Deveres Fundamentais clássicos, a saber, o dever de obediência com expressão na última parte do art. 7º, o dever de pagar impostos, constante do art. 13º, e o dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação por utilidade pública referido no art. 17º”.

¹⁵³¹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 230: “outro dever fundamental clássico - o dever de defesa - obtém consagração na Declaração de Direitos da Constituição do ano I”.

¹⁵³² No mesmo sentido, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, pp. 337 e 338: “o art. 19º (...) destaca-se em todo o constitucionalismo liberal, por jamais ter voltado a ser previsto preceito semelhante sobre deveres”. “Caráter limitado (e não absoluto, como foi frequente defender-se no Estado liberal) dos direitos individuais”.

III – Quanto à Constituição de 1911, observa-se a articulação, expressa, entre a função legislativa e os Deveres Fundamentais.

Articulação patente na afirmação de que ninguém pode ser obrigado a fazer, ou a deixar de fazer, alguma coisa, senão em virtude da lei (art. 3º, parágrafo 1º).

E presente na exclusão do dever de pagamento de impostos quando estes não sejam votados pelo Poder Legislativo, ou pelos corpos administrativos legalmente autorizados a lançá-los, bem como aqueles cuja cobrança se não faça pela forma prescrita na lei (art. 3º, parágrafo 27.º).

IV - A Constituição de 1933, ao definir um modelo, prevalecentemente, autoritário, determina um elevado número de Deveres Fundamentais.

Assim, um dever, genérico, de respeito pelos direitos dos remanescentes indivíduos (art. 6º, nº 1, e art. 8º, nº 1).

Depois, em especial, um dever de respeito da integridade moral, bom nome e reputação de terceiros (art. 8º, parágrafo 2º), no que tange ao exercício da liberdade de expressão.

Um dever, dos pais, de educação e de instrução dos filhos (art. 13º, nº 2, 14º, nº 4, e 42º).

E um dever de serviço militar, de carácter obrigatório para o sexo masculino (art. 54º).

V – As Constituições de 1976 e de 1982 afastam quaisquer normas gerais sobre Deveres Fundamentais, ou quaisquer cláusulas gerais sobre limites aos Direitos Fundamentais¹⁵³³.

VI – A revisão constitucional de 1997 evidencia-se pela supressão de um manifesto não-dever fundamental, o dever de trabalhar (art. 58º)¹⁵³⁴.

E pela mutação - que não pela eliminação - do dever de serviço militar (art. 276º)¹⁵³⁵.

¹⁵³³ “Recusadas (...) a inclusão de uma cláusula geral de limites (MDP/CDE, PCP e PPD), tal como a prescrição de um dever geral (MDP/CDE), ou sequer de um preceito sobre deveres”; assim, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 559.

¹⁵³⁴ Em sentido oposto, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, pp. 177 e 178: “se se entender que a autonomia pessoal, a própria dignidade da pessoa, não passa necessariamente pelo trabalho assalariado, ou até pelo trabalho *tout court* (...), então não poderá (...) haver dever de trabalhar. Se se entender que na natureza humana está inscrita essa dimensão, já (...) se fará a associação necessária entre responsabilidade e trabalho”.

¹⁵³⁵ Em sentido diverso, Alexandrino, *A estruturação...*, V. I, p. 782: “retirada de dois Deveres Fundamentais, o dever de trabalhar (art. 58º, nº 2) e o de serviço militar (art. 276º, nº 2)”.

11.1.5.2. HISTÓRIA DOS DEVERES HUMANOS

Os Deveres Humanos, internacionais, apresentam uma génese e evolução mais recentes.

Tendo como fontes as mesmas, precisamente, dos Direitos Humanos, os textos normativos internacionais, quer gerais, quer regionais, posteriores à II Guerra Mundial.

11.2. CONSTITUIÇÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

11.2.1. ÂMBITO

I - Deveres Fundamentais afirmam-se aqueles cuja origem, direta e imediata, é a própria Constituição.

A fundamentalidade formal das situações passivas, pressupõe - por identidade de razão com a das situações ativas - uma previsão constitucional expressa, determinada, precativa, vinculativa e justiciável.

Sobretudo, expressa, porque na ausência de tal característica se inverificam, quer a determinabilidade, quer a precatividade, quer a vinculatividade, quer a justicialidade.

Mas, impedindo a carência de qualquer dos outros requisitos, identicamente, uma qualificação de tais situações enquanto Deveres Fundamentais.

Mais: a cláusula constitucional de atipicidade esgota-se nos Direitos Fundamentais (art. 16º, nº 1), sendo impassível de extensão aos Deveres Fundamentais¹⁵³⁶.

E o mesmo ocorre com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16º, nº 2).

O que determina a redução do âmbito dos Deveres Fundamentais a um mínimo^{1537 1538}.

¹⁵³⁶ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 115: “não há para eles qualquer cláusula aberta paralela à do nº 1 do artigo 16º. A fundamentalidade dos deveres pressupõe sempre a sua inserção na Constituição instrumental”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 534: “a Constituição não fornece qualquer abertura (...) para a existência de Deveres Fundamentais extra-constitucionais”.

¹⁵³⁷ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 532: “pode falar-se, também aqui, de uma reserva de Constituição quanto a Deveres Fundamentais”; e Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 171: “apenas podemos considerar como Deveres Fundamentais (...) aqueles que figurem, de maneira expressa ou implícita, na Constituição”.

¹⁵³⁸ Em sentido diverso, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 40: “fundamentalidade formal (no sentido de terem necessariamente por fonte a Constituição formal, ainda que a respetiva norma enunciativa possa ser implícita)”; Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 249 e 251: “devendo, pois, ter na Constituição um

II – Assim é, desde logo, no que concerne aos atos legislativos ordinários (art. 16º, nº 1), considerada a insuscetibilidade de estes se revelarem fontes de Deveres Fundamentais.

Embora não, naturalmente, de se apresentarem enquanto fontes de deveres jurídicos *tout court* - exemplo, paradigmático, do dever de registo¹⁵³⁹.

III – Assim é, igualmente, no que se reporta à inadmissibilidade de quaisquer Deveres Fundamentais de fonte internacional (art. 16º, nº 1).

A Constituição afirma integrarem-se na ordem jurídica nacional quaisquer tratados internacionais vinculativos para o Estado português (art. 8º, nº 2).

Todavia, o preceito sobre esta temática (art. 16º), não se refere os Deveres Fundamentais.

Mais: ainda que o fizesse, tais situações jurídicas passivas recortar-se-iam, sempre, em rigor, como Deveres Humanos, e nunca como Deveres Fundamentais¹⁵⁴⁰.

IV – Finalmente, encontrando-se afastada a visualização de quaisquer Deveres Fundamentais de natureza análoga (art. 17º, *a contrario*).

Com efeito, os Deveres Fundamentais surgem obedientes a um princípio de tipicidade¹⁵⁴¹, dada a sua natureza jurídica excecional.

Além de que, implicam um condicionamento dos Direitos Fundamentais que se encontra exaustiva e exigentemente regulado.

suporte expreso ou implícito”. “Não carecem de uma consagração constitucional expressa, bastando-se com uma consagração implícita, como acontece atualmente (...) com o dever de pagar impostos”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 116: “assim, porque, no nº 3 do art. 103º, a Constituição preceitua que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, tem de depreender-se que, quando os impostos seja constitucionais, há o dever de os pagar”.

¹⁵³⁹ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 248: “a questão que aqui se levanta é, assim, tão só a de saber se cada dever fundamental tem de ter um específico suporte constitucional, ou se pode reconduzir-se a uma cláusula geral capaz de suportar tanto os deveres constitucionais como os deveres extra-constitucionais”.

¹⁵⁴⁰ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 280: “não encontramos qualquer disposição que, expressa ou implicitamente, aluda à abertura do sistema de Deveres Fundamentais, em manifesto contraste com o que acontece relativamente aos Direitos Fundamentais, que formam um sistema duplamente aberto”.

¹⁵⁴¹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 278: “obedecem ao princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*; apenas são de considerar como tais os que a Constituição expressa ou implicitamente prevê”.

Ora, a virtual atipicidade dos Deveres Fundamentais transportaria, necessariamente, o afrouxamento dessas exaustividade e exigência¹⁵⁴².

11.2.2. FUNDAMENTO

Os Deveres Fundamentais, surgindo, na respetiva génese, enquanto puros deveres naturais, dotados de fundamentalidade material, ancoram-se, escatologicamente, em consonância com os Direitos Fundamentais, na mesma dignidade da pessoa humana¹⁵⁴³.

De facto, os Deveres Fundamentais assumem, sempre, uma natureza contratualizada¹⁵⁴⁴.

Destinando-se, primariamente, a assegurar a própria institucionalidade do Estado, ou, hodiernamente, a de um Estado de Direito e, em simultâneo, de um Estado democrático.

E, nesse contexto, a garantir a existência dos Direitos Fundamentais, designadamente, pessoais e políticos, e, por inerência, da dignidade da pessoa humana que os fundamenta.

11.2.3. OBJETO

I - A Constituição ora vigente não estabelece um catálogo de Deveres Fundamentais¹⁵⁴⁵.

Nem, tão-pouco, contempla qualquer critério interpretativo-identificatório dos mesmos.

¹⁵⁴² No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 115: “valendo os Deveres Fundamentais como habilitação para a restrição legislativa de direitos, liberdades e garantias, a fundamentalidade meramente material de Deveres equivaleria a conferir ao legislador a o poder de se auto-habilitar à introdução de tais restrições. O mesmo vale para aqueles Deveres Fundamentais que têm por efeitos eliminar a vertente negativa de certas liberdades”.

¹⁵⁴³ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 317: “do facto de os Deveres Fundamentais integrarem a matéria ou o *campus* jusfundamental resultam importantes consequências. Desde logo, implica que por detrás dos Deveres Fundamentais esteja também a dignidade de pessoa humana individual ou institucionalmente considerada”.

¹⁵⁴⁴ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 233: “deveres de defesa da pátria e de pagar impostos, os quais, para além de constituírem verdadeiros pressupostos da existência e funcionamento do Estado, de algum modo se revelam como a outra face respetivamente da liberdade e da propriedade”.

¹⁵⁴⁵ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 532: “a Constituição não consagra (...) um catálogo de Deveres Fundamentais à semelhança dos Direitos Fundamentais. Há apenas Deveres Fundamentais da natureza pontual, necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autorização constitucional”.

II – Porém, os mais relevantes Deveres Fundamentais, numa dupla perspectiva de acautelamento dos Direitos Fundamentais e de subsistência do próprio Estado, são dois.

De um lado, o dever, explícito, de defesa da Pátria (art. 276º, nº 1)¹⁵⁴⁶ - mesmo se, hoje, num diferente conspecto, atenta a inexistência de serviço militar obrigatório¹⁵⁴⁷.

De outro lado, o dever, implícito¹⁵⁴⁸, de pagamento de impostos (art. 103º e 104º)¹⁵⁴⁹.

Sem prejuízo, constitucionalmente, não ficam excluídos outros, caso dos deveres de obediência a atos legítimos dos poderes públicos (art. 21º, e 27º, nº 3, al. f), 1ª parte), de não uso da força privada (art. 25º e 45º, nº 1), de sujeição à expropriação por utilidade pública, mediante o pagamento de justa indemnização (art. 62º, nº 2) ou, de recenseamento e de colaboração com a administração eleitoral (art. 113º, nº 2 e nº 4)¹⁵⁵⁰.

III - Em contraste, inexistem quaisquer Deveres Fundamentais de suposta natureza social.

A *maioris ad minus*, face à inconfigurabilidade, sequer, de Direitos Fundamentais sociais.

Assim, inexistente uma obrigação de trabalhar, domínio que permanece - e deve sempre permanecer - na total disponibilidade dos sujeitos individuais (art. 58º, nº 1, *a contrario*).

Inexistente, igualmente, um dever relativo à defesa ou à promoção da saúde (art. 64º, nº 1), pela circunstância de o mesmo configurar uma situação jurídica face a si próprio¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁶ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 373: “os deveres de serviço militar, de serviço cívico, de mobilização civil e de isenção político-partidária dos militares”.

¹⁵⁴⁷ No mesmo sentido, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 174: “coloca-se, contudo, o problema de saber se o carácter voluntário de que passa a revestir-se o serviço militar a partir da revisão constitucional de 1997 não o coloca mais do lado dos direitos do que dos deveres”.

¹⁵⁴⁸ No mesmo sentido, Cunha, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 175: “resultando o dever de pagar os impostos criados segundo a Constituição de uma dedução a contrario sensu”.

¹⁵⁴⁹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 196: “entre os Deveres Fundamentais que suportam (...) a nossa cidadania, temos o dever de pagar impostos, o qual (...) mais não é do que o preço que pagamos por ter uma comunidade organizada baseada na ideia de liberdade, ou seja, no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais”.

¹⁵⁵⁰ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 151: “deveres (...) de obediência a atos legítimos dos poderes públicos (art. 21º, e 27º, nº 3, al. f), 1ª parte), o dever de não uso da força privada (art. 25º e 45º, nº 1), “deveres de recenseamento e de colaboração com a administração eleitoral (art. 113º, nº 2 e nº 4), dever de colaboração e comparência perante as autoridades judiciais, etc.”; e Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 116: “dever (...) de sujeição à expropriação por utilidade pública, efetuada com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização (art. 62º, nº 2)”.

¹⁵⁵¹ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 296: “Deveres Fundamentais de conteúdo económico, social ou cultural que, sendo fundamentalmente fruto do Estado social, se destinam a tutelar determinados valores sociais que, pela sua importância para coletividade, a constituição entendeu privilegiar” (...). “Deveres como o dever de trabalhar, o dever de cultivar a terra, o dever de defender e promover a saúde, o dever de defender o ambiente, o dever de escolaridade obrigatória, o dever de

Inexiste, ainda, qualquer adstrição à defesa do ambiente (art. 66º, nº 1), e, outrossim, à preservação, defesa, ou valorização do património cultural (art. 78º, nº 1), como o demonstra a imprevisão de quaisquer normas relativas aos conteúdos desses presuntivos deveres - surgindo, estes, na melhor das hipóteses, como puros deveres de natureza cívica.

11.2.4. PRINCÍPIOS

Os princípios dos Deveres Fundamentais são próximos dos dos Direitos Fundamentais.

Assim, o princípio da universalidade, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da confiança e, inclusive, o princípio da proteção jurídica.

11.2.4.1. UNIVERSALIDADE

I - Os Deveres Fundamentais refletem uma natureza universal, porquanto obrigam a integralidade dos cidadãos nacionais (art. 12º, nº 1).

Mais: no âmbito do dever de defesa da pátria, o dever de serviço militar onera todos os cidadãos portugueses, independentemente do género (art. 276º).

II – Todavia, esses Deveres Fundamentais não refletem uma construção universalista¹⁵⁵².

É seguro que os cidadãos estrangeiros e os apátridas que se encontrem, ou que residam, em Portugal, estão adstritos, em geral, aos deveres do cidadão português (art. 15º, nº 1).

Excetuam-se, no entanto, os Deveres Fundamentais reservados pela Constituição aos cidadãos portugueses (art. 15º, nº 2), *maxime*, os de jaez militar, porquanto as Forças Armadas são constituídas, exclusivamente, por cidadãos portugueses (art. 275º, nº 2).

11.2.4.2. IGUALDADE

I - O princípio da igualdade (art. 13º) releva no que concerne aos Deveres Fundamentais.

preservar, defender e valorizar o património cultural, são deveres cujo cumprimento tem sobretudo a ver com a existência de uma dada sociedade e não com a existência do próprio Estado”.

¹⁵⁵² No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 301: “exprimindo o empenhamento dos cidadãos na existência e funcionamento da respetiva comunidade estadual, os Deveres Fundamentais são, por via de regra, alheios aos não-nacionais”.

Quer enquanto igualdade perante o Direito (art. 13º, nº 1), quer na sua vertente de não-discriminação negativa¹⁵⁵³, quer enquanto fonte de eventual discriminação positiva (art. 13º, nº 2)¹⁵⁵⁴.

II – E essa igualdade destaca-se, sobremaneira, quanto à discriminação em sede fiscal¹⁵⁵⁵.

Designadamente, em relação ao imposto sobre o rendimento pessoal, estipula-se a sua progressividade, em ordem à atenuação da desigualdade entre os cidadãos portugueses (art. 104º, nº 1) - e, porventura, igualmente, entre os estrangeiros e apátridas.

11.2.4.3. OUTROS PRINCÍPIOS

I - O princípio da proporcionalidade não conhece menção, no texto constitucional, a propósito dos Deveres Fundamentais.

Embora, a chamada à colação do princípio da igualdade, permita atenuar a imprevisão¹⁵⁵⁶.

II - O princípio da confiança, emergindo como um corolário do Estado de Direito e, em simultâneo, do próprio Direito, subjaz, necessariamente, aos Deveres Fundamentais¹⁵⁵⁷.

Traduzindo-se, sobretudo, na vedação da retroatividade fiscal e, outrossim, de aspetos da própria retrospectividade fiscal (art. 103º, nº 3).

Sem prejuízo de essa última vertente depender de articulação com o princípio democrático, e com a politicidade legislativa ordinária a este último inerente.

¹⁵⁵³ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 341: “o princípio em causa implica (...) por um lado, que os mesmos não enfermem de arbítrio, consubstancie-se este em diferenciações ou em identidades de tratamento sem justificação racional fundada, isto é, sem ter por base critérios de valor objetivos e relevantes do ponto de vista jurídico-constitucional”.

¹⁵⁵⁴ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 342: “não nos parece que releve em matéria de Deveres Fundamentais o princípio da igualdade enquanto princípio que impõe discriminações positivas dirigidas à igualização (*retius*, á diminuição da desigualdade) fática ou de resultados”.

¹⁵⁵⁵ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 341: “genérico dever fundamental de igualdade na repartição dos encargos públicos implicados na existência e funcionamento da comunidade estadual”.

¹⁵⁵⁶ Em sentido diverso, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 346: “os Deveres Fundamentais hão-de respeitar o princípio da proporcionalidade *lato sensu*, ou princípio da proibição do excesso, nos diversos aspetos ou subprincípios em que o mesmo se desdobra”.

¹⁵⁵⁷ No mesmo sentido, Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 85: “constitui uma das componentes essenciais do Estado de Direito, estando o seu conteúdo normativo reconhecido no artigo 2º (Estado de Direito democrático), enquanto parte integrante do princípio mais vasto da segurança jurídica”.

III – Em confronto, surgindo os Deveres Fundamentais como posições jurídicas passivas, e não ativas, o princípio da responsabilidade, constitucionalmente fixado para os Direitos Fundamentais (art. 22º), revela-se para esta sede intransponível.

11.2.5. REGIME

11.2.5.1. INDETERMINABILIDADE

I – O conceito de determinabilidade e, mais especificamente, de determinabilidade imediata, verte-se na existência de uma suscetibilidade de determinação constitucional.

Ora, o objeto constitucionalizado dos Deveres Fundamentais não possui, regra geral, a densidade normativa correspondente a essa determinabilidade¹⁵⁵⁸.

Sobretudo, porque implica critérios de decisão política e critérios de decisão ideológica.

De facto, todos os Deveres Fundamentais são distintos, senão na sua existência, pelo menos no respetivo alcance, quando numa aceção liberal ou numa conceção socialista.

II - Apresentando-se a determinação constitucional minimalista, ou inexistente, a ação normativa ordinária configura uma intensa politicidade.

Mas, tratando-se de Deveres Fundamentais, quanto menor surge a densificação constitucional, mais ténues são as garantias jurídicas.

E mais limitado o controlo da adequação das opções do decisor legislativo¹⁵⁵⁹.

Ao invés do que ocorre com os Direitos Fundamentais, porque quanto maior se afirma a politicidade legislativa, maior se revela o valor liberdade. da

¹⁵⁵⁸ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 365 e 355 “os Deveres Fundamentais são, para os particulares e para a Administração, essencialmente deveres legais e não deveres constitucionais, assim se rejeitando a ideia de uma ‘elevação constitucional’ daqueles deveres, sufragada por alguma doutrina através do apelo aos chamados ‘Deveres Fundamentais derivados’”. “Mesmo nos casos em que a sua disciplina constitucional é relativamente desenvolvida, com acontece com os deveres associados a direitos, liberdades e garantias e com os deveres que podemos designar de fundamentalíssimos para a existência e preservação do Estado independente, democrático e fiscal, de defesa da pátria, de voto e de pagar impostos”.

¹⁵⁵⁹ Em sentido diverso, Novais, *Direitos sociais...*, p. 143: “a falta de determinabilidade constitucional dos direitos sociais não é uma lacuna ou uma opção inadvertida do legislador constituinte; ela está, antes, estrita e diretamente relacionada com a natureza deste tipo de direitos e com a sua dependência de fatores mutáveis que o Estado não controla, ou pode deixar de controlar”.

11.2.5.2. IMPRECETIBILIDADE

A reduzida ou nula determinação constitucional, obsta, necessariamente, à precetividade.

Logo, as normas de Deveres Fundamentais não consentem uma aplicabilidade direta¹⁵⁶⁰.

Embora se observem algumas relevantes exceções, como, designadamente, a sanção constitucional prescrita para o incumprimento de obrigações militares (art. 276º, nº 6)¹⁵⁶¹.

11.2.5.3. VINCULATIVIDADE E INVINCULATIVIDADE

11.2.5.3.1. VINCULATIVIDADE PÚBLICA

I – Sem prejuízo da indeterminabilidade, da imprecetividade e da inaplicabilidade direta, não é sustentável a carência absoluta de vinculação individual aos Deveres Fundamentais.

Com efeito, não pode deixar de se verificar uma adstrição, ainda que uma adstrição mitigada, correspondente ao exigido pela própria subsistência do Estado e, bem assim, pela garantia dos Direitos Fundamentais, mormente, dos direitos pessoais e políticos.

Sendo inconcebível, pois, um Estado no qual se encontrassem omissos quaisquer deveres nos domínios, ou da defesa nacional, ou do pagamento de impostos¹⁵⁶².

Mais: semelhante cogência assume, originariamente, um cariz de dever natural.

¹⁵⁶⁰ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 118: “os Deveres Fundamentais, constituindo normas precetivas, carecem ainda assim da intermediação do legislador para o efeito de conformação desses deveres através do estabelecimento de imposições específicas”; Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 159: “os preceitos que estabelecem Deveres Fundamentais não são diretamente aplicáveis (a não ser que a Constituição determine expressamente o seu conteúdo concreto) e necessitam de previsão normativa expressa para serem fonte concreta de obrigações jurídicas”; e Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 535: “a generalidade dos Deveres Fundamentais pressupõe uma *interpositio* legislativa necessária”.

¹⁵⁶¹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 355: “única exceção constituída pela sanção de não obtenção ou manutenção de emprego público por parte de quem não cumpra o dever de serviço militar ou seus sucedâneos”.

¹⁵⁶² Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 358 e 367: “do facto de os preceitos constitucionais relativos aos deveres não serem (...) diretamente aplicáveis pelos operadores jurídicos concretos, não se pode retirar a ideia de que eles estão desprovidos de qualquer força ou eficácia jurídica”. “Para o legislador, os preceitos constitucionais consagradores de Deveres Fundamentais são, em parte, imposições constitucionais de carácter permanente (se bem que indiretas) e, em parte, autorizações ou habilitações para legislar”.

II - Não obstante, o grau e o tipo de vinculação pública, recortam-se algo heterogêneos.

Efetivamente, nalguns casos, o legislador ordinário circunscreve-se á implementação dos Deveres Fundamentais constitucionais.

Noutros, porém, essa intervenção traduz-se em escolhas políticas, em escolhas não anteriormente realizadas, de nenhum modo, pelo constituinte¹⁵⁶³.

11.2.5.3.2. INVINCULATIVIDADE PRIVADA

Em contrapartida, os Deveres Fundamentais não ostentam uma vinculatividade privada.

Aliás, em razão da sua inaplicabilidade direta, as normas têm como destinatários não os indivíduos, mas - e apenas para os casos em que sejam ordinariamente criados - o poder¹⁵⁶⁴.

11.2.5.4. CONDICIONAMENTOS

11.2.5.4.1. LIMITE

I - A noção jurídica de limite resulta passível de alargamento aos Deveres Fundamentais.

Efetivamente, os deveres não podem, em todo, configurar-se ilimitados, nem na ótica de preservação da liberdade nem, por inerência, na da proteção, necessária, da propriedade.

¹⁵⁶³ Em sentido distinto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 367: “a liberdade do legislador vai desde Deveres Fundamentais em que a mesma é praticamente nula (caso dos deveres de votar, de recenseamento eleitoral, de escolaridade básica e de isenção político-partidária dos militares), limitando-se a sua intervenção a regulamentar os modos ou condições do seu cumprimento, passando por deveres em que, não obstante a sua desenvolvida disciplina constitucional, são deixadas ao legislador amplas liberdades de conformação conteudística (caso dos deveres de pagar impostos e de serviço militar e seus sucedâneos), até aos deveres em que praticamente fica para o legislador a concretização de todo o seu conteúdo (caso da generalidade dos deveres associados a direitos sociais).

¹⁵⁶⁴ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 366 e 365: “os preceitos constitucionais relativos aos Deveres Fundamentais dirigem-se fundamentalmente ao legislador ordinário”. “Por via de regra, o seu conteúdo está dependente de mediação do legislador ordinário”.

II - O limite, enquanto condicionamento ínsito no próprio *corpus* constitucional formal, é identificável através dos típicos procedimentos, lógico-jurídicos, da interpretação, da inferência, ou, quiçá, da integração, não significando, assim, tecnicamente, uma restrição.

11.2.5.4.2. RESTRIÇÃO

I - Os Deveres Fundamentais implicam, frequentemente, uma restrição, mais ou menos gravosa, dos Direitos Fundamentais.

Num paralelismo material com a restrição destes últimos e, sobretudo, com a restrição passível de atingir os direitos, liberdades e garantias (art. 18º)¹⁵⁶⁵.

Logo, mesmo se a Constituição não disciplina a restrição dos Deveres Fundamentais, é-lhe aplicável o regime daqueles direitos, liberdades e garantias, não obstante as necessárias adaptações^{1566 1567}.

Assim, designadamente, não é extensível à restrição de deveres a necessidade de preservação do núcleo essencial que caracteriza a restrição de direitos (art. 18º, nº 3)¹⁵⁶⁸.

Embora não se enxergue possível a restrição de um dever na sua integralidade, sob pena de descaracterização da natureza, sempre parcial, deste tipo de condicionamento.

II - A descrita analogia opera-se quanto à criação legal de Deveres Fundamentais circunscritores de direitos, liberdades e garantias, ou de direitos a estes análogos (art. 17º).

¹⁵⁶⁵ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 371: “o conceito de restrição parece não ter qualquer operatividade no domínio dos Deveres Fundamentais”.

¹⁵⁶⁶ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 534: “como a criação *ex lege* de Deveres Fundamentais implica, muitas vezes, uma restrição da esfera jurídica dos cidadãos, impõe-se um regime particularmente cauteloso semelhante aos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias”; e Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 40: “o regime dos Deveres Fundamentais apresenta-se como indissociável da generalidade dos subprincípios integrantes do princípio do Estado de Direito (art. 2º, Constituição), valendo aí regras similares às enunciadas na Constituição para as restrições dos direitos, liberdades e garantias”.

¹⁵⁶⁷ Em sentido próximo, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 535: “a aplicação aos deveres legalmente constituídos do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, não equivale à equiparação dos deveres a restrições legais de direitos e, muito menos, a limites imanentes dos mesmos direitos”.

¹⁵⁶⁸ No mesmo sentido, Correia, *Direitos Fundamentais...*, p. 123: “os Deveres Fundamentais não se apresentam revestidos de uma reserva de incompressibilidade, correspondente à extensão e ao alcance de um núcleo de essencialidade situado no interior de um conteúdo mais vasto. Esse núcleo de essencialidade é próprio dos Direitos Fundamentais”.

Não se verifica, porém, quando o condicionamento da esfera jurídica individual se inscreve no domínio de qualquer dos designados direitos económicos, sociais e culturais.

Efetivamente, seria absurdo que tais normas não fossem aplicáveis - como, genericamente, não são - a estes designados direitos sociais (art. 18º, nº 2 e nº 3), mas fossem extensíveis aos Deveres Fundamentais que afetem esses designados direitos.

III - O regime de restrição dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga apresenta-se insuscetível de transposição, ainda, no que tange aos deveres legais.

De facto, aqui não se encontra em causa a restrição de deveres formalmente constitucionais, nem, por consequência, qualquer restrição de Deveres Fundamentais¹⁵⁶⁹.

IV – Acrescendo aos condicionamentos internos à restrição, a fixação de Deveres Fundamentais encontra outros, no âmbito dos Direitos Humanos e, mais concretamente, dos Direitos Humanos *ius cogens*¹⁵⁷⁰.

Designadamente, impedindo que essas posições passivas coloquem em risco o núcleo dos direitos civis e políticos, ou os princípios estruturais que os enquadram.

E, reciprocamente, que impliquem a equiparação total, aos cidadãos nacionais, dos cidadãos estrangeiros e dos apátridas - mormente, em sede de defesa nacional¹⁵⁷¹.

11.2.5.4.3. SUSPENSÃO

A Constituição nacional, em nenhum preceito, e em circunstancialismo algum, afasta a eventualidade de suspensão, temporária, de Deveres Fundamentais (art 19º, *a contrario*).

Porém, atento o carácter naturalístico e estruturante dos mais significativos de entre eles, torna-se inconjeturável a suspensão ou, pelo menos, a suspensão na sua integralidade.

¹⁵⁶⁹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 371: “problema, porém, diferente da restrição de Deveres Fundamentais. É que (...) tais deveres são deveres meramente legais, sendo pois a sua restrição um problema de direito ordinário e não um problema de direito constitucional”.

¹⁵⁷⁰ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 244 e 245: “em matéria de Deveres Fundamentais, o Estado, enquanto membro da Comunidade Internacional, não é inteiramente livre mesmo ao nível do poder constituinte”.

¹⁵⁷¹ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, pp. 244 e 245: “limitações deste tipo são-no, por um lado, a proibição de submeter ao dever de defesa da Pátria os não nacionais e, por outro lado, a imposição de deveres que impliquem o desrespeito dos (...) Direitos Humanos internacionais, seja negando-os pura e simplesmente, seja afetando o seu núcleo ou conteúdo essencial”.

11.2.5.4.4. COLISÃO

Não deve excluir-se a ocorrência de colisão entre dois, ou mais, Deveres Fundamentais.

De facto, sobre um mesmo sujeito individual podem impender distintos deveres, e nem sempre é exequível, através da definição originária de limites, ou da imposição superveniente de restrições, a supressão de eventuais colisões entre situações passivas¹⁵⁷².

11.2.5.4.5. RENÚNCIA

I - A renúncia a Deveres Fundamentais encontra a sua manifestação mais saliente no instituto da objeção de consciência (art. 41º, nº 6).

Plasmado numa recusa de cumprimento de obrigações, ou numa recusa de prática de atos que conflituem com os invioláveis (art. 41º, nº 1) ditames da consciência individual.

Numa recusa que, por consequência, implica o incumprimento de Deveres Fundamentais e, sobretudo, que implica o incumprimento consentido, potencialmente, pelo Direito.

Exemplificativamente, o militar que afasta a utilização de armas, o advogado que nega o patrocínio de um acusado de pedofilia, o médico que exclui a prática de interrupção voluntária da gravidez.

Ou, no limite, o contribuinte que recusa o pagamento de impostos com fundamento numa - alegadamente - utilização ímqua, incompetente, indevida, ou, inclusive, corrupta, dos recursos públicos emergentes desses seus impostos.

II – Não obstante, a renúncia a Deveres Fundamentais pode, nalgumas situações, gerar a imposição de novos deveres, igualmente fundamentais - porque igualmente constitucionais - de natureza, alcance e extensão equiparáveis aos deveres incumpridos.

Como ocorre, paradigmaticamente, na prestação de serviço militar, com a substituição do mesmo por um serviço cívico, de duração e de penosidade equivalentes (art. 276º, nº 4).

III - Por último, a examinanda renúncia produz, em regra, efeitos na esfera jurídica dos sujeitos públicos.

¹⁵⁷² Em sentido próximo, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 193: “o sistema (...) é intrinsecamente conflitual e a afirmação plena dos Direitos Fundamentais de uns não pode fazer-se, as mais das vezes, sem prejuízo dos direitos dos outros ou de valores comunitários essenciais”.

Não ficando afastada, contudo, a possibilidade de os mesmos ocorrerem na esfera jurídica dos remanescentes sujeitos privados¹⁵⁷³.

11.2.5.5. RESERVA DE ATO LEGISLATIVO PARLAMENTAR OU GOVERNAMENTAL

I - O regime orgânico dos Deveres Fundamentais afigura-se heterogéneo, distribuindo-os em três grupos distintos.

Em primeiro lugar, o dos ínsitos na reserva absoluta de competência da Assembleia da República, incorporando os deveres de natureza militar ou de subsidiária natureza cívica (art. 164º, al. d)), e os atinentes ao recenseamento eleitoral (art. 164º, als. a), b), j) e l)).

Embora não, quanto à participação política, os relativos ao próprio direito de sufrágio, na medida em que este se perfila como dever cívico, e nunca como dever jurídico¹⁵⁷⁴.

Em segundo lugar, o dos inscritos na reserva relativa de competência da Assembleia da República, neles se incluindo o dever de pagamento de impostos (art. 165º, nº 1, al. i)), e os deveres de sujeição à requisição ou à expropriação (art. 165º, nº 1, al. e)).

E ainda, porventura, analogicamente, os Deveres Fundamentais conexonados com os direitos, liberdades e garantias, que, em razão da sua estrutura, consubstanciam situações passivas próximas das restrições a essas situações ativas (art. 165º, nº 1, al. b))¹⁵⁷⁵.

Em terceiro lugar, o grupo dos remanescentes Deveres Fundamentais, compreendidos na área de competência legislativa partilhada entre a Assembleia da República e o Governo.

II - Em contraponto, as cominações decorrentes do incumprimento de Deveres Fundamentais posicionam-se na reserva relativa de competência da Assembleia da República.

Importando, tão-somente, distinguir entre as que revestem natureza criminal (art. 165º, nº 1, al. c)), e as que ostentam matriz contraordenacional (art. 165, nº 1, al. d)).

¹⁵⁷³ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 129: “os obrigados a consentir (...) são os poderes públicos, mas também podem ser os privados”.

¹⁵⁷⁴ Em sentido oposto, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 373: “o dever de voto em eleições de titulares dos órgãos de soberania ou em referendo nacional (...); o dever de voto em eleições de titulares de outros órgãos e em referendo local”

¹⁵⁷⁵ No mesmo sentido, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 373: “constituindo muitos dos Deveres Fundamentais autorizações ou habilitações constitucionais para o legislador limitar negativamente específicos Direitos Fundamentais e amputar-lhes certas manifestações ou formas típicas do seu exercício, a sua concretização tem, em termos substanciais, uma clara analogia com as afetações (*maxime*, com as restrições) legais aos Direitos Fundamentais”.

11.2.5.6. RESERVA PARLAMENTAR DE TRATADO OU DE ACORDO INTERNACIONAIS

I - As matérias às quais correspondam, na ordem interna, Deveres Fundamentais, devem conter-se, necessariamente, em tratados internacionais.

Na verdade, a dessolenização procedimental encontra o seu fundamento numa menor relevância contudística, numa matriz, essencialmente, administrativa, o que, definitivamente, não se verifica com as posições passivas jusfundamentais *sub judice*.

II – Não obstante, ainda que se apresentassem como acordos, continuariam a inserir-se, em sede de aprovação, na reserva absoluta de competência (art. 161º, al. i)).

De facto, se a globalidade dos tratados solenes implica a aprovação pela Assembleia da República, idêntica intervenção é exigida para parte alargada dos tratados simplificados.

Obrigando a tal aprovação parlamentar a generalidade dos acordos que versem sobre matérias da respetiva competência, interna, reservada (arts. 164º e 165º), indiferentemente de esta ser absoluta ou relativa (art. 161º, al. i), e 197º, nº 1, al. c)).

11.2.5.7. REVISÃO CONSTITUCIONAL

I - Os Deveres Fundamentais vinculam o legislador ordinário sempre que se encontrem em causa, ou os Direitos Fundamentais de liberdade, ou a própria subsistência do Estado.

Logo, a observância de qualquer das aludidas exigências, atinentes ao poder, ou consagradas aos indivíduos, traduz-se, necessariamente, em limites materiais de revisão.

II - Assim, da insusceptibilidade de supressão da independência nacional (art. 288º, al. a)) resulta a insusceptibilidade de supressão dos Deveres Fundamentais associados à defesa nacional e, em simultâneo, dos Deveres Fundamentais respeitantes aos impostos.

Reciprocamente, da irrevisibilidade dos direitos, liberdades e garantias (art. 288º, al. d)) e da irrevisibilidade das correspondentes regras de restrição (art. 18º), decorre, ainda, uma impossibilidade de eliminação das restrições aos próprios Deveres Fundamentais.

Mais: para os que sustentam a existência de um dever jurídico de sufrágio, a irrevisibilidade das regras relativas ao sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do

poder local, ou do sistema de representação proporcional (art. 288º, al. h)), carrearia, igualmente, a insusceptibilidade de eliminação desse dever de sufrágio.

III - Em contrapartida, inexistente uma proibição, genérica, de revisão constitucional dos Deveres Fundamentais, decorrente de eventual extensão analógica da norma proibitiva, geral, atinente aos direitos, liberdades e garantias¹⁵⁷⁶, atenta a diversa natureza estrutural.

11.2.6. TUTELA

A tutela jurídica, e jurisdicional, reporta-se, essencialmente, às situações jurídicas ativas.

E, em sede de Deveres Fundamentais, parece inexistir justicialidade, ou uma justicialidade resultante, diretamente, das normas constitucionais (art. 20º, *a contrario*).

Porém, semelhante construção traduzir-se-ia numa insustentável *contraditio in terminis*.

De um lado, ao inviabilizar a própria subsistência do Estado e dos Direitos Fundamentais.

De outro lado, ao revelar-se incongruente com a admissibilidade de criação de normas sancionatórias, inclusive criminais, para o incumprimento dos Deveres Fundamentais.

Logo, a tutela, ao compreender a globalidade do acesso ao Direito (art. 20º, nº 1), e não apenas o acesso aos Tribunais, encerra, nesse universo, os Deveres Fundamentais.

11.3. DIREITO INTERNACIONAL DOS DEVERES HUMANOS

Os Deveres Humanos caracterizam-se pela escassez de normas jurídicas expressas relativas a adstrições dos sujeitos individuais, quer para com os respetivos Estados, quer para com os remanescentes indivíduos integrantes das respetivas comunidades nacionais.

Semelhante fenomenologia, contudo, não traduz a inexistência de Deveres Humanos¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁶ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 380: “não se aplica o art. 288º, al. d), a não ser nos escassos casos em que se trata de direitos, liberdades e garantias que são simultaneamente Deveres Fundamentais e apenas na medida em que o conteúdo destes coincide com o conteúdo daqueles, nem, por via de regra, qualquer outro dos limites de revisão constitucional constantes do art. 288º da Constituição”.

¹⁵⁷⁷ Em sentido oposto, Cabrita, *Direitos Humanos...*, p. 37: “a maioria da doutrina considera que não existem Deveres Humanos à semelhança dos Direitos Humanos”.

11.3.1. GERAL

I - A Declaração Universal dos Direitos Humanos não obnubila os Deveres Humanos.

Se bem que afirme, apenas, que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade (art. 29º, nº 1).

Ou - mais elípticamente - que ninguém se encontra sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei, com vista a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros, e a fim de satisfazer as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (art. 29º, nº 2).

II - Os Pactos Internacionais, sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, contêm uma referência, comum, aos Deveres Humanos.

Estatuindo que, o indivíduo é titular de deveres em relação a outrem, e em relação à coletividade a que pertence, e que sobre o mesmo recai a responsabilidade de promoção e de respeito pelos direitos e liberdades naqueles reconhecidos (Preâmbulo, parágrafo 5º).

Mais: o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos prevê, inclusive, uma tipificação de Deveres Humanos, se bem que no quadro, circunscrito, da liberdade de expressão (art. 19º).

Afirmando que o exercício dessa liberdade civil comporta deveres e responsabilidades especiais, podendo, se necessário, ser comprimido, em ordem ao respeito dos direitos, ou da reputação, de outrem e, outrossim, à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moralidade públicas (art. 19º, nº 3).

E, em termos mais difusos, reportando-se, também, às responsabilidades recíprocas dos cônjuges, quer na constância do matrimónio, quer aquando da respetiva dissolução (art. 23º, nº 4), bem como no que concerne à proteção dos filhos (art. 23º, nº 4).

11.3.2. REGIONAL EUROPEU

I - No quadro regional europeu dos Deveres Humanos observa-se idêntica preocupação.

II - Assim, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos assinala, no que tange à liberdade de expressão (art. 10º), que o seu exercício implica deveres e responsabilidades.

Sendo passível de submissão às formalidades, condições, restrições ou sanções necessárias, numa sociedade democrática, a salvaguardar a segurança nacional,

integridade territorial ou segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteger a saúde ou a moral, a honra ou os direitos de outrem, a impedir a divulgação de informações confidenciais, e a garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (art. 10º, nº 2).

Do mesmo modo que, os cônjuges se encontram adstritos a deveres, de carácter civil, quer entre si, na constância do matrimónio e aquando da respetiva dissolução (art. 5º), quer nas relações com os filhos (art. 5º).

III – A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no que se toca à matéria dos Deveres Humanos, contém apenas - algo surpreendentemente¹⁵⁷⁸ - uma nota preambular.

Sinalizando, na mesma, que o gozo desses direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana existente e, inclusivamente, as suas gerações futuras” (parágrafo 6º).

Não obstante, inexistente qualquer dever de defesa da pátria, porque a União Europeia se configura não como um Estado, mas enquanto uma simples Organização Internacional.

E inexistente, igualmente, qualquer dever de pagamento de impostos, porque os mesmos se afirmam como deveres dos indivíduos face, exclusivamente, aos respetivos Estados¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁸ Em sentido próximo, Nabais, *Por uma liberdade...*, p. 167: “temos todo um capítulo sobre cidadania europeia, mas não há qualquer referência aos deveres dos cidadãos europeus”.

¹⁵⁷⁹ No mesmo sentido, Moreira, Vital, *Introdução à Carta...*, p. 456: “a Carta não estabelece nenhum dever fundamental (...), muito menos nenhum dever autónomo, até porque a generalidade dos deveres tradicionais face ao Estado (dever de defesa, dever de pagar impostos) não tem cabimento a nível do União Europeia (por não ter forças armadas próprias e ter poderes tributários limitados”); e Martins, *A cidadania...*, p. 287: “deve sublinhar-se que o estatuto do cidadão da União não comporta qualquer dever, sendo composto, única e exclusivamente, por direitos”.

E - MÉTODOS DE ENSINO DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

I - Os fins da Universidade, não obstante as sucessivas reformas, revelam-se inalterados.

De um lado, destaca-se a sua vocação intrinsecamente académica, a missão de criar saber pelo próprio saber, de gerar massa crítica, referenciais de excelência, nacional e internacional, de seleccionar um escol para o ensino e para a investigação, em ordem a que as novas gerações se encontrem em condições, elas próprias, de investigar ou de ensinar.

De um outro lado, emerge uma sua vocação formativa prática, senão mesmo profissionalizante, de preparação para saber realizar, para saber concretizar, de qualificação imediata para um mercado de trabalho mais concorrencial, raro e precário.

II - Os métodos de ensino consubstanciam-se nos procedimentos técnico-pedagógicos através dos quais são ministrados aos discentes os conteúdos programaticamente fixados.

Apresentando-se distintos, não apenas em função das matérias especificamente envolvidas como, ainda, da natureza teórica, prática, ou tutorial, das sessões em questão.

III - As premissas de uma comunicação académica adequada serão, essencialmente, três.

Primeira, a existência, num momento preambular, de um programa claro e compreensível.

Segunda, a acessibilidade direta e imediata de elementos básicos de estudo e investigação.

Terceira, a definição de um cronograma detalhado relativo aos vários conteúdos a lecionar, bem como de uma bibliografia aconselhada para as sucessivas sessões de ensino.

IV - A eficácia na transmissão implica não apenas um conhecimento virtual, mas um conhecimento real dos mencionados materiais, pelo que, não obstante a respetiva acessibilidade informática, se procede à distribuição, imediata, policopiada, do programa, do *syllabus*, e do acervo bibliográfico elementar, aos discentes da unidade curricular.

Depois, são referenciados, desenvolvidamente, os tópicos programáticos mais salientes, esclarecidas a respetiva sequenciação e conexões lógicas, explicitada a sua unidade estrutural, e, outrossim, enfatizadas as características das obras de estudo recomendadas.

Por último, os destinatários são sensibilizados para a absoluta necessidade, antes de qualquer outra missão, de uma leitura individual, cuidada e reiterada daquelas obras, bem como para a utilidade de uma sua consulta, regular, ao longo da integralidade do semestre.

V - Em relação ao funcionamento letivo superveniente, na abertura de cada uma das sessões é feita uma resenha, sumaríssima, dos aspetos nucleares da anterior ou anteriores.

Sendo esse o momento oportuno, também, para o esclarecimento de dúvidas pontuais, resultantes da sessão transata, ou de estudo discente realizado sobre a matéria da mesma.

Subsequentemente, tem lugar a apresentação, tópica, do plano de exposição agendado para a sessão letiva, bem como a indicação da bibliografia elementar correspondente.

E cada sessão obedece, sem desvios relevantes, e sem prejuízo de uma participação - dirigida e coordenada, necessariamente, pelo docente - ao planeamento dessarte fixado.

Para encerrar, é oferecida aos destinatários a indicação dos conteúdos a abordar na sessão imediatamente subsequente, em ordem a permitir-lhes, se assim o desejarem, uma preparação antecipada de tais matérias, com óbvios benefícios na assimilação das aulas.

VI – Importa enfatizar que o ensino, sobretudo o ensino de matriz teórica, tem de ser, sempre, dialético, nunca dogmático, por maioria de razão, em ciências jurídico-políticas.

O que obriga a distinguir entre as posições comuns da doutrina, as posições sustentadas por terceiros, e as posições doutrinárias adotadas pelo próprio docente, bem como a proceder a uma fundamentação, tanto quando possível isenta e objetiva, de umas e outras.

Sem embargo de a existência de quaisquer pré-compreensões, jurídicas, políticas, filosóficas, morais, éticas, ou outras, não dever ser negada, nem, tão-pouco, camuflada.

1. Sessões teóricas

Nas sessões teóricas, revela-se fulcral uma rigorosa planificação, sistematização e segmentação do discurso letivo, associada a uma gestão criteriosa do tempo disponível.

A mensagem emitida para os auditores deve apresentar-se direta, clara, realizada em tom seguro e pausado - embora nunca monocórdico - e perceptível por um destinatário médio.

É também fundamental que, embora cumprindo o programa na sua integralidade, o docente distinga, de forma inequívoca, entre aspetos essenciais e secundários do mesmo.

Que enfatize as temáticas julgadas mais estruturantes e, porventura, de mais difícil acesso.

Ou que, no quadro de cada tópico, parta dos aspetos mais genéricos em direção aos mais específicos, e dos mais acessíveis para aqueles que revistam uma superior complexidade.

Neste tipo de lições, a intertextualidade deve ser utilizada, porquanto mitiga a natureza monologante da sessão, propiciando o diálogo e reforçando a concentração do auditório.

Mas, deve sê-lo em justa medida, dado que, em excesso, diminui a adesão desse auditório. Em contrapartida, recusa-se, com firmeza, uma progressiva tendência para a metamorfose destas sessões em antologias de *powerpoints*, sem embargo de um seu uso complementar.

2. Sessões práticas

Nas sessões práticas a ênfase deve ser colocada no incentivo à participação, na abertura ao debate, na motivação para o aprofundamento de matérias com recurso à bibliografia recomendada, e no estímulo de uma criatividade e imaginação jurídicas fundamentadas.

Ainda que, sem abdicação da função diretiva e coordenadora inerente à própria docência.

Neste tipo de aulas, o labor deve corresponder, matricialmente, à resolução de casos práticos simulados relativos aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos vigentes.

Mas de casos práticos sempre realistas, nunca absurdos, nunca desligados da realidade.

Complementarmente, poderão, ainda, assumir, enquanto objeto, o esclarecimento de dúvidas resultantes das exposições teóricas, ou quiçá, de dúvidas colaterais a tais casos.

Em caso algum, todavia, devem consubstanciar-se na repetição de tais sessões teóricas, podendo, tão-somente, no limite, aclará-las, desenvolvê-las, aprofundá-las ou integrá-las.

Observando-se uma insuficiência do número de horas letivas, admite-se a convocação de sessões extraordinárias, para exclusivos efeitos práticos, e após consulta dos discentes.

3. Sessões tutoriais

Finalmente, o escopo das sessões tutoriais não pode ser, senão, numa fase propedêutica, o relativo à metodologia da investigação dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

E, numa fase superveniente, o apoio, concretizado, individualizado, à preparação de trabalhos de investigação jurídica escritos, ou à realização das respetivas defesas orais.

Trabalhos de investigação, que não de mera recolha, implicando leitura, utilização e, desejavelmente, crítica, de, pelo menos, quatro obras, ou artigos, de distintos autores.

E assumindo uma natureza singular, não grupal, ou, neste último perfil, garantindo-se que a respetiva apresentação terá, em qualquer caso, natureza individual.

4. Avaliação de conhecimentos

Não existe academia sem avaliação rigorosa, exigente e, assumidamente, diferenciadora.

Porque diferente é cada aluno, porque diferente é a sua aplicação, porque diferente é a sua preparação e, porque muito diferentes são, igualmente, os respectivos talentos.

Assim, se essa avaliação deve incidir sobre os aspectos programáticos essenciais, deverá compreender, em simultâneo, questões dotadas de um grau de dificuldade superior, em ordem a seriar, a graduar e, em última análise, a premiar, aqueles discentes.

Do mesmo modo, num curso jurídico, a avaliação não pode, em circunstância alguma - designadamente, em consequência de um sindicalismo estudantil exacerbado - deixar de compreender, quer uma vertente escrita, quer uma valência oral.

F - BIBLIOGRAFIA DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Não despendida é a seleção de uma bibliografia a utilizar no estudo da unidade curricular.

Atenta a natureza híbrida da unidade curricular, importa proceder a uma segmentação entre a relevante em sede de Direitos Fundamentais e a pertinente no que tange aos Direitos Humanos - considerada a inexistência de bibliografia que reúna os dois planos.

E, por razões de natureza estritamente pedagógica, não pode deixar de diferenciar-se, em relação a cada um deles, uma bibliografia elementar de uma bibliografia complementar.

Às quais se adita, para os específicos efeitos deste relatório, um acervo de matriz histórica.

As escolhas adotadas decorrem, cumulativamente, do programa, dos conteúdos e, inclusive, dos métodos de ensino, razão pela qual só neste momento pode ser realizada.

Não coincidindo, assim, na integralidade, com a bibliografia subjacente aos conteúdos.

1. Direitos Fundamentais

1.1. Bibliografia elementar

ALEXANDRINO, José de Melo - *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Lisboa, Príncípia, 2015

ALEXANDRINO, José de Melo - *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, V. I e II, Coimbra, Almedina, 2006

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012

BOTELHO, Catarina Santos - *A tutela direta dos Direitos Fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Coimbra, Almedina, 2009

CAETANO, Marcello - *Constituições portuguesas*, Lisboa, Verbo, 1994

CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2012

CORREIA, José Manuel Sérvulo - *Direitos Fundamentais. Sumários*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2016

MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2017

LOCKE, John - *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*, Lisboa, Gulbenkian, 2007

NABAIS, José Casalta - *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

NOZICK, Robert - *Anarquia, Estado e utopia*, Lisboa, Edições 70, 2009

NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

QUEIROZ, Cristina - *Direitos Fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

1.2. Bibliografia complementar

ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de - *História do Direito português (1140-1415)*, V. I, 10ª ed., Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 2005

ALEXY, Robert - *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001

ALMEIDA, Carlos Neves - *Os Direitos Fundamentais nas Constituintes de 1821/1822*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V. 30, 1989

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Algumas reflexões sobre os Direitos Fundamentais, três décadas depois*. In: Anuário Português de Direito Constitucional, Lisboa, V. 5, 2006

ANDRADE, José Carlos Vieira De - *O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do Tribunal Constitucional*. Comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. In: Jurisprudência Constitucional, Lisboa, nº 1, 2004 (jan.-mar.)

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 5, Lisboa, 1981

ASCENSÃO, José de Oliveira - *O 'fundamento do Direito': entre o Direito Natural e a dignidade da pessoa*. In: Do Direito Natural aos Direitos Humanos (org. António Pedro Barbas Homem, Cláudio Brandão), Coimbra, Almedina, 2015

ASCENSÃO, José Oliveira - *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, V. 50, nº 1-2, 2009

ASCENSÃO, José de Oliveira - *A jurisprudência constitucional portuguesa sobre propriedade privada*. In: XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Expectativa jurídica*. In: Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira da Cultura, Ed. Século XXI, Lisboa / S. Paulo, 1999

- BARCELLONA, Pietro - *Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social*. In: Problemas de legitimación en el Estado Social, Madrid, 1991
- BARRA, Tiago Viana - *A responsabilidade dos poderes públicos pela violação de Direitos Fundamentais*. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 71, nº 4, 2011 (out.-dez.)
- BARRA, Tiago Viana - *Mecanismos de tutela pela violação de Direitos Fundamentais pelos poderes públicos*. In: Revista de Direito Público, Coimbra, nº 6, 2011 (jul.-dez.)
- BARRETO, Vicente de Paulo - *Reflexões sobre os direitos sociais*. Separata do Boletim de Ciências Económicas, Coimbra, V. 46, 2003
- BATISTA, Eduardo Correia - *Os limites materiais e a revisão de 1989. A relevância do Direito costumeiro*. In: Perspetivas constitucionais (org. Jorge Miranda), V. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1998
- BECK, Ulrich - *La sociedad del riesgo - hacia una nueva modernidade*, Barcelona, Paidoz, 2006
- BESANÇON, Alain - *A dor do século. Sobre o comunismo, o nazismo e a unicidade da Shoah*, Lisboa, Quetzal, 1999
- BOBBIO, Norberto - *A era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992
- BONAVIDES, Paulo - *Do Estado liberal ao Estado social*, S. Paulo, Malheiros, 2004
- BOTELHO, Catarina Santos - *Os direitos sociais em tempos de crise*, Coimbra, Almedina, 2017
- BRAGA, Rafael Brasileiro - *Robert Nozick e a sua teoria política: uma alternativa viável à proposta de John Rawls*. In: Intuitio, Porto Alegre, V. 2, nº 3, 2009 (nov.)
- BRITO, Miguel Nogueira de - *O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência*. In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- BRITO, Miguel Nogueira de - *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Coimbra, Almedina, 2007
- BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luis Pereira - *A igualdade proporcional, novo modelo no controlo do princípio da igualdade?* Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. In: Direito e política, Loures, nº 4, 2013 (jul.-out.)
- CAENEGEM, R. C. Van - *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional ocidental*, Lisboa, Gulbenkian, 2009
- CAETANO, Marcello - *História do Direito Português (1140-1495)*, 2ª ed., Lisboa, Verbo, 1985
- CAETANO, Marcello - *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4ª ed., Lisboa, Petrony, 1963
- CALDEIRA, Marco - *Atos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014
- CALERA, Nicolás López - *Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000
- CAMPINOS, Jorge - *A Carta Constitucional de 1826. Comentário e texto*, Lisboa, 1975

- CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1992
- CANARIS, Claus-Wilhelm - *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003
- CANOTILHO, J. J. Gomes - *Jusfundamentalidade e deverosidade protectiva*. In: *Liber Amicorum Professor Doutor Fausto de Quadros*, Coimbra, Almedina, 2016
- CANOTILHO, J. J. Gomes - *Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade*. In: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013
- CANOTILHO, J. J. Gomes - *Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social*. In: *Nova Cidadania*, Lisboa, 2007 (jan.-mar.)
- CANOTILHO, J. J. - *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº especial, 1991
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República portuguesa anotada*, 4ª ed., V. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- CASTRO, Cristina Sarmiento e - *A IV revisão constitucional e o direito à liberdade e à segurança e direitos conexos*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. 74, 1988
- CASTRO, Francesco - *Diritto musulmano*, Turim, Loescher, 2006
- CAUPERS, João - *Direitos Fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985
- CORREIA, José Manuel Sérvulo - *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes*. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- COSTA, José Manuel Cardoso da - *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na proteção dos Direitos Fundamentais*. Relatório do Tribunal Constitucional português para a VIII Conferência dos Tribunais Constitucionais europeus, Ancara, 7-9 de maio 1990. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 396, 1990
- CUBRIA, Manuel Iglesias - *Las expectativas (aportacion al estudio de las situaciones jurídicas de pendência)*, Milão, Giuffré, 1963
- CUNHA, Paulo Ferreira da - *Direitos Fundamentais. Fundamentos e Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014
- DIXON, Keith - *Os evangelistas do mercado. Os intelectuais britânicos e o neo-liberalismo*, Oeiras, Celta, 1999
- EPSTEIN, Richard A. - *One step beyond Nozick's minimal State: the role of forced exchanges in political theory*. In: *Social Philosophy and Policy*, V. 22, nº 1, 2005 - *Natural Rights. Liberalism from Locke to Nozick*, Cambridge, Cambridge University Press
- ESTAY, Jose Ignacio Martinez - *Valor e sentido dos direitos sociais*. In: *Direitos Humanos. Teorias e práticas*, Coimbra, 2003

- FARIAS, Edilson - *Direitos Fundamentais e políticas neoliberais*. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, nº 30, 1998
- FERRARI, Giuseppe F. - *Le libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*. In: Diritto Costituzionale Comparato (dir. Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine, Giuseppe F. Ferrari), Roma, Laterza, 2009
- FINNIS, John - *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011
- FONSECA, Rui - *Libertarismo*. In: Manual de Filosofia Política (org. João Cardoso Rosas), Coimbra, Almedina, 2008
- FREITAS, Joana - *Direitos Fundamentais - multiculturalismo e religiões*, Estoril, Principia, 2007
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose - *Liberdade para escolher*, Mem Martins, Europa-América, 1982
- FURET, François; NOLTE, Ernst - *Fascismo e comunismo*, Lisboa, Gradiva, 1999
- GARCIA, Maria da Glória - *O discurso dos direitos no discurso do Direito*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V. 39, nº 2, 1998
- GERALDES, João de Oliveira - *Expectativa jurídica*. Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, inédito, Lisboa, 2003
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - *A afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado constitucional contemporâneo*. In: Direitos Humanos (org. Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, Almedina, 2003
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Os Direitos Fundamentais atípicos*, Lisboa, Editorial Notícias, 1995
- GREWE, Constance; FABRI, Hélène Ruiz - *Droits Constitutionnelles européens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995
- HAARSCHER, Guy - *A filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Piaget Editora, 1997
- HABERLE, Peter - *O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*. In: *Sub judice*, Lisboa, nº 20-2, 2001 (jan.-jun.)
- HAYEK, Friedrich A. - *O caminho para a servidão*, Lisboa, Edições 70, 2009.
- HAYEK, Friedrich A. - *The Constitution of liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960
- HESPANHA, António Manuel - *Rumos do constitucionalismo no século XXI: constitucionalismo, pluralismo e neo-liberalismo*. Homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes. In: Boletim de Ciências Económicas, V. LVII, T. II, 2014
- HOMEM, António Pedro Barbas - *Do Direito Natural aos Direitos do Homem*. In: Do Direito Natural aos Direitos Humanos (org. António Pedro Barbas Homem, Cláudio Brandão), Coimbra, Almedina, 2015
- JUNIOR, Luís Clóvis Machado da Rocha - *O direito das gerações futuras: uma compreensão adequada ao constitucionalismo do século XXI*, Porto Alegre, Metamorfose, 2017
- KAVANAGH, Aileen - *Constitutional review under the United Kingdom Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University, 2009

- KYMLICKA, Will - *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- LINHARES, Marcel Queiroz - *O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre Direitos Fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, Ano 33, V. 35, 2001
- LUÑO, Antonio-Enrique Perez - *Los Derechos Fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1995
- LUÑO, António-Enrique Perez - *La fundamentación de los Derechos Humanos*. In: Revista de Estudios Políticos, Madrid, nº 35, 1983 (set.-oct.)
- MACHADO, Jónatas E. M. - *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- MAC CRORIE, Benedita - *Os limites da renúncia a Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Almedina, 2013
- MARTINEZ, Pedro Soares - *As liberdades fundamentais e a revisão constitucional*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, nº 30, Lisboa, 1971
- MCGRADY, Arthur - *The political thought of William of Ockham: personal and institutional principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 1974
- MEDEIROS, Rui - *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010
- MEDEIROS, Rui - *O Estado de Direitos Fundamentais português: alcance, limites e desafios*. In: Anuário português de Direito Constitucional, V. II, Lisboa, 2002
- MENDES, João de Castro - *Direitos, liberdades e garantias - alguns aspetos gerais*. In: Estudos sobre a Constituição, I, Lisboa, Petrony, 1977
- MESQUITA, Maria José Rangel de - *Os Direitos Fundamentais dos estrangeiros na ordem jurídica portuguesa. Uma perspetiva constitucional*, Coimbra, Almedina, 2013
- MIRANDA, Jorge - *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de Direitos Fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, V. 26, 1985
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição portuguesa anotada*, V. I, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017
- MISES, Ludwig von - *Uma crítica ao intervencionismo*, Rio de Janeiro, Instituto Liberal/Nórdica, 1977
- MORAIS, Carlos Blanco de - *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*, T. II, Coimbra, Almedina, 2018
- MOREIRA, Isabel - *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2007
- MOREIRA, Vital - *A “constitucionalização” dos Direitos Fundamentais na União Europeia*. In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

- MORRIS, Christopher W. - *Natural Rights and political legitimacy*. In: Social Philosophy and Policy, V. 22, nº 1, Natural Rights. Liberalism from Locke to Nozick, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- NABAIS, José Casalta - *Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, V. LXV, 1989
- NOGUEIRA, José Duarte - *Lei e Poder Régio, I - As Leis de Afonso II*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006
- NOVAIS, Jorge Reis - *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010
- NOVAIS, Jorge Reis - *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- NOVAIS, Jorge Reis - *Renúncia a Direitos Fundamentais*. In: Perspetivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976 (org. Jorge Miranda), V. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996
- NUNES, António José Avelãs - *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, Lisboa, Caminho, 2003
- OLIVIERO, Maurizio - *I paesi del mondo islâmico*. In: Diritto Costituzionale Comparato (dir. Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine, Giuseppe F. Ferrari), Roma, Laterza, 2009
- PAULA, Felipe de - *Os limites imanentes dos Direitos Fundamentais. Consistência, funcionalidade e adequação à argumentação jurídica*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, inédita, Coimbra, 2008
- PECES-BARBA, Gregorio - *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard - *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008
- PINTO, Paulo Mota - *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gest Legal, 2018
- PINTO, Paulo Mota - *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: Portugal-Brasil, Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 40, 2000
- PINTO, Paulo Mota; Campos, Diogo Leite de - *Direitos Fundamentais 'de terceira geração'*. In: O Direito contemporâneo em Portugal e no Brasil (org. Diogo Leite de Campos; Ives Gandra da Silva Martins), Coimbra, Almedina, 2003
- PIRES, Francisco Lucas - *Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista*, Coimbra, sem editor, 1988
- POPPER, Karl - *The open society and its enemies*, Princeton, Princeton University Press, 1971
- POSSENTI, Vittorio - *Diritti Umani. L'età delle pretese*, Rubbetino, Soveria, 2017
- PREDIERI, Alberto - *Sharia e Costituzione*, Roma, Collana, 2006
- QUADROS, Fausto de - *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1998

- QUEIROZ, Cristina - *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- QUEIROZ, Cristina - *O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006
- RAWLS, John - *O liberalismo político*, Lisboa, Presença, 1996
- REI, Maria Raquel - *Da expectativa jurídica*. In: Revista da Ordem dos Advogados. A. 54, nº 1, 1994 (abr.)
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Neo-liberalism and Fundamental Rights: Hayek, Friedman, Nozick*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, nº 20, Lisboa, 2019
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: ensaio hierárquico*. Separata da Revista *Duc In Altum - Cadernos de Direito*, V. 10, nº 22, Faculdade Damas, Recife, Brasil, 2018
- RODRIGUES, L. Barbosa - *A origem inglesa dos Direitos Fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, nº 17, Lisboa, 2019
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Introdução ao Direito - Interno e Internacional*, 3ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2018
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Direito Constitucional - Tópicos*, Lisboa, Quid Juris, 2015
- RODRIGUES, L. Barbosa - *A Constituição portuguesa de 1918*. Separata da Revista *Sciencia Iuridica - Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, T. LXII, nº 333, Braga, 2013 (set.-dez.)
- RODRIGUES, L. Barbosa - *O Primeiro-Ministro - no sistema de governo governamental primo-ministerial português*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2012
- RODRIGUES, L. Barbosa - *A proibição das organizações fascistas enquanto auto-ruptura constitucional desconforme com o Direito Internacional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, nº 8-9, Lisboa, 2011
- RODRIGUES, L. Barbosa - *O direito de petição perante a Assembleia da República*. In: *Perspectivas constitucionais. Nos vinte anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), V. II, Coimbra, 1997
- SANTOS, António Carlos dos - *Guerra contra o terrorismo e Direitos Fundamentais: o fio da navalha*. In: *Galileu. Revista de Economia e Direito*, Lisboa, V. 13, nº 2, 2008
- SARDINHA, José Miguel - *O terrorismo e a restrição de Direitos Fundamentais em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989
- SCOGNAMIGLIO, Renato - *Aspettativa di diritto. Scritti Giuridici*, Milão, Giuffrè, 1996
- SILVA, Jorge Pereira da - *Deveres do Estado de proteção de Direitos Fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015
- SILVA, Jorge Pereira da - *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão - dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, inédito, 2001

- SILVA, Susana Tavares da - *Direitos Fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011
- SILVA, Vasco Pereira da - *A cultura a que tenho direito. Direitos Fundamentais e cultura*, Coimbra, Almedina, 2007
- SILVA, Vasco Pereira da - *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*. In: Revista de Direito e de Estudos Sociais, Coimbra, A. 2, nº 2, 1987 (abr.-jun.)
- SOUSA, Marcelo Rebelo de - *Estado social*. In: Polis, Lisboa, Verbo, 1984
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo - *Constituição da República portuguesa - Comentada*, Lisboa, Lex, 2000
- STAHNKE, Tad; BLITT, Robert - *The Religion-State relationship and the right to freedom of religion or belief. A comparative textual analysis of the Constitutions of predominantly muslim countries*, Washington, United States Commission on International Religious Freedom, 2005
- TELLES, Inocêncio Galvão - *Expectativa jurídica (algumas notas)*. In: O Direito, A. XC, Coimbra, 1958
- TOQUEVILLE, Alexis de - *Oeuvres Complètes d' Alexis de Tocquville*, V. IX, Wentworth Press, 2018
- TORRES, Ricardo Lobo - *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais (org. Ricardo Lobo Torres), Rio de Janeiro, Renovar, 1999
- VALENTYNE, Peter; STEINER, Hillel - *Left-libertarianism and its critics: the contemporary debate*, Nova Iorque, Palgrave, 2000
- VARAUT, Jean-Marc - *Le droit au Droit. Pour un libéralisme institutionnel*. In: Droit et Société, nº 3, Paris, 1986
- VAZ, Caroline - *Os Direitos Fundamentais na sociedade de risco*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 61, 2008 (maio-out.)
- VAZ, Manuel Afonso - *O tempo e a efetivação dos Direitos Fundamentais*. In: Revista de Direito Público, nº 6, 2011 (jul.-dez)
- VAZ, Manuel Afonso - *Enquadramento jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais*. In: *Juris e de Jure* - Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto (coord. Manuel Afonso Vaz, José Azeredo Lopes), Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998
- VERZA, Annalisa - *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Milão, Giuffrè, 2000
- VILEY, Michel - *A formação do pensamento jurídico moderno*, S. Paulo, Martins Fontes, 2005
- WALDRON, Jeremy - *Nozick and Locke: filling the space of rights*. In: Social Philosophy and Policy, V. 22, nº 1, Natural Rights. Liberalism from Locke to Nozick, Cambridge, Cambridge University Press 2005
- WOLFE, Christopher - *Natural Law Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

WOLFF, Jonathan - *Robert Nozick: property, justice and the minimal State*, Cambridge, Polity Press, 1991

2. Direitos Humanos

2.1. Bibliografia elementar

ALMEIDA, Francisco Ferreira de - *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003

BRITO, Wladimir - *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014

DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain - *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 2003

DUARTE, Maria Luísa - *Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

DUARTE, Maria Luísa. *A União Europeia e os Direitos Fundamentais. Métodos de proteção*. In: Estudos de Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias, Coimbra, Coimbra Editora, 2000

FREITAS, Tiago Fidalgo de - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a sua relação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, V. IV, Coimbra, Coimbra Editora 2010

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2017

MACHADO, Jónatas E. M. - *Direito Internacional - do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013

MARTINS, Ana Guerra - *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Relatório: programa, conteúdos e métodos de ensino teórico e prático*, Coimbra, Almedina, 2011

MOREIRA, Vital - *Introdução à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, S. Paulo, A. 20, nº 95, 2012 (mar.-abr.)

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de - *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2015

TRINDADE, António Cançado - *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, II e III, Porto Alegre, Fabris Editor, 1999-2003

TRINDADE, António Cançado - *A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos Direitos Humanos nos planos global e regional; as primeiras quatro décadas*, In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 90, 1986 (abr.-jun)

2.2. Bibliografia complementar

- ALEDO, Louis-Antoine - *Le Droit International Public*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2014
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, Coimbra, Almedina, 2002
- AL-MIDANI, Mohammed Amin - *The enforcement mechanisms of the Arab Charter on Human Rights and the need for an Arab Court of Human Rights*. In: *Regional Human Rights Mechanisms the European Convention and the Arab Charter*, Bolonha, Il Mulino, 2008
- AMIRMOKRI, Vida - *L' Islam et les Droits de l'Homme. L' islamisme, le Droit International et le modernisme islamique*, Quebec, Les Presses de l' Université, 2004
- BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; COUTO, Mónica - *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, S. Paulo, Clássica Editora, 2013
- BARRETO, Ireneu Cabral - *Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1999
- BASSO, Maristela - *Reflexões sobre terrorismo e Direitos Humanos. Práticas e perspetivas*. In: *Revista da Faculdade de Direito*, S. Paulo, V. 97, 2002 (jan.-dez.)
- BATISTA, Eduardo Correia - *Direito Internacional Público: sujeitos e responsabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- BATISTA, Eduardo Correia - *Direito Internacional Público. Conceitos e fontes*, V. I, Lisboa, Lex, 1998
- CABRITA, Isabel - *O modelo chinês para os Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2016
- CABRITA, Isabel - *Direitos Humanos. Um conceito em movimento*, Coimbra, Almedina, 2010
- CAMPINOS, Jorge - *Igualdade jurídica e desigualdade económica em Direito Internacional Público contemporâneo*. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 334, 1984 (mar.)
- CASSESE, Antonio - *International Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005
- CASTRO, Francesco - *Diritto musulmano*, Turim, Loescher, 2006
- CLEMENTE, Pedro - *Mentalidades e radicalismos: o extremismo islâmico*. In: *Galileu, Revista de Economia e Direito*, Lisboa, V. 13, nº 2, 2008
- CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção Vale - *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2004
- DUARTE, Maria Luísa - *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do triângulo judicial europeu*. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- ESCARAMEIA, Paula - *O Direito Internacional Público nos princípios do século XXI*, Coimbra, Almedina, 2009

- FALK, Richard - *La globalizacion depredadora - una crítica*, Madrid, Siglo XXI, 2006
- GARCÍA, Francisco Jiménez; ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante - *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Madrid, Dykinson, 2005
- GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos - *O âmbito de vinculação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel - *A evolução da proteção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário*. In: Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (coord. Vital Moreira), Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- HAARSCHER, Guy - *A filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Piaget Editora, 1997
- KYMLICKA, Will - *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- LARA, António Sousa - *O terrorismo e a ideologia do Ocidente*, Coimbra, Almedina, 2007
- MAGLIVERAS, Konstantinos - *Completing the institutional mechanism of the Arab Human Rights system: the Arab Court of Human Rights*. In: International Human Rights Law Review, V. 6, nº 1, 2017
- MARTINS, Ana Maria Guerra - *A cidadania da União Europeia*. In: União Europeia: reforma ou declínio (coord. Eduardo Paz Ferreira), Lisboa, Vega, 2016
- MARTINS, Ana Maria Guerra - *A proteção da dignidade humana no Tratado de Lisboa*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, V. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- MARTINS, Ana Maria Guerra - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais*. In: Direito e Justiça, T. 15 nº 2, Lisboa, 2001
- MOREIRA, Vital - *A “constitucionalização” dos Direitos Fundamentais na União Europeia*. In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- MOREIRA, Vital - *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição*. In: O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- NEVES, Marcelo - *La force symbolique des droits de l'Homme*. In: Droit et Société, nº 58, Paris, 2004
- OLIVEIRA, Ana Sofia Pinto - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Lisboa, Petrony, 2018
- PAIVA, Vicente Ferrer Neto - *Elementos de Direito das Gentes*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard - *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008
- PIOVESAN, Flávia - *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, 2ª ed., São Paulo, Lemonad, 1997
- PIRES, Francisco Lucas - *Introdução ao Direito Constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, Almedina, 1997

- PISON, José Maria Martinez de - *Derechos Humanos: história, fundamento e realidade*, Zaragoza, Egidio Editorial, 1997
- POSNER, Eric A. - *The twilight of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014
- POSSENTI, Vittorio - *Diritti Umani. L'età delle pretese*, Rubbetino, Soveria, 2017
- QUEIROZ, Cristina - *A proteção internacional dos Direitos do Homem*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, Ano 10, 2013
- QUEIROZ, Cristina - *Direito Internacional e Relações Internacionais*, Coimbra, Coimbra, Editora, 2009
- RAMOS, Rui Moura - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a proteção dos Direitos Fundamentais*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- RENTELN, Alison - *International Human Rights. Universalism versus relativism*, Londres, Newbury, 1990
- ROCHA, Acílio - *Direitos Humanos e multiculturalismo*. In: Justiça e Direitos Humanos, Braga, 2001
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: ensaio hierárquico*. Separata da Revista *Duc In Altum - Cadernos de Direito*, V. 10, nº 22, Faculdade Damas, Recife, Brasil, 2018
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Universalismo versus relativismo: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Islão*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, nº 19, Lisboa, 2018
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Introdução ao Direito - Interno e Internacional*, 3ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2018
- RODRIGUES, L. Barbosa - *A proibição das organizações fascistas enquanto auto-ruptura constitucional desconforme com o Direito Internacional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, nº 8-9, Lisboa, 2011
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Soft law*. Separata da Revista *Negócios Estrangeiros*, nº 19, Lisboa, 2011 (dez.)
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Interpretação de tratados internacionais*, 2ª ed., Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo - *Soberania del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1978
- SARTORI, Giuseppe - *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001
- SHAW, Malcolm - *International Law*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; Rocasolano, Maria Mendez - *Direitos Humanos. Conceito, significados e funções*, S. Paulo, Saraiva, 2010

SOARES, Albino de Azevedo - *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988

SOARES, António Goucha - *O défice democrático da União Europeia: alguns problemas complexos*. In: *Análise Social*, V. XXXII, n.º 142, 1997

STEINER, Henry; ALSTON, Philip - *International Human Rights in context: Law, politics, morals*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2000

SUDRE, Frédéric - *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, 7ª ed., Paris, PUF, 2005

TAVARES, Raquel - *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, 2ª ed., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2013

TORRES, Ricardo Lobo - *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais* (org. Ricardo Lobo Torres), Rio de Janeiro, Renovar, 1999

VELARDE, Caridad - *Universalismo de Derechos Humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Madrid, Civitas, 2003

VITORINO, António - *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais, Princípia, 2002

3. Bibliografia histórico-pedagógica

3.1. Direito

COSTA, Mário Júlio de Almeida - *Debate jurídico e solução pombalina*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. LVIII, 1982

COSTA, Mário Júlio de Almeida - *O ensino do Direito em Portugal no século XX*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra*, V. XXXIX, 1963

DAMÁSIO, Manuel Almeida - *Contributos para a história do ensino superior em Portugal: o caso "Universidade Livre" e a evolução do ensino superior privado após o 25 de Abril*, Universidade Portucalense, Porto, 2007

FONSECA, Fernando Taveira da - *A dimensão pedagógica da reforma de 1772. Alguns aspetos*. In: *O Marquês de Pombal e a Universidade* (coord. Ana Cristina Araújo), Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000

LEMOS, Francisco de - *Relação Geral do Estado da Universidade (1777)*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade, 1980

MERÊA, Paulo - *Notas sobre alguns lentes de Direito Pátrio no período 1772-1804*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* V. XXXVI, Coimbra, 1961

PROENÇA, José João Gonçalves de - *A natureza institucional da Universidade Lusitana*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusitana de Lisboa*, n.º 8-9, Lisboa, 2011

3.2. Direito Constitucional e Direitos Fundamentais

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Ensinar Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2003

MIRANDA, Jorge - *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de Direitos Fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, V. 26, 1985

MORAIS, Carlos Blanco de - *Direito Constitucional II – Relatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

SOUSA, Marcelo Rebelo de - *Ciência Política. Conteúdo e métodos*, Lisboa, Lex, 1998

3.3. Direito Internacional e Direitos Humanos

BASTOS, Fernando Loureiro - *A propósito da primeira obra jurídica do Professor Doutor Marcello Caetano (Um grande jurista português - Fr. Serafim de Freitas): a doutrina de Direito Internacional Público publicada em Portugal durante a monarquia constitucional*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, V I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

BASTOS, Fernando Loureiro - *Contributo para o estudo da doutrina de Direito Internacional Público publicada em Portugal entre a criação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1913) e a segunda edição do Curso de Direito Internacional Público do Professor Doutor André Gonçalves Pereira (1970)*. In: Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

BRITO, Wladimir - *Direito Internacional Público. Programa, métodos e conteúdos do ensino*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Ensinar Direito Internacional Público. Direito Internacional dos Direitos do Homem. Direito Internacional dos Espaços*, Coimbra, Almedina, 2006

QUADROS, Fausto de - *Direito Internacional Público I. Programa, conteúdos e métodos de ensino*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XXXII, 1991

G - CRONOGRAMAS DA UNIDADE CURRICULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

	Sessões teóricas	Sessões práticas	Sessões tutoriais	Bibliografia
1^a	Apresentação Programa Metodologia Bibliografia Avaliação	Metodologia	Metodologia	-
2^a	I – PARTE GERAL 1. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos 1.1. Unicidade estrutural 1.2. Comunhão 1.3. Diferenciação	Metodologia	Metodologia	ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais (...); e MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)
3^a	2. Autonomia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos 2.1. Direitos Fundamentais e Direito Constitucional 2.2. Direitos Humanos e Direito Internacional	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apoio tutorial à realização de apresentações orais	ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais (...); e MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)
4^a	3. Noção de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 3.1. Demarcação positiva dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos 3.2. Demarcação negativa dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos 4. Figuras próximas dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apoio tutorial à realização de apresentações orais	ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais (...); e MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)

5 ^a	<p>5. Tipologia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos</p> <p>5.1. Direitos de liberdade e direitos sociais</p> <p>5.2. Direitos e liberdades e garantias</p> <p>5.3. Outras tipologias jusfundamentais e jushumanitárias</p>	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apoio tutorial à realização de apresentações orais	ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais (...); e MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)
6 ^a	<p>6. Hierarquia dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais</p> <p>6.1. Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais</p> <p>6.2. Hierarquia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais de liberdade, e Direitos Humanos e Direitos Fundamentais sociais</p>	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apoio tutorial à realização de apresentações orais	ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais (...); e MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)
7 ^a	<p>7. História dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos</p> <p>7.1. História dos Direitos Fundamentais</p> <p>7.1.1. História estrangeira dos Direitos Fundamentais</p> <p>7.1.1.1. Ideias políticas</p> <p>7.1.1.2. Constitucionalização</p> <p>7.1.2. História portuguesa dos Direitos Fundamentais</p> <p>7.1.2.1. Constituição tradicional</p> <p>7.1.2.2. Constituição moderna</p> <p>7.2. História dos Direitos Humanos</p> <p>7.2.1. História Internacional Geral</p>	Resolução de casos práticos Dúvidas	1 ^a avaliação escrita de conhecimentos	ALEXANDRINO, José de Melo - Direitos Fundamentais (...); CAETANO, Marcello - Constituições portuguesas (...); GOUVEIA, Jorge Bacelar - A afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado constitucional contemporâneo (...); RODRIGUES, L. Barbosa - A origem inglesa dos Direitos Fundamentais (...); e MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos

	<p>7.2.1.1. Antes da II Guerra Mundial</p> <p>7.2.1.2. Depois da II Guerra Mundial</p> <p>7.2.2. História Internacional Regional Europeia</p> <p>7.2.2.1. Conselho da Europa</p> <p>7.2.2.2. União Europeia</p> <p>7.2.3. História Internacional Regional não-europeia</p> <p>7.3. Refutações históricas dos conceitos de Direito Fundamental e de Direito Humano</p> <p>7.4. Críticas à evolução histórica recente dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos</p>			Direitos Humanos (...)
8^a	<p>II - PARTE ESPECIAL</p> <p>8. Constituição portuguesa dos Direitos Fundamentais</p> <p>8.1. Âmbito dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</p> <p>8.2. Fundamento dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</p>	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...); e CORREIA, José Manuel Sérvulo - Direitos Fundamentais (...)
9^a	<p>8.3. Natureza jurídica dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa</p> <p>8.3.1. Direitos de liberdade e direitos sociais</p> <p>8.3.2. Direitos de natureza análoga</p>	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...); NOVAIS, Jorge Reis - Direitos sociais (...); e QUEIROZ, Cristina - Direitos Fundamentais sociais (...)

10^a	8.4. Princípios dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa 8.4.1. Princípio da universalidade 8.4.2. Princípio da igualdade 8.4.3. Princípio da proporcionalidade	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...)
11^a	8.4.4. Princípio da confiança 8.4.5. Princípio da responsabilidade 8.4.6. Alegado princípio do desenvolvimento da personalidade	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...)
12^a	8.5. Regime dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa 8.5.1. Regime dos direitos, liberdades e garantias 8.5.1.1. Precetividade 8.5.1.2. Vinculatividade 8.5.1.2.1. Vinculatividade das entidades públicas 8.5.1.2.2. Vinculatividade das entidades privadas	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...); e ALEXANDRINO, José de Melo - A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, Vol. II (...)
13^a	8.5.1.3. Condicionamentos 8.5.1.3.1. Condicionamentos normativos 8.5.1.3.1.1. Limite 8.5.1.3.1.2. Restrição 8.5.1.3.1.2.1. Restrição ordinária 8.5.1.3.1.2.2. Restrição agravada 8.5.1.3.1.3. Condicionamentos afins da restrição	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...); e NOVAIS, Jorge Reis - As restrições aos Direitos Fundamentais (...)

14^a	8.5.1.3.1.4. Suspensão 8.5.1.3.2. Condicionamentos não normativos 8.5.1.4. Reserva de ato legislativo parlamentar ou governamental 8.5.1.5. Reserva parlamentar de tratado ou de acordo internacionais 8.5.1.6. Limites materiais de revisão constitucional	Resolução de casos práticos Dúvidas	2 ^a avaliação escrita de conhecimentos	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...);e ALEXANDRINO, José de Melo - A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, Vol. II (...)
15^a	8.5.2. Regime dos direitos de natureza análoga 8.5.3. Regime dos designados direitos económicos, sociais e culturais	Resolução de casos práticos Dúvidas	Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...)
16^a	8.6. Tutela dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa 8.6.1. Tutela geral 8.6.1.1. Tutela jurisdicional 8.6.1.2. Tutela não jurisdicional 8.6.2. Tutela específica dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga 8.6.2.1. Hetero-tutela 8.6.2.2. Auto-tutela 8.6.3. Tutela específica dos direitos, liberdades e garantias pessoais e dos direitos de natureza análoga pessoais 8.6.4. Inexistência de tutela específica dos direitos sociais		Apresentações orais dos discentes	ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 (...); e BOTELHO, Catarina Santos - A tutela direta dos Direitos Fundamentais (...)

17^a	9. Constituições estrangeiras dos Direitos Fundamentais 9.1. Alemanha 9.2. Itália 9.3. Espanha		Apresentações orais dos discentes	ALEXANDRINO, José de Melo - A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, Vol. I (...)
18^a	9.4. Reino Unido 9.5. Estados Unidos da América 9.6. França		Apresentações orais dos discentes	ALEXANDRINO, José de Melo - A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, Vol. I (...)
19^a	10. Direito Internacional dos Direitos Humanos 10.1. Direito Internacional Geral 10.1.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem 10.1.1.1. Fundamento 10.1.1.2. Objeto 10.1.1.3. Natureza 10.1.1.4. Princípios 10.1.1.5. Regime 10.1.1.6. Tutela		Apresentações orais dos discentes	MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); TRINDADE, António Cançado - Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); e PIOVESAN, Flávia - Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional (...)
20^a	10.1.2. Pactos Internacionais de Direitos Humanos 10.1.2.1. Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos 10.1.2.1.1. Fundamento 10.1.2.1.2. Objeto 10.1.2.1.3. Natureza 10.1.2.1.4. Princípios 10.1.2.1.5. Regime 10.1.2.1.6. Tutela		Dúvidas.	MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); e TRINDADE, António Cançado - Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)

21 ^a	10.1.2.2. Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais 10.1.2.2.1. Fundamento 10.1.2.2.2. Objeto 10.1.2.2.3. Natureza 10.1.2.2.4. Princípios 10.1.2.2.5. Regime 10.1.2.2.6. Tutela			MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); e TRINDADE, António Caçado - Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)
22 ^a	10.2. Direito Internacional Europeu 10.2.1. Convenção Europeia dos Direitos do Homem 10.2.1.1. Fundamento 10.2.1.2. Objeto 10.2.1.3. Natureza 10.2.1.4. Princípios 10.2.1.5. Regime			MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)
23 ^a	10.2.1.6. Tutela 10.2.1.7.1. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 10.2.2. Carta Social Europeia (Revista)			MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); e DUARTE, Maria Luísa - A União Europeia e os Direitos Fundamentais (...)
24 ^a	10.2.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 10.2.3.1. Fundamento 10.2.3.2. Objeto 10.2.3.3. Natureza 10.2.3.4. Princípios 10.2.3.5. Regime 10.2.3.6. Tutela			MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); OLIVEIRA, Ana Pinto - A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...); e DUARTE, Maria Luísa - A União Europeia e os Direitos Fundamentais (...)

25 ^a	10.3. Direito Internacional Islâmico 10.3.1. Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos 10.3.2. Declaração dos Direitos do Homem no Islão 10.3.3. Carta Árabe dos Direitos Humanos			AMIRMOKRI, Vida - L' Islam et les Droits de l'Homme – L' Islamisme, le droit International et le Modernisme Islamique (...)
26 ^a	10.3.4. Natureza jurídica do Direito Internacional Islâmico 10.4. Universalismo e relativismo no Direito Internacional dos Direitos Humanos			AMIRMOKRI, Vida - L' Islam et les Droits de l'Homme – L' Islamisme, le droit International et le Modernisme Islamique (...)
27 ^a	11. Deveres Fundamentais e Deveres Humanos 11.1. Noção de Dever Fundamental e de Dever Humano 11.2. Deveres Fundamentais e Humanos e Direitos Fundamentais e Humanos 11.3. Figuras próximas dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos			NABAIS, José Casalta - Por uma liberdade com responsabilidade (...)
28 ^a	11.4. Tipologia dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos 11.5. História dos Deveres Fundamentais e dos Deveres Humanos			NABAIS, José Casalta - Por uma liberdade com responsabilidade (...)
29 ^a	11.6. Constituição dos Deveres Fundamentais 11.6.1. Âmbito 11.6.2. Fundamento 11.6.3. Objeto 11.6.4. Princípios 11.6.5. Regime 11.6.6. Tutela			NABAIS, José Casalta - Por uma liberdade com responsabilidade (...)

30^a	11.7. Direito Internacional dos Deveres Humanos 17.7.1. Geral 17.7.2. Regional Europeu Encerramento do curso.			MARTINS, Ana Guerra - Direito Internacional dos Direitos Humanos (...); e NABAIS, José Casalta - Por uma liberdade com responsabilidade (...)
-----------------------	--	--	--	---