



Universidades Lusíada

Monteiro, Maria João

A concretização tutelar do art.º 20.º n.o 5 da CRP e os procedimentos judiciais prioritários de tutela efetiva dos direitos, liberdades e garantias pessoais

<http://hdl.handle.net/11067/6606>

<https://doi.org/10.34628/3vp8-8597>

Metadados

Data de Publicação

2022

Resumo

De que forma devemos interpretar e aplicar o n.º 5 do art.º 20.º da CRP? Apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais? Aos direitos fundamentais análogos de cariz pessoal? A todos os direitos fundamentais? De que forma deve ser representado tal normativo em face de uma Constituição “evolutiva”? E que relação se estabelece entre os procedimentos judiciais constitucionalmente previstos como obrigações de prestação do Estado, com as pré-existentes formas procedimentais de acautelamento de d...

How should we interpret and apply Article 20 (5) of the CRP? Only about personal rights, freedoms and guarantees? Similar fundamental rights? All fundamental rights? How should this norm be represented in face of an “evolving” Constitution? And what relationship is established between the judicial procedures constitutionally provided for as obligations to provide the State, with the preexisting procedural forms of safeguarding rights, at the level of ordinary law, within the general scope of pro...

Palavras Chave

Direitos fundamentais, Direito constitucional - Portugal

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 23-24 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T06:10:01Z com informação proveniente do Repositório

A CONCRETIZAÇÃO TUTELAR DO ART.º 20.º N.º 5 DA CRP E OS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS PRIORITÁRIOS DE TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PESSOAIS ¹

THE PROTECTION OF THE ART. 20, Nº 5 OF THE PORTUGUESE CONSTITUTION AND PRIORITY JUDICIAL PROCEDURES FOR EFFECTIVE PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS, FREEDOMS AND GUARANTEES.

Maria João Monteiro ²

Resumo: De que forma devemos interpretar e aplicar o n.º 5 do art.º 20.º da CRP³? Apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais? Aos direitos fundamentais análogos de cariz pessoal? A todos os direitos fundamentais? De que forma deve ser representado tal normativo em face de uma Constituição “*evolutiva*”? E que relação se estabelece entre os procedimentos judiciais constitucionalmente previstos como

¹ Relatório apresentado no âmbito do Seminário sobre *Poder, Estado e Constituição* regido pelo Professor Doutor Barbosa Rodrigues.

² Assistente e Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Norte (Porto).

³ Lista das principais abreviaturas utilizadas neste estudo: Ac. acórdão; BOE, Boletín Oficial del Estado; CC, Código Civil; CDFUE, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; CE, Comissão Europeia; CEDH, Convenção Europeia dos Direitos do Homem; CEJ, Centro de Estudos Judiciários; CPC, Código de Processo Civil; CPT, Código de Processo de Trabalho; CPTA, Código de Processo nos Tribunais Administrativos; CRP, Constituição da República Portuguesa; DESC, Direitos económicos, sociais e culturais; DLG, Direitos, liberdades e garantias; DUDH, Declaração Universal dos Direitos do Homem; JO, Jornal Oficial; PCP, Partido Comunista Português; PIDCP, Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos; PS, Partido Socialista; PSD, Partido Social Democrata; TC, Tribunal Constitucional; TEDH, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; TUE, Tratado da união Europeia; EU, União Europeia.

obrigações de prestação do Estado, com as pré-existent formas procedimentais de acautelamento de direitos, ao nível do direito ordinário, no âmbito geral de proteção dos direitos dos cidadãos? Não estaremos, com este regime excecional, perante um verdadeiro “*recurso de amparo*” ainda que mediado pelas “*vias judiciais normais*”?

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos, liberdades e garantias pessoais; Direitos “*fundamentalíssimos*”; Tutela jurisdicional efectiva, prioritária e célere; Recurso de “*amparo*”; Justiça constitucional.

Abstract: How should we interpret and apply Article 20 (5) of the CRP? Only about personal rights, freedoms and guarantees? Similar fundamental rights? All fundamental rights? How should this norm be represented in face of an “*evolving*” Constitution? And what relationship is established between the judicial procedures constitutionally provided for as obligations to provide the State, with the pre-existing procedural forms of safeguarding rights, at the level of ordinary law, within the general scope of protection of citizens’ rights? Aren’t we, with this exceptional regime, facing a real “*support appeal*” through “*judicial courts*”?

Key-words: Fundamental rights; Personal rights; Freedoms and guarantees; “*Special fundamental*” rights; Effective, priority and swift judicial protection; “*Support*” Appeal; Constitutional justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Argumentação crítica. 2.1. O artigo 20.º: evolução constitucional do preceito. A influência internacional e europeia. 2.2. A importância da revisão constitucional de 1997. 2.3. O acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva: um direito fundamental de todos. 2.4. A concretização tutelar do artigo 20.º n.º 5: uma norma excecional. 2.5. Extensão do âmbito de aplicação do n.º 5 do artigo 20.º a direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias pessoais e a outros direitos fundamentais. 2.6. Manifestação legal dos procedimentos judiciais tutelares do artigo 20.º n.º 5, nos CPTA, CPC e CPT. 2.7. O “*Direito Constitucional de amparo*” dos direitos, liberdades e garantias. 3. Considerações finais. Bibliografia.

1. Introdução.

Quando falamos nos *procedimentos judiciais, céleres e prioritários*, contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias⁴ pessoais previstos no n.º 5 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa⁵, falamos num regime excecional face ao regime geral do acesso ao direito e à tutela jurisdicional

⁴ Em regra utilizaremos a abreviatura DLG, embora nem sempre, por mera questão de variedade de escrita.

⁵ A partir de agora, por simplicidade de escrita, Constituição da República Portuguesa será substituída por CRP.

efectiva⁶ previsto, por sua vez, no artigo 20, n.ºs 1 a 4 da Lei Fundamental, o qual, por si só, já eleva ao mais alto patamar uma garantia inalienável no acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, em geral, traduzido, entre outras, na obtenção de uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo (*due process of law*⁷).

Fruto de uma vontade política inspirada na necessidade de reforçar a tutela efetiva dos direitos, liberdades e garantias pessoais, enquanto dimensão última da afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana, e ansiosa por ir mais além do já previsto, tal previsão constitucional, não foi, contudo, suficientemente ousada para consagrar expressa e inequivocamente o tão almejado recurso de amparo⁸ dirigido ao tribunal constitucional, garantia máxima da aplicabilidade direta da tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais às entidades públicas e privadas.

Cientes da sua inclusão no texto constitucional apenas em 1997, com o propósito, documentado nos trabalhos parlamentares que antecederam a 4.ª revisão constitucional⁹, de concretizar e “*densificar*”¹⁰ o direito à tutela jurisdicional efetiva, a nível cautelar, delimitando intencionalmente a sua aplicação aos direitos, liberdades e garantias pessoais, influenciado pela importância, cada vez maior, das decisões alcançadas nesta matéria pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹¹, nem por isso deixamos de nos questionar sobre a razão de ser dessa delimitação e, conseqüentemente, sobre a dimensão da sua aplicabilidade. Desde

⁶ Que extravasa a mera tutela judicial. Sobre esta distinção, v.d. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2000, p. 261.

⁷ Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7.ª edição, 2003, p. 492.

⁸ Recurso constitucional para proteção de direitos fundamentais. Basta reler as propostas de revisão constitucional do PS e do PSD para perceber as tentativas de criar um verdadeiro mecanismo de recurso de amparo, que esbarraram na falta de maioria qualificada. Sobre esta realidade Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João e Brito Fernandes, Comentário à IV Revisão Constitucional, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 105 e Projectos de revisão constitucional (n.ºs 2/VII a 11/VII), Diário da Assembleia da República, VII Legislatura, 1.ª sessão legislativa (1995-1996), de 7 de março de 1996.

⁹ Atas do Parlamento, in www.parlamento.pt e Luís Marques Guedes, Uma Constituição Moderna para Portugal, (a Constituição da República revista em 1997 anotada), CEJ, 1997, com prefácio do então Presidente do PSD, o atual Presidente na República, Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa.

¹⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2014, p. 36.

¹¹ Lembrando a influência que o artigo 6.º n.º 1 da CEDH teve na redação alcançada, qual transposição normativa inquestionável perante as sucessivas condenações do Estado português pelo TEDH face à morosidade e violação do direito dos cidadãos a que a sua causa seja examinada, num prazo razoável.

logo, aos direitos fundamentais análogos e, de entre estes, aos direitos pessoais análogos aos direitos, liberdades e garantias pessoais expressamente previstos na Constituição e bem como sobre a sua conjugação com os pré-existentes e com os novos regimes processuais urgentes e cautelares criados pelo legislador ordinário.

Alguma reflexão sobre o momento da sua inclusão na lei fundamental, o reconhecimento, ao mais alto nível, da necessidade de garantir aos cidadãos, em geral, uma proteção específica no domínio das suas relações com a administração pública, a que se associa o regime previsto no renovado artigo 268^{o12}, a concretização, pelo legislador ordinário, de procedimentos judiciais garantidos, entre outros, da tutela da personalidade, a verificação dos regimes anteriores e posteriores ao reforço dessa tutela e as posições doutrinárias sobre o alcance legítimo e (in) constitucional da norma a outros direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias pessoais e aos direitos fundamentais em geral, motivaram este pequeno estudo.

De que forma devemos interpretar e aplicar o n.º 5 do art. 20.º? Apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais? Aos direitos fundamentais análogos de cariz pessoal? A todos os direitos fundamentais? De que forma deve ser representado tal normativo em face de uma Constituição “evolutiva”¹³? E que relação se estabelece entre os procedimentos judiciais constitucionalmente previstos como obrigações de prestação do Estado, com as pré-existentes formas procedimentais de acautelamento de direitos, ao nível do direito ordinário, no âmbito geral de proteção dos direitos dos cidadãos? Não estaremos, com este regime excecional, perante um verdadeiro “*recurso de amparo*” ainda que mediado pelas “*vias judiciais normais*”¹⁴?

2. Argumentação crítica.

2.1 O artigo 20.º: evolução constitucional do preceito. A influência internacional e europeia

O texto normativo do art.º 20.º teve uma evolução, ao nível constitucional, digna de registo. Desde logo, quanto à sua epígrafe (“*Defesa dos direitos*”), parte de uma referência a uma garantia geral e universal¹⁵ de defesa dos direitos, na

¹² Por simplicidade de escrita, os artigos referidos sem qualquer indicação da fonte são todos da Constituição da República Portuguesa.

¹³ Rui Medeiros, *O estado de direitos fundamentais portugueses: alcance, limites e desafios*, Anuário Português de Direito Constitucional, 2002, aplaude o alargamento que as sucessivas revisões constitucionais representaram no catálogo dos direitos fundamentais, fruto, entende o autor, duma adaptação destes aos “*novos tipos de perigos para a dignidade humana*”, p. 25.

¹⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit. p. 419.

¹⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit. p. 409.

lei constitucional de 2 de abril de 1976, concretizada no acesso dos cidadãos aos tribunais, não podendo a justiça ser-lhes denegada por insuficiência de meios económicos (numa clara manifestação do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, n.º 2), bem como na consagração do direito de resistência a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública, para, na 1.ª revisão constitucional de 82¹⁶, acolher uma nova designação a que vai corresponder um mais amplo, ainda que tímido, conteúdo concretizador.

Inegável consagração de um verdadeiro direito fundamental que, por sua vez, consubstancia uma garantia imprescindível à proteção dos demais direitos fundamentais, alarga o conceito de acesso ao direito, remetendo para o legislador ordinário, contudo, alguma da sua concretização.

Numa clara alusão ao reforço do princípio estruturante do Estado de direito, previsto no artigo 2.º, na sua dimensão normativa¹⁷, muda a epígrafe do artigo 20º para “*Acesso ao Direito e aos Tribunais*” ao mesmo tempo que passa a prever, no seu n.º 1, como conteúdo do direito ao acesso ao direito, “*o direito à informação e à proteção jurídica nos termos da lei*”. Expressa, pois, o texto constitucional, ainda que timidamente e com carácter geral, nestas duas primeiras versões¹⁸, o reconhecido direito de todos na defesa dos seus direitos através do acesso aos tribunais, ao mesmo tempo que particulariza, como garantia imediata na defesa dos específicos direitos fundamentais que são os direitos, liberdades e garantias, a legitimação do direito de resistência (ação direta na defesa da agressão aqueles) contra qualquer ordem que os ofenda, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Por outro lado, denunciando a abordagem clara ao princípio da igualdade no âmbito da não discriminação por insuficiência de meios económicos, original na norma, a alteração sofrida com a revisão de 82 vai ser acompanhada de um reforço de alguns princípios normativos da Constituição¹⁹, nomeadamente, com a elevação a princípio constitutivo do princípio da separação de poderes (artigo 2º)²⁰.

Nessa sequência, na Lei n.º 1/89, de 8 de julho, correspondente à 2.ª revisão constitucional, o n.º 1 do artigo 20.º passa a ser o n.º 2 com ligeira alteração: “2. *Todos*

¹⁶ Lei 1/82 de 30 de Setembro.

¹⁷ Como subprincípios concretizadores com ele relacionados, como é o caso do princípio da juridicidade, da separação de poderes e outros, op. cit. p. 191. Com a revisão de 82 o artigo 2.º passa a incluir a expressão Estado de direito democrático, contra Estado democrático.

¹⁸ Só mais tarde o legislador constitucional esclarece, através da letra do artigo 20, o conteúdo da garantia do acesso ao direito e aos tribunais não limitada à defesa dos direitos fundamentais mas a todos e quaisquer direitos e interesses legalmente protegidos (na Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de Setembro).

¹⁹ Como o Estado de direito democrático, op. cit. p. 185.

²⁰ Nesse ano de 1982 é criado o Tribunal Constitucional, desaparecendo o Conselho da Revolução, até aí único garante de algum controlo da constitucionalidade.

têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário” (o sublinhado é nosso). Aqui realça-se a necessidade sentida de alargar o âmbito da garantia no acesso ao direito a outros domínios não judiciais e/ou pré-judiciais, que não apenas a garantia do direito de ação através do acesso aos tribunais.

Por sua vez, o n.º 2 passa a n.º 1 com a seguinte redação: “1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e **interesses legítimos**, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos” (o sublinhado é nosso). Faz-se, agora, uma aproximação ao que já se identificava noutros locais paralelos do sistema constitucional, nomeadamente, no artigo 268º n.ºs 3 e 4 e como já era defendido por vários autores²¹, no sentido de uma abrangência da garantia de tutela jurisdicional a todos os direitos e interesses legalmente protegidos. Ao mesmo tempo caminha-se no sentido de abandonar um conceito de garantia de acesso ao direito e aos tribunais, exclusivo dos direitos subjectivos individuais.

Densifica-se, aqui, a protecção contra atos lesivos de direitos praticados pela administração local e central, apesar de não se determinar a forma do ato de agressão.

Com a Lei n.º 1/92 de 25 de novembro, alcança-se a 3.ª revisão constitucional, que nada muda no artigo 20.º que se vê alterado, com expressão, já na quarta revisão constitucional. Esta, sim, vai aditar importantes normativos neste âmbito, como iremos notar, sendo que nas revisões constitucionais que se seguiram, ficaram intocados.

De salientar, por último, a importância do direito internacional e do direito europeu, como referências para as alterações que se foram alcançando, concretamente constitucionalizando alguns dos seus princípios e regras. Ao nível internacional, tal matéria cruza-se com os artigos 8.º, 9.º e 10.º todos da DUDH²², com um detalhado artigo 14.º do PIDCP²³. Ao nível europeu, encontra referências nos artigos 6.º²⁴ e 13.º ambos da CEDH²⁵, no tratado da união Europeia, artigos

²¹ Op. cit. p. 410.

²² Artigo 8.º: Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei. Artigo 9.º: *Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado*. Artigo 10.º: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

²³ Artigo 14: §1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda a pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. [...].

²⁴ Com as modificações introduzidas pelo Protocolo 11.

²⁵ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em 1950 pelo Conselho da Europa, é um tratado internacional destinado a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais

242.º e 243.º e ao nível da CDFUE, no seu artigo 47.º, para lá de estar plasmada a sua concretização em diversos regulamentos e diretivas²⁶.

Essa relevância internacional, em particular europeia, será, aliás, reflectida na possibilidade de recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em situações limite, nos casos em que o direito violado consta da CEDH mas em que não se esgota a justiça interna. Aqui recorre-se à justiça internacional antes de se esgotar a justiça interna²⁷.

Uma palavra, também, para a importância que as decisões proferidas pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁸ tiveram na concretização e evolução constitucional deste normativo, nomeadamente, na reafirmação e densificação do conceito de decisão proferida em prazo razoável²⁹ e de processo equitativo, este traduzido no conjunto de garantias processuais como o princípio da igualdade de armas, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais ou das condições na obtenção das provas.

2.2. A importância da revisão constitucional de 1997.

Foi com a revisão constitucional de 1997, contudo, que o artigo 20.º viu modificado mais expressivamente o seu teor original, nomeadamente, com o aditamento dos seus números 3, 4 e 5.

Assim, onde o texto previa um normativo sobre a “*Acesso ao Direito e aos Tribunais*”³⁰, foi projectado e concretizado, a final, com a 4.ª revisão constitucional, um acrescido e excepcional reforço densificador, no patamar hierárquico legal mais

na Europa. Qualquer pessoa cujos direitos tenham sido violados por um Estado parte nos termos da Convenção pode levar o caso ao Tribunal. Os acordões que determinem que houve violação dos direitos humanos são vinculativos para os países em causa. O Tratado de Lisboa, em vigor desde 1 de dezembro de 2009, permite à UE aderir à CEDH, tendo sido terminado um projeto de acordo de adesão em 2013. https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_human_rights_convention.html?locale=pt.

²⁶Regulamento (CE) n.º 1393/2007 (que revoga o Regulamento (CE) n.º 1348/2000), Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro, Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, Regulamento (CE) n.º 2116/2004, de 02/12 com a rectificação Rect. JO L 174/2006, de 28/06) e a Directiva 2002/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios.

²⁷ Casalta Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, 2007, p. 79.

²⁸ Sobre casos de condenação do Estado Português, veja-se Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

²⁹ Face às já inúmeras situações a que o Estado Português, em particular se via condenado por morosidade processual.

³⁰ Epígrafe da redação resultante da 2ª revisão constitucional.

importante, quer ao nível da tutela jurisdicional efetiva e do acesso ao Direito, quer ao nível específico da proteção dos direitos, liberdades e garantias pessoais.

Note-se que o aperfeiçoamento do quadro constitucional atinente ao acesso ao direito foi expressamente assumido nos trabalhos levados a cabo no âmbito do projecto de revisão constitucional³¹, desde logo, exigindo uma explicitação sobre o seu conteúdo, na medida em que se plasmasse que todos deviam ter direito a que uma causa em que tivessem interesse direto e legítimo fosse objecto de decisão dentro de prazo razoável e mediante processo equitativo, o que deu origem ao texto no n.º 4, visando consagrar o direito à celeridade da justiça como garantia da sua não denegação, embora deixando cair a referência a “*interesse direto*”, tornando mais amplo o campo de aplicação: onde o texto assegurava a todos a defesa dos direitos e interesses legítimos, passou a constar uma garantia mais abrangente de “*defesa direitos e interesses legalmente protegidos*” (o sublinhado é nosso).

Dispõe, agora, o artigo 20.º da Constituição Portuguesa, e citamos, que:

- “1. A todos é assegurado o acesso **ao direito** e aos tribunais para defesa dos seus direitos e **interesses legalmente protegidos**, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” (os sublinhados são nossos e assinalam as alterações verificadas).³²

A epígrafe do referido normativo é, com a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, substituída por esta outra “*Acesso ao direito e **tutela jurisdicional efetiva***”³³” (o sublinhado é nosso). No seu n.º 1 a expressão “*legítimos*” é substituída por “*legalmente protegidos*”. Ao n.º 2 do mesmo artigo é aditada, *in fine*, a expressão “*e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade*”.

³¹ Cujos n.º 4, da iniciativa do PS, contudo, acabou aprovado, no seu texto final por unanimidade. V.d *Projectos de revisão...*, p. 484 e *Uma Constituição Moderna ...* op. cit. p. 82.

³² Esta definição está consagrada, ao nível do legislador ordinário, no artigo 2.º do Código Civil e no artigo 2.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

³³ Visando um melhoramento na adequação terminológica ao conteúdo da norma, por sugestão do deputado independente Cláudio Monteiro. *Uma Constituição Moderna...* op. cit., p. 81.

E são aditados ao mesmo artigo três novos números: o 3, 4 e 5.

Consagra o normativo um verdadeiro princípio do acesso ao direito e aos tribunais, comum a todos os direitos, que visa, não só mas essencialmente, garantir aos cidadãos “a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdicção”³⁴ e que reforça, com carácter excepcional, a tutela cautelar no que respeita aos direitos, liberdades e garantias pessoais, em claro sinal do reforço da protecção da dignidade da pessoa humana.

Para lá do já consagrado para efeito de tutela cautelar contra atos lesivos dos direitos legalmente protegidos, praticados pela administração local e central, a concretização e densificação da tutela jurisdicional efetiva visa aqui a reação célere e prioritária, em tempo útil, e com carácter não provisório, logo, definitivo, também dos atos praticados por particulares em violação dos direitos ali previstos.

Há, por um lado, uma clara influência do texto do artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem nos novos números 4 e 5 e, por outro, uma clara intenção de criar mecanismo de tutela de certos direitos, liberdades e garantias (os pessoais) para além dos já existentes através de processos urgentes e de providências cautelares.

2.3. O acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva: um direito fundamental de todos

É o Direito Constitucional que, regulando a relação entre o Povo, enquanto verdadeiro titular da soberania³⁵, e os respectivos representantes e governantes, assumindo como seus destinatários os cidadãos e os seus administrados³⁶, define os estatutos da pessoa, do cidadão, fixando a natureza, regime e extensão do catálogo de direitos fundamentais, no âmbito da sua função reguladora de um “considerável segmento de relações privadas exclusivamente inter-subjetivas”, nomeadamente, no que se refere aos direitos liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga (art.º 18.º, n.º 1 in fine e art.º 17.º).

Sem prejuízo das várias dimensões em que os direitos fundamentais podem e são analisados, temos como certo que o seu âmbito material não se reduz ao catálogo previsto na Parte I da Constituição, como resulta do disposto o art.º 16.º, n.º 1 da CRP, quando refere expressamente que “Os direitos fundamentais

³⁴ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...op. cit.*, p. 433.

³⁵ Barbosa Rodrigues, *Uma nova Constituição para Portugal*, Media XXI, 2010, defende maiores poderes para o Povo, verdadeiro titular da soberania, como a única forma de poder desbloquear-se juridicamente a Constituição enquanto segmento essencial do universo jurídico. O autor atribui ao Povo organicidade *proprio sensu* (órgão a se) que se sobrepõe ao Estado e, claro, à Constituição, “realidade transitória, acessória e instrumental do próprio Estado” - V.d. do mesmo autor, *Direito Constitucional-Tópicos*, Lisboa, Quid Iuris, 2015, p. 36, 37 e 46.

³⁶ Barbosa Rodrigues, *op. cit.*, p. 34.

consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

Ora, o Direito Constitucional ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, enquanto norma comum a todos os direitos em geral e aos direitos fundamentais em particular, é “*um direito fundamental formal, que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais*”³⁷.

Sendo ele próprio um verdadeiro direito fundamental, cuja função primária é a defesa da autonomia pessoal³⁸, na medida em que comunga da essencialidade garantística de um Estado de direito, tem ínsita uma especial dignidade de proteção que o coloca num patamar hierárquico superior da ordem jurídica, que se traduz num verdadeiro limite material à própria revisão constitucional, por um lado (a “*fundamentalidade formal*” de que fala Canotilho) e num conteúdo “*constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade*”³⁹ (a “*fundamentalidade material*”), por outro. Ou seja, é um direito com características próprias, com dupla natureza, “*de direito prestacionalmente dependente e de direito legalmente conformado*”⁴⁰, “*com um carácter “essencial” para a consciência jurídica colectiva, enquanto exigência da própria dignidade da pessoa humana*”⁴¹, o que determina a sua recondução a um verdadeiro direito, liberdade e garantia, *rectius*, a um direito análogo a um direito, liberdade e garantia.

Enquanto direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, constituindo uma garantia imprescindível da proteção dos direitos fundamentais, beneficia do regime daqueles, nomeadamente o previsto nos artigos 17º e 18º, nº 1, na medida em que o mesmo não pode ser denegado ainda que o seu titular possa sofrer de uma incapacidade judiciária por ser economicamente carecido ou discriminado por qualquer outra razão, social ou cultural. Assim o entende Gomes Canotilho⁴².

Também Jorge Miranda⁴³ defende que estamos perante um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias quando falamos no acesso ao direito e aos tribunais, mas com limitações ou concretizações dependentes de princípios ou institutos constitucionais conexos. Desde logo, considerando que não se lhe aplica o regime orgânico nem os limites materiais da revisão constitucional. Já Vieira de Andrade, deixa de fora dos exemplos que dá de direitos análogos aos DLG, o direito à tutela do artigo 20.⁴⁴

³⁷ Gomes Canotilho, op. cit. p. 433 e 496; Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 161; Jorge Miranda, op. cit., p. 253.

³⁸ Vieira de Andrade, *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5ª edição, 2012, p. 174.

³⁹ Gomes Canotilho, op. cit. p. 379. Também J. Miranda, op. cit., p. 155/156.

⁴⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit. p. 408.

⁴¹ Casalta Nabais, op. cit., p. 65.

⁴² Gomes Canotilho, op. cit., p. 153.

⁴³ Jorge Miranda, op. cit., pp.100, 152 a 168.

⁴⁴ Vieira Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 187.

Como bem refere aquele autor, esta sistematização é relevante na medida em que “*pressupõe[m] um regime jurídico-constitucional especial materialmente concretizador (cfr art.º 17.º),*” que serve de padrão material a outros direitos análogos, dispersos na Constituição, que estão imbuídos de uma “*força vinculante e uma densidade aplicativa (“aplicabilidade direta”) que apontam para um reforço de “mais-valia” normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, incluindo-se aqui as normas referentes a outros direitos fundamentais*”⁴⁵.

Por sua vez, concretiza uma dimensão prestacional positiva do Estado⁴⁶. De acordo com o previsto no artigo 2.º, o artigo 20.º pressupõe uma atuação positiva do Estado na medida em que garante a todos que sejam informados e tomem conhecimento dos seus direitos, que tenham o apoio jurídico que necessitem e que, no limite, acedam aos tribunais quando precisem, sendo esta apenas uma das dimensões possíveis do acesso ao direito⁴⁷. De facto, tal como refere aquela norma, “*a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado*” entre outros, “*no respeito e na garantia de **efetivação dos direitos e liberdades fundamentais** ...*”. (o sublinhado é nosso).

Ora, enquanto Estado de direito, é-lhe atribuída, entre outras, a tarefa fundamental de garantir esses direitos e liberdades fundamentais e do respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático (artigo 9.º al. b)). Daqui se retira a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e à sua realização, de uma verdadeira garantia dos direitos de cada um, na medida em que “*em caso de violação, [...] se “restabeleça a sua integridade”*”⁴⁸ e, em caso de ameaça, se evite ou se suste a mesma.

Finalmente, também o artigo 1º apresenta a maior relevância na análise pretendida, na medida em que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ora, a “*dignidade humana*”, sendo uma das bases da república (juntamente com a vontade popular) organicamente está ligada à garantia constitucional dos direitos fundamentais⁴⁹, pelo que também através do acesso ao direito se alcança e concretiza essa qualidade maior a que o Estado se curva.

O Direito Constitucional ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, por sua vez, é um direito de todos. Esta determinação, constitucionalmente consagrada é expressa, desde logo, através do princípio da universalidade

⁴⁵ Gomes Canotilho, op. cit., p. 398; Jorge Miranda, Manual..., op. cit., p. 92 ss. Os chamados direitos “*self executing*”.

⁴⁶ Jorge Miranda, op. cit., p. 255.

⁴⁷ Veja-se a lei do apoio judiciário, a lei da organização do sistema judiciário, entre outras ações do Estado, no âmbito do seu dever de prestar, em concretização do princípio da proteção jurídica e do acesso ao direito.

⁴⁸ Gomes Canotilho, op. cit., p. 274.

⁴⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 208.

previsto no artigo 12.^o que, contudo, apresenta alguns desvios, porquanto, não se restringe aos cidadãos portugueses, na medida em que falamos da tutela de direitos humanos (“*positivação-constitucionalização*” dos direitos do homem⁵⁰).

Por sua vez, o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.^o, enquanto princípio não só do Estado de direito mas também do Estado social, enquanto princípio estruturante do regime geral dos direitos fundamentais, que se revela, portanto, como um princípio de justiça social⁵¹, é um pressuposto para a “*uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos do ordenamento jurídico*”⁵² (o sublinhado é nosso).

Assim, estão a coberto daquela ampla titularidade os direitos fundamentais individuais dos cidadãos portugueses (artigos 15.^o, n.ºs 2/3, 121.^o, n.º 1, 275.^o, n.º 2) e de países de língua portuguesa (artigos 15.^o, n.º 3), da União Europeia (artigo 8.^o e segs TUE), os estrangeiros e apátridas, os portugueses residentes no estrangeiro (artigo 14.^o), os estrangeiros residentes em Portugal (artigos 15.^o, n.º 4 e 33.^o).

A referência a cidadãos nacionais, a residir no estrangeiro, aos estrangeiros e apátridas e o disposto quer nos artigos 14.^o e 15.^o, quer no artigo 8.^o, garantem, constitucionalmente, esta tutela, nos termos previstos na lei, a “*todos*”⁵³. Aqui, a influência internacional e europeia, vertida nos tratados e convenções, reflectiu-se particularmente ao nível interno, sendo disso exemplo a inclusão na revisão de 92 (3.^a revisão constitucional) da expressão “*cidadãos europeus*”, alargando e concretizando o universo de destinatários dos normativos constitucionais em causa⁵⁴. A este propósito, Gomes Canotilho fala em “*quatro círculos subjetivos*” que se identificam noutras tantas normas de direitos fundamentais: da “*cidadania portuguesa*” (art.^o 15.^o, n.ºs 2 e 3), da “*cidadania europeia*” art.^o 15.^o, 5.^o e 9.^o do TUE), da “*cidadania dos Estados de língua portuguesa*” (art.^o 15.^o, n.º 3) e a “*cidadania de todos*” (art.^o 15.^o, n.º 1, correspondente à regra geral)⁵⁵.

Mas também estão a coberto da titularidade de direitos fundamentais as pessoas colectivas (de direito privado – artigos 12.^o/2, 38.^o/ 2 a), 41.^o e de direito público – 76.^o/n.º 2, 277.^o/n.º 1, 32.^o/n.º 7), consideradas como tal e não na individualidade dos seus membros, às quais são atribuídos direitos fundamentais colectivos (artigos 40.^o, 54.^o n.º 5, als. b) e d), 56.^o n.º 2, al. a) e n.º 3), encontrando-se também, no texto constitucional, direitos fundamentais que, apesar da sua

⁵⁰ Gomes Canotilho, op. cit., p. 417 e 418.

⁵¹ Jorge Miranda, *Manual ...*, op. cit., pp. 235 ss. Também Gomes Canotilho, op. cit., pp. 426 ss.

⁵² Gomes Canotilho, op. cit., p. 426, nota 20.

⁵³ Aqui, com recurso ao princípio da equiparação como regra de interpretação, Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., pp. 73-74. A revisão de 2001 fala na cidadania de todos – estrangeiros e apátridas.

⁵⁴ Saliente-se a colocação sistemática do artigo 12.^o, n.º 2 no título dos direitos e deveres fundamentais.

⁵⁵ Gomes Canotilho, op. cit., p. 417.

titularidade individual, são de exercício coletivo, como é o caso do direito à greve⁵⁶. Veja-se, ainda, a concretização jurisdicional do direito de ação popular prevista no artigo 52.º ou a tutela dos “*interesses colectivos ou difusos*”⁵⁷, plasmada no artigo 60.º, n.º 3, preceito constitucional relativo aos direitos das associações de consumidores e das cooperativas de consumo⁵⁸.

Como bem referem Jorge Miranda e Rui Medeiros⁵⁹, a própria alteração do texto, com a revisão de 1997, deixando de lado a designação interesses legítimos e apropriando-se desta outra, “*interesses legalmente protegidos*”, conjugada com a consagração expressa no artigo 52.º, n.º 3 do direito de ação popular, quis representar o alargamento da norma a interesses difusos, de cariz institucional e não individual *strictu sensu*. Gomes Canotilho, fala mesmo em “*direitos colectivos das organizações, cujo escopo direto é a tutela de formações sociais, garantidoras de espaços de liberdade e de participação no sei da sociedade plural e conflitual*”⁶⁰, para reconhecer a qualificação desses direitos constitucionalmente previstos, específicos de pessoas coletivas ou de exercício coletivo. Já Vieira de Andrade⁶¹ entende que os direitos reconhecidos às pessoas coletivas, não são verdadeiros direitos fundamentais, recusando como sua característica a atribuição de um verdadeiro direito subjetivo fundamental, mas antes que estaremos perante verdadeiras competências, equiparadas a garantias institucionais e não aos direitos subjetivos fundamentais.

Por sua vez, José Melo Alexandrino⁶² faz uma sistematização no “*plano das situações compreensivas*”, no que respeita ao critério do titular do direito

⁵⁶ Contra, Vieira de Andrade, op. cit., p. 177 e 180 que considera tratar-se de meras competências e não verdadeiros direitos fundamentais.

⁵⁷ De que as ações inibitórias para tutela dos interesses difusos dos consumidores genericamente previstas no artigo 52.º (direito de petição e direito de ação popular) da Constituição são exemplo, embora numa dimensão menos efetiva do que a tutela prevista no artigo 20.º, n.º 5. Veja-se, aliás, a evolução sofrida desde a redação do artigo 49.º da Constituição de 76 e a densificação alcançada na 2.ª revisão constitucional de 89.

⁵⁸ Vieira de Andrade, op. cit., entende que os direitos reconhecidos às pessoas coletivas, não são verdadeiros direitos fundamentais, por não serem um verdadeiro direito subjetivo fundamental, mas antes considerando tratar-se de verdadeiras competências, equiparados a garantias institucionais e não aos direitos subjetivos fundamentais, pp. 91 e 122. Por sua vez, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*, Introdução geral, Principia, 2.ª edição, 2011, p. 29, faz uma sistematização no “*plano das situações compreensivas*”, no que respeita ao critério do titular do direitos fundamentais, os quais podem ser individuais e coletivos, salientando, na nota 57, exemplificando, que nada obsta à existência de simultaneidade de direitos individuais e institucionais ou direitos individuais só exercíveis colectivamente (direito de reunião, direito à greve).

⁵⁹ *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I - Preâmbulo - Princípios Fundamentais - Direitos e Deveres, UCE, 2ª Edição Revista, 2010, p. 432 e 436.

⁶⁰ Op. cit., p. 424.

⁶¹ *Os Direitos ...*, pp. 91 e 122.

⁶² *Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 29, nota 57.

fundamental, o qual pode ser individual e coletivo, salientando e exemplificando, que nada obsta à existência de simultaneidade de direitos individuais e institucionais ou direitos individuais só exercíveis coletivamente (direito de reunião, direito à greve). Este autor refere-se ao reconhecimento que a Constituição há muito fez do princípio da universalidade, numa dimensão de personalidade (e não de mero conceito de cidadania, apesar do texto por vezes assim induzir), pensando os direitos fundamentais para todas as pessoas que possam vir a relacionar-se com o Estado⁶³. Abordando as várias perspetivas em que tal princípio pode ser analisado, destaca a que, do ponto de vista técnico, vê na norma da universalidade “... (à semelhança dos mecanismos do artigo 16.º) uma “regra de interpretação”, que diz o seguinte: na dúvida sobre a atribuição ou titularidade de certo direito fundamental, o interprete deve presumir que o mesmo foi constitucionalmente atribuído a todas as pessoas [cidadãos]; em consequência, a exclusão da titularidade está dependente do cumprimento do dever (ónus) de justificação”⁶⁴.

Também o sentido que encontrou Bernardo Diniz de Ayala⁶⁵, a propósito da aplicação do artigo 20.º à atividade de gestão pública ou privada, concluindo pela inexistência de distinção no direito no acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, em função da qualificação da atividade administrativa, se poderá entender como sendo o mesmo o objetivo da norma constitucional no que aos seus destinatários diz respeito.

O direito ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva enquanto garante da defesa dos direitos fundamentais tem, assim, inegavelmente como destinatários pessoas singulares mas também pessoas coletivas, consubstanciando não uma ideia de mera proteção jurídica individual mas também coletiva. Estamos, pois, perante a concretização materializada do princípio da igualdade, em que todos são iguais perante a lei, e do princípio da universalidade⁶⁶, na medida em que sejam adaptados e possíveis, compatíveis com a natureza dos direitos e deveres das pessoas coletivas⁶⁷, que beneficiam também desta proteção e garantia constitucional, garantia essa de natureza universal e geral⁶⁸.

2.4 A concretização tutelar do artigo 20.º n.º 5: uma norma excecional.

A inclusão do n.º 5 no texto constitucional do artigo 20.º e a interpretação

⁶³ José Melo Alexandrino, *O sistema de Direitos na Constituição de 1976: O Funcionamento do Sistema*, <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ITF2O4s6XJc%3d&tabid=333>, 2009, p. 71.

⁶⁴ Op. cit., p. 73.

⁶⁵ Bernardo Diniz de Ayala, *Monismo (s) e Dualismo (s) em Direito Administrativo (?)*, in *Estudos de Direito Processual Administrativo*, Lisboa, Lex, 2002, p.147.

⁶⁶ Princípios que, contudo, não vamos aqui desenvolver por não ser o âmbito do trabalho.

⁶⁷ Veja-se a recente decisão sobre concessão de apoio judiciário às pessoas coletivas, Ac. TC 242/2018, de 07-06-2018.

⁶⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 409.

que se faça do mesmo com recurso ao elemento literal, histórico e sistemático da norma em causa, resulta em várias considerações.

Desde logo, foi intenção expressa do legislador reforçar a tutela cautelar, na estrita dimensão jurisdicional efetiva, ao nível constitucional, concretizando o já considerado no âmbito do direito do acesso aos tribunais (n.º 4), mas restringindo essa densificação específica, através do dever prestacional do Estado⁶⁹, na criação de procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, a certos direitos fundamentais.

Note-se que, dos trabalhos preparatórios do projeto de revisão de 1997, resulta perceptível que apenas na redação final dada ao artigo 20.º, n.º 5, se entendeu delimitar a expressa previsão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva aos DLG pessoais, para evitar, e citamos, “*a não extensão, indesejável e de efeitos perversos, a direitos, liberdades e garantias previstos noutros capítulos da Constituição*”⁷⁰ querendo garantir, com tal concretização uma exclusividade e excecionalidade intencional.

Assim, para além da já plasmada garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais (ou outros) subjacente à ideia de Estado de direito, prevista nos n.ºs 1, 2 e particularmente do n.º 4 do referido artigo 20.º, ainda que carecida de conformação pelo legislador ordinário, a Constituição plasmou expressa e especificamente um regime excecional para direitos, liberdades e garantias pessoais, no que respeita a uma efetividade da tutela, na conjugação entre direitos materiais e direitos processuais. Ou seja, sem prejuízo da abrangência da garantia da via judiciária do direito em geral à própria tutela jurisdicional efetiva, como que em concretização daquela mas indo mais além, criou um regime excecional, o que resulta não só da sua inserção sistemática, como da própria teleologia do direito ao acesso aos tribunais⁷¹.

Podendo não ser suficiente o reconhecido direito de acesso aos tribunais ou o direito de ação⁷², com o conseqüente direito à obtenção de uma decisão célere, com base num processo equitativo, mas também com possibilidade de deitar mão de providências cautelares, se necessário, e “*uma vez proferida a sentença, de obter a execução da decisão ou a sua efectividade*”⁷³ reclamou-se da lei fundamental a expressão do princípio da celeridade e prioridade em situações consideradas mais essenciais: a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, quando o conteúdo mínimo do processo equitativo com decisão em prazo razoável não seja suficiente para acautelar esses mesmos direitos⁷⁴.

⁶⁹ É este dever enquanto reverso do direito subjetivo de todos à tutela cautelar ali expressamente prevista que permite qualifica-lo como direito fundamental de natureza análoga.

⁷⁰ *Uma constituição moderna para Portugal*, ... op. cit., p. 82.

⁷¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, op. cit., p. 452.

⁷² Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 416.

⁷³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, op. cit., p. 438.

⁷⁴ Bernardo Diniz de Ayala, op. cit., p. 148.

Diríamos, contudo, que a excecionalidade da norma resultará não tanto da pretendida efetividade na tutela daqueles direitos em particular, pois que tal objetivo é transversal a toda e qualquer tutela jurisdicional garantida a todos e em relação a todos os direitos, mas sim da prioridade e celeridade que a determinação de procedimentos próprios, conducentes a decisões definitivas, procedimentos também eles excepcionais, possam trazer na defesa dos mais importantes direitos fundamentais: os direitos, liberdades e garantias pessoais.

Aqui a dimensão humana (o postulado e o primado da Dignidade Humana) dos direitos fundamentais na sua vertente individual⁷⁵ e o reforço crescente, ao nível interno e internacional, da sua efetiva defesa, por um lado, e o pré determinado e já garantido, constitucionalmente, direito ao acesso ao direito e aos tribunais, enquanto concretização geral da tutela jurisdicional efetiva, por outro, só permitiria conceber este regime como excecional, pois que, a regra, será sempre a da aplicação efetiva do disposto e previsto quer no n.º 1 quando garante que *“A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”* quer sobretudo no n.º 4 quando refere, e citamos, uma vez mais *“Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável”*, sem dilações indevidas, com observância de um conjunto de garantias processuais, como o princípio da igualdade de armas e do contraditório, ou o princípio da fundamentação das decisões, entre outros⁷⁶.

Este o regime geral e expectável por parte do Estado perante os cidadãos, aquele, previsto no n.º 5 uma exceção à regra que permite, mediante certos pressupostos, a obtenção de uma decisão definitiva célere, prioritária, efetiva e útil, através de procedimentos judiciais *“preferentes e sumários”*⁷⁷ assegurados pelo legislador.

Ora, sob pena de se subverter o que já resulta como garantia constitucional, verdadeiro direito fundamental no acesso aos tribunais, ao direito e à justiça, apenas em situações excepcionais podemos querer ver previsto e concretizado na lei um direito, por sua vez, instrumental que permita obter tutela efetiva, sumária e prioritária, contra ameaças ou violações desses direitos.

O conteúdo essencial deste direito específico de disponibilidade e utilização de tais procedimentos, tem de ser visto como uma garantia da via judiciária, da proteção jurídica através dos tribunais, como garantia institucional a cargo do Estado, como instrumento de último recurso para a proteção e garantia das liberdades pessoais, quando a situação violada ou ameaçada não se compadece com o decurso normal de um processo no qual se pretenda e deva obter decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, com o que isto representa. E não é confundível com o regime dos procedimentos cautelares, que visam acautelar o

⁷⁵ Jorge Miranda, op. cit., p. 79. Numa dimensão mais restritiva, Vieira de Andrade, op. cit., p. 84, que considera posições jurídicas subjectivas individuais.

⁷⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, op. cit., p. 438.

⁷⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p.419.

efeito útil de uma decisão a proferir, não sendo em si mesmos “a decisão”, como adiante abordaremos.

Mas poder-se-ia ir mais além na excecionalidade da norma no sentido de que a mesma pudesse permitir um alargamento do objecto da justiça constitucional, na medida em que, como salientam Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes⁷⁸, o próprio “*texto constitucional não condiciona esta defesa à forma do ato de agressão*”, nada impedindo, portanto, abstratamente a obtenção de um caso julgado junto do tribunal constitucional, qual direito de queixa e/ou verdadeiro recurso de amparo, quando ao nível da 1ª instância não ficar sanada, por decisão judicial, essa mesma agressão⁷⁹. E, ainda que possamos querer ver na não inclusão expressa da figura, apesar de genericamente proposta por quase todos os partidos com representação no parlamento, uma recusa do mecanismo, acompanhamos a interpretação que aqueles autores apresentam no sentido de qual tal especialidade possa representar um possível alargamento “*do objecto da justiça constitucional, indo para além das normas*”⁸⁰, apesar de não autonomizado normativamente.

Estando já previsto ao nível processual civil, em data anterior à revisão de 1997, procedimentos consubstanciadores de tutela efetiva e prioritária ao nível dos direitos de tutela da personalidade humana, “*providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida*” (veja-se o regime jurídico previsto nos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil de 1961), aplicáveis quer aos direitos de personalidade em geral quer aos que destes foram elevados a direitos fundamentais, a sua conjugação com a possibilidade de recurso a providências cautelares inominadas, a fim de acautelar o *periculum in mora*, mais justificará, em nosso entender, o sentido acrescido da excecionalidade pretendida com tal solução⁸¹.

2.5 Extensão do âmbito de aplicação do n.º 5 do artigo 20.º a direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias pessoais e a outros direitos fundamentais

Mas será adequado entender que um tal regime excecional, que viemos de expor, se circunscreve apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais *tout court*? A saber, aos direitos previstos nos artigos 24.º a 47.º da Lei Fundamental?

A letra da lei, uma vez mais, assim o parece ditar e assim o parece exigir. O pensamento do legislador vertido nos trabalhos preparatórios também parece não deixar dúvidas. Finalmente, a justificação ao mais alto nível (constitucional),

⁷⁸ Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, op. cit., p. 104.

⁷⁹ Sem prejuízo do que mais adiante se dirá sobre esta matéria.

⁸⁰ Op. cit., p. 104.

⁸¹ Jorge Miranda, op. cit., p. 260, quanto ao caso específico do n.º 5 qualifica o procedimento aí previsto como manifestações especiais de tutela jurisdicional e não excecionais.

em obter decisão prioritária e célere, arriscando preterir alguma da segurança e certeza que um processo jurisdicional garante, em nome do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, só pode ser admitida, num verdadeiro confronto entre direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos (formal e materialmente) na medida em que o direito, liberdade e garantia pessoal que legitima o recurso ao n.º 5 seja um direito hierarquicamente mais importante que o direito à tutela garantida pelo n.º 4 do mesmo normativo.

Ora, há razões históricas para um regime diferencial. Na Constituição de 1976 o poder constituinte corroborou um modelo de matriz ocidental no que à garantia de direitos fundamentais dizia respeito, como forma de defesa do Estado democrático contra um Estado revolucionário que com ele coexistia: os direitos de liberdade precederem os direitos sociais, pelo que mereceriam maior tutela. Para tal contribuiu o alcançado ao nível dos direitos humanos na Europa e no mundo e as normas plasmadas em Tratados e Convenções internacionais. Até ao nível da sistemática os direitos não estavam subdivididos como ocorreu mais tarde, com a revisão constitucional de 82 e o próprio artigo 9.º, que não os autonomizava, enquanto objecto das tarefas do Estado⁸².

Assim, a realidade normativa do n.º 5 teve na sua base a sistematização que o legislador constituinte implementou ao separar, no âmbito do conceito mais abrangente de direitos fundamentais, os direitos, liberdades e garantias, por um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, por outro. Aqueles, por sua vez, dividindo-se em três espécies: direitos, liberdades e garantias pessoais (artigos 24.º a 47.º), direitos de participação política (artigos 48.º a 52.º) e direitos dos trabalhadores (artigos 53.º a 57.º). Contudo, o seu âmbito de aplicação desde a sua inserção na Constituição após a revisão de 1997, tornou-se controversa.

A questão é saber se temos de nos restringir ao elemento literal e histórico e limitar a aplicação dos procedimentos judiciais aos DLG pessoais, previstos nos artigos 24 a 47, tanto mais se entendermos estar perante uma norma excecional nos termos supra referidos, ou se se permite e justifica um alargamento, no seu âmbito de aplicação, aos direitos análogos aos DLG pessoais⁸³ (modelo com o qual tendemos a concordar) ou, mais ousado ainda, a todos os direitos fundamentais (solução que nos parece contrária ao espírito do legislador constituinte e à excecionalidade da norma em causa).

Analisemos alguns dos entendimentos doutrinários vertidos sobre esta questão, desde logo, quanto à sua aplicação aos direitos fundamentais análogos aos direitos, liberdades e garantias pessoais.

⁸² Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 142.

⁸³ Exemplificando direitos análogos aos direitos, liberdades e pessoais, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 374; Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 151; Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 187.

Aqui a questão prende-se, com a forma como se entendem os DLG e os DESC. Por um lado, temos uma doutrina maioritária que diferencia, quanto ao relevo material⁸⁴ e ao regime garantístico, os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, onde se inclui Vieira de Andrade⁸⁵, Jorge Miranda⁸⁶, Gomes Canotilho⁸⁷ e José Melo Alexandrino⁸⁸. Para estes autores, os direitos, liberdades e garantias seriam direitos puramente negativos (ou seja, defensivos) enquanto os direitos sociais seriam direitos positivos (direitos a prestações, na medida em que exigiriam condições jurídicas e, sobretudo, financeiras e materiais para a concretização dessas mesmas prestações): os primeiros seriam direta e imediatamente invocáveis a partir da Constituição (artigo 16), sem dependerem de condições financeiras (artigo 20.º /1) ou outras (artigo 13.º /2); já os direitos sociais estariam dependentes não só de condições jurídicas, mas também de prestações financeiras relevantes e, assim, a sua efetivação estaria condicionada pela maior ou menor disponibilidade financeira do Estado. Estes autores, portanto, consubstanciam as correntes maioritárias, nesta matéria, defensoras do primado dos direitos de liberdade face aos direitos sociais (seja segundo verdadeiros critérios de hierarquização ou de classificação).

Nesta dimensão, Jorge Miranda hierarquiza os direitos fundamentais numa perspetiva valorativa que sempre explicaria esta interpretação que prioriza, desde logo, os direitos, liberdades e garantias pessoais em relação aos restantes direitos fundamentais e aos DLG de natureza análoga⁸⁹ (onde encaixamos o artigo 20.º todo ele, ou no limite os seus n.ºs 1 a 4) e, mais ainda, em relação ao que o autor considera ser não um DLG de natureza análoga mas uma manifestação especial de tutela jurídica: o n.º 5 do artigo 20.º. Entende ainda, sobre os DLG dos trabalhadores que, apesar destes não possuírem, “*no plano dos fins permanentes da vida humana e da universalidade dos direitos, um valor tão grande como o dos DLG pessoais*”, os mesmos correspondem às mesmas necessidades de defesa diante do poder que os DLG⁹⁰.

Gomes Canotilho, apesar de afirmar que todas as regras e princípios constitucionais são hierarquicamente iguais quando à sua validade, prevalência normativa e rigidez⁹¹, assume a necessidade de classificar os DLG, pela força

⁸⁴ Não abarcando a aplicação do regime orgânico ou sequer dos limites matérias da revisão constitucional. v. d. Jorge Miranda, op. cit., 2000, pp. 153-154.

⁸⁵ Vieira de Andrade, op. cit., pp. 191 ss e 357ss.

⁸⁶ Jorge Miranda, op. cit., pp. 144 ss.

⁸⁷ Gomes Canotilho, op. cit., pp. 1395 ss.

⁸⁸ José Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, II*, Coimbra, 2006, pp. 198 ss.

⁸⁹ Jorge Miranda, op. cit., p. 194 e 195, embora aqui em concreto o autor refira a importância da hierarquia em especial em situações de colisão de direitos.

⁹⁰ Jorge Miranda, op. cit., p. 144.

⁹¹ Canotilho, op. cit., p. 1183.

vinculante e densidade aplicativa que estes possuem em relação a outras normas da Constituição, incluindo outros direitos fundamentais. Importante será que estejamos perante um direito materialmente fundamental. Se os direitos externos à constituição têm de satisfazer o critério de *fundamentalidade material*, por maioria de razão o terão de satisfazer os direitos fundamentais, formalmente constitucionais. Ou seja, o artigo 16.º /1 exige que *todos* os direitos fundamentais, sejam-no formal ou materialmente, têm obrigatoriamente de satisfazer o critério de *fundamentalidade material*⁹².

Melo Alexandrino, fala na “*precedência da dignidade da pessoa humana sobre a vontade popular, a precedência da pessoa sobre o Estado, a precedência dos direitos fundamentais sobre a organização dos poderes do Estado, a precedência dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais sobre a organização económica*”⁹³, galvanizando essa dimensão.

Já Blanco de Moraes entende que “*O primado dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais é, mais do que tudo, uma questão existencial do Estado de direito democrático, porque sem direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito nem democracia política. Já o inverso não sucede pois os direitos sociais constitucionalizados não são pressuposto necessário de um Estado de direito democrático, tal como demonstram as Constituições norte-americana, britânica e alemã que os não consagram.*” [...] “*É a essência do Estado de direito democrático e a dimensão de autodeterminação individual que constitui o âmago da dignidade humana que confere aos direitos liberdades e garantias mais peso axiológico e o título de direitos “mais fortes”.*”

As considerações formuladas não retiram aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais, na medida em que se encontram na constituição e são sindicáveis pelos tribunais. Só que, “*sendo os direitos sociais e os direitos de liberdade direitos fundamentais, haverá uns que são mais fundamentais do que outros. E o regime jurídico de proteção dos direitos, liberdades e garantias reflete esse mesmo primado.*”⁹⁴. Jorge Reis Novais utiliza a metáfora dos “*trunfos*” e de entre estes, os “*trunfos fortes*” e “*fracos*”, para se referir à diferença entre os direitos fundamentais que, apesar de tudo, não esgota a reconhecida heterogeneidade dos mesmos⁹⁵.

⁹² Vieira de Andrade, tal como Gomes Canotilho, explica a noção de fundamentalidade dos direitos. Op. cit., p. 132. Também Blanco DE Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2008, p 132.

⁹³ José de Melo Alexandrino, *O Papel dos Tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos*, palestra proferida na Conferência Alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Agosto de 2010. Também, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p.68-69.

⁹⁴ Blanco de Moraes, *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira*, e-Pública [online], 2014, vol. 1, nº 3, pp. 59-85. ISSN 2183-184X.

⁹⁵ Jorge Reis Novais, “*Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*”, Coimbra Editora, 2006, p. 8.

Por outro lado, temos autores que defendem uma idêntica relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais, sustentada na unidade dogmática entre todos os direitos fundamentais⁹⁶. André Salgado Matos⁹⁷, Vasco Pereira da Silva⁹⁸ ou Isabel Moreira⁹⁹, são alguns dos autores que entendem que não se trataria de uma “*distinta relevância substancial entre os bens protegidos, antes haveria uma falha do poder constituinte*”¹⁰⁰ (razão forçada, em nosso entender, para justificar a tese defendida) que, por lapso, não cuidou de prever para todos eles o mesmo tipo de proteção excepcional. O “*status*” de direito subjetivo não seria um atributo exclusivo dos direitos de liberdade pois que concorreriam, de igual modo, para a valorização e proteção da pessoa humana noutros direitos, todos tendo uma igual relevância material pela simples razão da sua fundamentalidade.

Estaríamos perante a defesa da unidade do sistema constitucional dos direitos fundamentais, que os colocaria em igual patamar, desde logo, porque a todos se lhes aplicam os grandes princípios estruturantes do sistema global de direitos fundamentais como é o caso do princípio da constitucionalidade, do acesso ao direito e aos tribunais, da universalidade, da igualdade, e da proporcionalidade.

Blanco de Moraes, refere-se à tese que sustenta a unidade dogmática entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais como uma corrente doutrinária que se tornou especialmente relevante na sequência das “*medidas restringentes de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e direitos sociais, constantes do memorando assinado pelo Estado com os credores e que o Executivo de centro-direita que assumiu funções em 2011 teve o ónus de implantar, através de opções de política legislativa técnica e juridicamente controvertidas*”¹⁰¹.

A aplicação destes princípios quer aos direitos de liberdade, quer aos direitos sociais, confirmaria que a proteção constitucional conferida aos segundos não seria sensivelmente mais fraca do que a que concede aos primeiros. E legitimaria a aplicação do mesmo regime, incluindo a tutela cautelar prioritária do n.º 5 a todo e qualquer direito fundamental.

Contudo, como bem refere e analisa aquele autor¹⁰², “*a conceção da indivisibilidade entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais na Constituição portuguesa não logrou prosperar na jurisprudência do Tribunal Constitucional, seduzir*

⁹⁶ Jorge Reis Novais, “*Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*”, Coimbra Editora, 2010, explica bem a tese defendida por estes autores.

⁹⁷ “*O Direito ao Ensino - Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*”, Relatório de Mestrado na FDUL, 1998, p. 7.

⁹⁸ “*A Cultura a Que Tenho Direito - Direitos fundamentais e cultura*”, Coimbra, 2007;

⁹⁹ “*A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*”, Coimbra, 2007.

¹⁰⁰ Blanco de Moraes, op. cit..

¹⁰¹ Op. cit..

¹⁰² Op. cit..

o legislador ou assentar arraiais na componente maioritária da doutrina de referência”, nem, diríamos nós, convenceu o poder constituinte a expressar ou “esclarecer” tal entendimento nas sucessivas revisões quando o podia ter feito.

Perante posições opostas, o que concluir? Se uma mera interpretação literal do texto constitucional, numa primeira abordagem, parece não oferecer dúvidas sobre a restrição aos DLG pessoais, já a tentativa de igualar a dignidade constitucional dos direitos fundamentais para efeito de aplicação dos procedimentos prioritários excepcionais ao arrepio do *due process* garantístico, previsto ao nível geral da tutela efetiva, nos parece exagerado, principalmente quando se quer associar a tal conclusão uma “falha do poder constituinte”, em colisão com a determinação prevista no artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil: “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

Acompanhamos a doutrina maioritária que entende que, no âmbito dos direitos fundamentais, há direitos mais importantes que outros. *Mister* é saber como valorar essa importância por forma a ser constitucionalmente garantida a sua proteção excecional a todos os direitos fundamentais análogos aos DLG pessoais.

Tal não significa que, apesar dessa hierarquia valorativa, não haja que interpretar a norma no sentido de abarcar situações idênticas às que a mesma visa abranger. Também aqui a doutrina maioritária tem sido clara: a suficiência e restrição da interpretação do n.º 5 apenas aos DLG pessoais parece desadequada em face de uma ideia de “*fundamentalidade material*”¹⁰³ dos direitos fundamentais, nos quais se inserem aqueles mas que pode levar a ter de fazer uma leitura mais abrangente do normativo legal.

Aliás, o próprio texto constitucional, no seu artigo 17º, estende o regime dos direitos, liberdades e garantias aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. Logo, diríamos, que se estende o regime dos direitos, liberdades e garantias pessoais a todos os direitos fundamentais de natureza análoga àqueles¹⁰⁴. E a aplicação analógica, por si só, não é de todo incompatível quando tratamos e estamos perante normas excepcionais.

Como refere Canotilho, é essa ideia de *fundamentalidade material* que permite a abertura da constituição a outros direitos também fundamentais não constitucionalizados, de que o artigo 16.º é disso prova expressa e a aplicação a esses direitos do regime jurídico previsto na Constituição (inerente à “*fundamentalidade formal*”¹⁰⁵).

¹⁰³ Gomes Canotilho, p. 379.

¹⁰⁴ Gomes Canotilho, entende que alguns direitos sociais têm natureza negativo-defensiva (artigos 61.º e 62.º) que os permite qualificar como direitos fundamentais de natureza análoga. pp. 477 e ss.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 379

Também Jorge Miranda fala numa “*cláusula aberta*” ou no “*princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*” a propósito a abertura do conceito a novos direitos fundamentais. Já Vieira de , a propósito da evolução histórica dos direitos fundamentais¹⁰⁶, reconhece a sua “*variedade*”, por um lado, resultado de um processo de acumulação sucessiva desdobrada em diversas dimensões normativas de direitos que não são estruturalmente uniformes e funcionalmente complexos, bem como da sua necessária “*abertura*”¹⁰⁷ a um maior leque de direitos, em face das novas ameaças e das novas necessidade de proteção dos bens pessoais, aceitando a existência quer de direitos fundamentais não escritos quer de verdadeiras faculdades implícitas

Rui Medeiros, utiliza o fenómeno da “*panjusfundamentalização*”¹⁰⁸ para se referir ao alargamento do catálogo dos direitos fundamentais e analisar a clausula aberta e os direitos constitucionais implícitos enquanto instrumentos para acompanhar a necessária e crescente protecção da dignidade da pessoa humana perante novos perigos e ameaças. Este autor, se num primeiro momento é conclusivo ao afirmar que a evolução resultante das sucessivas revisões constitucionais e o alargamento dos direitos de liberdade e de participação política, mas também de numerosos direitos sociais e direitos de uma nova geração (por exemplo, o direito do ambiente), é em geral de aplaudir¹⁰⁹, por outro é cauteloso, acusando o legislador constitucional de um “*jusfundamentalismo excessivo, que pode propiciar aquilo a que chama “um divórcio entre o catálogo dos DF e a consciência constitucional do povo expressa no consenso constitucional de sobreposição*”¹¹⁰ antevendo uma difícil solução de equilíbrio.

Casalta Nabais¹¹¹, em relação a tal alargamento, considera que o universo dos direitos fundamentais se tem alargado e complexizado no que parece ser um “*rumar mesmo até ao infinito*” e fala dos fenómenos de “*panconstitucionalização*” e de “*novorriquismo constitucional*” para se referir ao alargamento intensivo e extensivo¹¹², qual epidemia dos tempos modernos, do catálogo de direitos

¹⁰⁶ Vieira de Andrade, *Direitos...* p. 68. O autor entende que os direitos políticos e dos trabalhadores não são direitos fundamentais, mas que podem ser “*parte integrante da matéria*” daqueles. op. cit., pp. 88-89.

¹⁰⁷ Também referido como princípio da não identificação ou da não tipicidade. Jorge Miranda, op. cit., p. 72.

¹⁰⁸ *O Estado de Direitos ...* op. cit.

¹⁰⁹ O autor diz mesmo que “*não há um fim da história*” em matéria de direitos fundamentais, pegando nas palavras de Vieira Andrade, “*Os Direitos...*” que, na página 67, fala expressamente numa história sem fim e na perenidade de uma tradição. Op. cit., p. 25.

¹¹⁰ Op. cit., p. 25. Também Casalta Nabais fala na “*jusfundamentalização*” em “*Por uma liberdade ...*”, p. 103.

¹¹¹ Casalta Nabais, “*Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*”, in AB VNO Ad OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1998, p. 980.

¹¹² Rui Medeiros, op. cit., p. 25.

fundamentais.

Tais entendimentos permitem-nos concluir, contudo, no sentido da hipoticidade que a eventual ameaça e/ou perigo de violação de um direito fundamental pessoal, análogo a um direito, uma liberdade ou uma garantia pessoal, porque dotado de fundamentalidade material bastante, pode gerar e da missão de tutela efetiva e preventiva da norma, levando-nos a concordar com a defesa na aplicação, por interpretação analógica, do regime dos DLG pessoais a esses outros direitos (ao nível do direito constitucional mas também ao nível do direito internacional e regional, apesar das transposição dos direitos pessoais para as constituições ser hoje uma realidade).

Ora, tendo como referência tal “*fundamentalidade material*”, estamos a falar, pois, nos direitos análogos a cada uma das categorias que compõem os DLG pessoais, que podem encontrar-se entre os direitos económicos, sociais e culturais ou entre os restantes direitos fundamentais dispersos na constituição¹¹³ ou até fora dela (ao nível internacional).

Será preponderante, aqui, a fonte ética¹¹⁴ que é a dignidade da pessoa humana e que subjaz aos direitos fundamentais em geral, particularizada pela dimensão de aplicação direta dos DLG pessoais perante entidades públicas e privadas. E é essa fundamentalidade que, em certas situações, se encontra noutros direitos, como os DSEC, a que por natureza corresponde um dever prestacional, e que permite a sua inclusão no leque de DLG pessoais, de natureza análoga¹¹⁵ se dotados dessa fundamentalidade.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, falam no direito ao recenseamento eleitoral (art.º 113.º, n.º 2) e no direito a participar na administração da justiça (art.º 207.º)¹¹⁶ e adiantam que tal atividade interpretativa pressupõe que casuisticamente, a “*tarefa de densificação metódica*” procure a analogia “*relativamente (1) a cada uma das categorias (dlg) e não em relação ao conjunto dos direitos, liberdades e garantias; (2) a cada uma das espécies sistematizadas na constituição (dlgpessoais; dlg de participação política; dlg dos trabalhadores)*”¹¹⁷. Ou seja, enquanto os DF atribuídos pela Constituição gozam de uma presunção quanto à sua essencialidade, “*no tempo histórico*” quanto “*à dignidade dos homens que forma a comunidade*”, já a analogia necessária à “*constitucionalização dos direitos contidos nas leis, tem de ser “justificadamente provada”*”¹¹⁸. Os autores

¹¹³ E não em relação ao conjunto dos direitos, Gomes Canotilho, op. cit., pp. 405 e 406.

¹¹⁴ Jorge Miranda, op. cit., p. 181.

¹¹⁵ Exemplos em Jorge Miranda op. cit., pp. 151-153.

¹¹⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit. Já Vieira de Andrade tem dúvidas sobre o último exemplo. Também estendem a outros artigos tal analogia: 106/3, 127/1, 217/, 246/2, 268/2, 3, 4 e 5, 269/3, 271/3 e 276/7, op. cit., p. 405. Também Jorge Miranda, “*Manual.....*”, op. cit., pp. 142 e ss., sendo que Gomes Canotilho e Vital Moreira não concordam com alguns dos exemplos avançados por este autor, v.d. p. 406, nota 23.

¹¹⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 406.

¹¹⁸ Vieira de Andrade, p. 93.

concluem, por outro lado, pela determinação do “objeto” e da “densificação constitucional” em termos de permitir a sua concretização minimamente adequada a partir da própria constituição (critério da determinabilidade) como critério para a qualificação da natureza análoga dos direitos fundamentais.

Também Vieira Andrade entende que os direitos de participação política, necessários nos processos eleitorais, exigem particular celeridade processual, embora o autor entenda que tais direitos não são verdadeiros direitos fundamentais (“posições jurídicas subjetivas atribuídas a todos os indivíduos ou a uma categoria de indivíduos”¹¹⁹) mas antes “parte integrante da matéria dos direitos fundamentais”¹²⁰, faculdades implícitas¹²¹. Contudo, em face das ideias de variedade e abertura, referidas supra, principalmente no que se refere às esperadas e já existentes novas gerações de direitos ou de novas dimensões dos direitos já existentes, e às ameaças e necessidades de proteção excecional de bens (e a garantia desses bens) que irão desencadear, admite uma tal extensão, sendo que sempre terá de se identificar um “momento comum, característico e caracterizador da ideia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, que é, como se viu, a protecção da dignidade da pessoa contra os perigos que resultam das estruturas de poder da sociedade”¹²², sejam elas públicas ou privadas.

O autor concebe, assim, a afirmação constitucional de “analogia de substância” entre os direitos fundamentais expressamente enumerados e previstos e/ou eventualmente constantes de leis ou normas internacionais a que lhes corresponderá identidade de regime, o que será aplicável na vertente dos DLG pessoais¹²³. Tal conceção, aliás, é reforçada pelo artigo 16.º/2 que remete para a DUDH, reconhecendo essa constitucionalização, desde que a sua fundamentalidade radique na “Ideia de Homem que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana”¹²⁴.

Diríamos, ainda, que podemos encontrar então, nos direitos políticos principais e em alguns direitos sociais, inseparáveis da personalidade singular¹²⁵, direitos pessoais análogos aos direitos, liberdades e garantias.

Já Bernardo Diniz de Ayala¹²⁶ acha que é “razoável que se equacione a aplicação da mesma regra de celeridade e prioridade em relação a direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais.” Desde logo, porque “a analogia de naturezas pode demandar, por identidade de razão, a criação de procedimentos judiciais

¹¹⁹ Vieira Andrade, op. cit., p. 79.

¹²⁰ Vieira de Andrade, op. cit., p. 90.

¹²¹ Op. cit., p. 68.

¹²² Op. cit., p. 68.

¹²³ Op. cit., p. 75.

¹²⁴ Vieira Andrade, op. cit., 80.

¹²⁵ Vieira Andrade, op. cit., p. 118.

¹²⁶ Op. cit., pp. 148-153.

caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil: sendo idêntica a natureza da posição jurídica activa, idêntico há-de ser, em princípio, o nível da protecção jurisdicional.” Depois, porque “uma vez respeitado o standard mínimo do processo equitativo com decisão em prazo razoável (que já decorre do artigo 20º/4, para a generalidade dos processos, independentemente da natureza fundamental – ou não – dos direitos subjacentes), seria porventura excessivo impor em todos os casos processos céleres (salvo, naturalmente, tratando-se de providências cautelares) e não faria qualquer sentido pretender que todas as causas fossem prioritárias (a própria ideia de prioridade inculca a necessidade de efectuar uma distinção)”¹²⁷.

Mais discutível e duvidosa é a extensão da aplicação do n.º 5 a qualquer direito fundamental. Estando perante uma norma excepcional, na medida em que por razões maiores se pode preferir o regime geral do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, por um lado, gozando os DLG, em relação aos demais direitos fundamentais, de um regime próprio e especial, constitucionalmente previsto, (artigos 17.º e 18.º) por outro, a questão poder-se-á levantar com autonomia e pertinência, como eventual solução a alcançar numa futura revisão constitucional (*de jure constituendo*). Sem prejuízo de se poder entender, como concluem Gomes Canotilho e Vital Moreira, pela possibilidade do legislador poder concretizar, no âmbito da determinação constitucional prevista e introduzir processos céleres e prioritários para a defesa dos DLG de participação política e até de outros direitos fundamentais (como a defesa do ambiente, contencioso eleitoral, entre outros¹²⁸), como já fez ao nível dos DLG dos trabalhadores¹²⁹.

Trata-se, contudo, como diz Ayala, de uma “*questão controvertível*”, tanto mais que, colocada nestes termos, obrigaria a repensar a tese segundo a qual os direitos fundamentais têm todos o mesmo valor, à luz do princípio da unidade da Constituição, a qual é objeto não só de vária crítica doutrinal como não é minimamente reconhecida pelo Tribunal Constitucional.

2.6 Manifestação legal dos procedimentos judiciais tutelares do artigo 20.º n.º 5, CPTA, CPC e CPT

O artigo 20.º n.º 5 parece ter onerado o legislador ordinário no sentido de ser este a concretizar o comando constitucional de tutela efetiva ali prevista como novidade a partir da revisão de 97. Perguntar-se-á: que procedimentos foram, então, criados pelo legislador depois do *novel* artigo 20.º/5?

Sem prejuízo do entendimento defendido por alguns autores, relativamente à aplicação direta do artigo 268.^{o130}, na redacção anterior a 1997, com esta

¹²⁷ Bernardo Diniz de Ayala, op. cit., p. 149

¹²⁸ Op. cit., p. 419.

¹²⁹ Artigos 186ºD e ss CPT.

¹³⁰ Sobre esta questão, ver obra de Bernardo Diniz de Ayala.

revisão o legislador constituinte plasmou, paralela e adicionalmente, quanto ao contencioso administrativo em particular, duas disposições destinadas a garantir a tutela jurisdicional ao mais alto nível. O n.º 4 do artigo 268.º, que garante a existência de meios processuais para reconhecimento de direitos ou interesses, impugnação de atos administrativos, determinação da prática de atos devidos e das medidas cautelares adequadas. O n.º 5 do mesmo artigo, que determina que os cidadãos têm o direito de impugnar normas administrativas lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Ambos os normativos garantem a possibilidade de o cidadão obter uma decisão jurisdicional acerca de uma questão que o oponha à Administração, criando as condições para que possam funcionar plena e eficazmente as garantias ali previstas, não sendo suficiente que a lei assegure essa possibilidade.

Tudo isto, reforçado com o reconhecimento dos tribunais administrativos, como categoria especial de tribunais, ao nível da organização judiciária, que fora alcançado com a revisão de 89 (a partir daqui os tribunais administrativos e fiscais são tribunais de existência obrigatória, com estatuto constitucionalmente autónomo - cf. artigo 208.º, n.º 1, al. b).

Seguidamente, o legislador ordinário concretizou essa garantia constitucional de acesso à justiça administrativa, no CPTA, mais concretamente, nos artigos 2.º, 97º a 111º (através de processos urgentes autónomos) e 134.º (através de processos cautelares), resultado de um desejado *“intervencionismo constitucional”* que concretizasse mecanismos processuais efetivos, naquela área do direito, após o fracasso reconhecido da referida revisão de 89. É que mesmo considerando que estamos perante uma norma que é diretamente aplicável (artigos 17.º e 18.º, n.º 1 da Lei Fundamental), *“não sendo necessário aguardar que o legislador criasse um regime próprio para a dita acção - equivalente à Verpflichtungsklage alemã -, para que os particulares a possam utilizar”*¹³¹, certo é que era controverso tal entendimento e mais ainda completamente ausente a sua concretização na prática.

Wladimir de Brito chama-lhes processos urgentes autónomos (como é o caso do processo relativo ao contencioso eleitoral - artigo 98.º, aos procedimentos de massa - artigo 99.º e ao pré-contratual - artigo 100.º, todos do CPTA) e distingue-os dos não autónomos onde inclui as providências cautelares, estes meios processuais com função garantística, cuja função instrumental é *“garantir a garantia judiciária”* da eficácia e do efeito útil da decisão final, aqueles processos que decidem, definitiva e autonomamente, certo tipo específico de litígios e exigem a obtenção de uma pronúncia definitiva sobre o mérito da causa. Previstos para *“situações de verdadeira urgência, em que exista um constrangimento temporal”*, não se compadecem *“com a adoção de uma providência cautelar, de alcance meramente provisório”*¹³².

¹³¹ Bernardo Diniz de Ayala, p. 151.

¹³² Wladimir Brito, *Lições de Direito Processual Administrativo*, Petrony, 3.ª edição, 2018.

No âmbito dos processos urgentes autónomos, destacam-se, ainda, e agora especificamente, as intimações para proteção de direitos, liberdades e garantias (artigos 109.º a 111.º do CPTA), “*que, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, correspondem ao núcleo duro dos direitos fundamentais, com exclusão dos direitos sociais “lato sensu” e que podem igualmente ser “dirigido (s) contra a Administração e contra particulares, sobrepondo-se, assim, tanto ao âmbito de aplicação da ação administrativa comum (...) como da ação administrativa especial (...de impugnação de atos ou normas, ou de condenação à respectiva emissão)”*”.

Estamos verdadeiramente perante “*um novo meio processual, destinado a dar cumprimento à determinação contida no art. 20, n. 5, da Constituição: a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, que pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha a adopção de uma conduta, positiva ou negativa, se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar.*”¹³³”

Já ao nível do processo civil, a concretização do n.º 5 do artigo 20.º estaria mínima e antecipadamente consubstanciada na lei adjetiva civil, com os processos de jurisdição voluntária de tutela dos direitos de personalidade (artigos 1474.º e 1475.º do CPC de 1961, inseridos na seção XIV sob a epígrafe “*Tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial*”) mesmo antes da revisão de 97, abrangendo todos os direitos de personalidade tutelados pela lei civil e destes aqueles que alcançaram a categoria de direitos fundamentais.

De facto, a “*tutela processual da personalidade humana foi originária e formalmente inserida (...) no quadro da jurisdição voluntária*”¹³⁴, tendo sido acolhida no âmbito dos processos especiais, só com a reforma de 2013, na sequência “*da recorrente situação da existência de colisão de direitos de personalidade ou de direitos fundamentais por ocasião do exercício desta tutela jurisdicional*”¹³⁵ a que se propiciava o anterior enquadramento processual.

Consubstanciada nos artigos 878.º a 880.º do novo CPC, “*delimita-se, de modo mais nítido, quando comparado com o anterior 1474.*”¹³⁶, uma tutela genérica e ampla dos direitos de personalidade, correlativa com o artigo 70.º do CC¹³⁷” que, no domínio da tutela dos direitos de personalidade, prevê o direito de solicitar providências

¹³³ Op. cit., pp. 77 e ss.

¹³⁴ Remédio Marques, *Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013*, in www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.pdf, p. 4.

¹³⁵ Remédio Marques, op. cit.. O autor analisa bem o novo regime do CPC de 2013 nesta matéria

¹³⁶ Que deixa de fora do processo “*quaisquer pretensões indemnizatórias*” cumuláveis com as medidas concretas requeridas. Remédio Marques, op. cit., p.7.

¹³⁷ Diz o artigo 70.º que “*A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade*”, podendo a “*pessoa ameaçada ou ofendida*” “*requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*”.

tendentes a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Por outro lado, essa concretização procedimental, juntamente com o procedimento cautelar comum, assentava a sua razão de ser no artigo 2.º do CPC, também ele reflexo do direito ao acesso ao direito e aos tribunais mas anterior à nova redação do artigo 20.º resultante da revisão de 97.

Com a reforma processual civil de 1995 e 1996 (com os Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro e Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro) o artigo 2.º passou a ter um novo n.º 1, *“A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”*, sendo que o n.º 2 corresponde ao que era o artigo 2.º: *“A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação.”*

Aquele dispositivo legal (artigo 2.º) traduzia, antecipadamente, o que viria a ganhar estatuto constitucional (através dos números 4 e 5 do artigo 20.º) apenas com a revisão de 97, a um nível geral de acesso de todos os titulares de um direito subjectivo. Estes já viam reconhecido, através de lei ordinária, o direito a obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que apreciasse, com força de caso julgado, uma pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar, assim como sabiam que, a todo o direito, exceto quando a lei determinasse o contrário, corresponderia uma ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil dessa ação.

E também sabiam que tinham à sua disposição os processos de jurisdição voluntária para tutela específica da tutela da personalidade, do nome e da correspondência (artigos 1474.º e 1475.º CPC de 1961) através dos quais conseguiam obter a *“intimação ao lesante para que cesse a conduta ofensiva dos seus direitos, ou se abstenha de a iniciar, pode o lesado requerer uma multiplicidade de providências que consistam na imposição ao lesante de actuações positivas ou negativas, a título definitivo”*¹³⁸.

Contudo, agora, depois da reforma de 2013, estamos perante um processo especial, inspirado no artigo 109.º, n.º 1 do CPTA, em resultado do qual se obtém uma sentença com valor de caso julgado material (artigo 879.º, 3/ CPC), sem a alterabilidade própria das decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária (verdadeiras *“resoluções”*, que se distinguem, também, por não estarem sujeitas a critérios de legalidade estrita¹³⁹), logo perante uma efetivação do acesso à tutela jurisdicional com contornos de definitividade não

¹³⁸ Remédio Marques, op. cit. p. 2.

¹³⁹ V.d. Ac. STJ SJ196504060601841, de 06-04-1965, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/925181F8A68F9402802568FC00395AC3>

confundível como o carácter provisório dos procedimentos cautelares ou com as restrições reconhecidas aos anteriores normativos os quais, como bem refere Remédio Marques, padeciam “*de uma notória e consensual exiguidade applicativa e de um diminuto sector normativo da realidade que é susceptível de atingir. Ademais, os lesados (ou ameaçados de lesão eminente)*” viam-se, “*não raras vezes, na necessidade de instaurar providência cautelar inominada, a fim de acautelar o periculum in mora*”¹⁴⁰.

Ora, estas providências, já “*eram (e continuarão a ser) decretadas a título definitivo e não simplesmente provisório, como decorreria da tutela cautelar*”¹⁴¹ contudo são mais abrangentes e visam alargar o “*sector normativo da tutela da personalidade humana e a eficácia irradiante dessa tutela, no que respeita às faculdades jurídico processuais postas ao serviço das pessoas humanas*” principalmente nos casos de “*recorrente situação da existência de colisão de direitos de personalidade ou de direitos fundamentais por ocasião do exercício desta tutela jurisdicional*”¹⁴².

Como referia Wladimir de Brito, a propósito dos processos urgentes autónomos e não autónomos no CPTA, transpondo para a realidade processual civil, também aqui a não autonomia caracterizadora dos procedimentos cautelares previstos na lei adjetiva é distintiva relativamente ao carácter definitivo destes processos especiais, apesar de, até à obtenção da decisão definitiva estes comportarem decisões intermédias provisórias, irrecorríveis mas sujeitas a posterior alteração ou confirmação no próprio processo, desde que se reconheça, com recurso ao exame probatório, a possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral.

Ou seja, estamos perante uma “*tutela definitiva processual geral da personalidade humana*”¹⁴³, por contraposição a medidas não definitivas como o são os procedimentos cautelares, na medida em que estes pressupõem uma instrumentalidade decorrente do regime previsto nos artigos 362.º, n.º 1 e 364.º ambos do CPC¹⁴⁴, aplicável aos procedimentos nominadas, e em nada colidindo com o novo regime de inversão do contencioso. Aqui, de facto, verificados certos pressuposto formais, em certo tipo de procedimentos cautelares é possível inverter o contencioso, obtendo uma decisão definitiva resultado do não exercício de um ónus processual facultado ao requerido, pois que, apenas quando este e se este não exercer tal ónus, a decisão se torna processualmente definitiva,

¹⁴⁰ Op. cit., p. 2.

¹⁴¹ Op. cit., p. 7. V. d. Acórdão do STJ, de 2/7/2009, proc. n.º 09B0511, in: <http://www.dgsi.pt> ali referido.

¹⁴² Op. cit., p. 3. Note-se que o autor fez parte da Comissão de Revisão do Processo Civil foi constituída em Dezembro de 2009, no âmbito do XVIII e do XIX Governos Constitucionais, logo, ele mesmo “*o legislador*”.

¹⁴³ Remédio Marques, op. cit., p. 7.

¹⁴⁴ O artigo 362, n.º 1 CPC fala em “*providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado*”. Também o n.º 2 e artigo 364, cuja epígrafe é esclarecedora.

consolidando-se a providência decretada como composição definitiva do litígio. Contudo, a decisão só cristaliza os seus efeitos, na sequência e pelo não exercício do ónus de impugnação da existência do direito acautelado (artigo 371, n.º 1 CPC).

Por outro lado, os procedimentos cautelares permitem a tutela de qualquer direito, de personalidade ou outro, no âmbito de uma tutela judicial abrangente, abrangida pelo princípio constitucional do artigo 20.º, 1, 2 e 4, são processos urgentes, não se confundindo com a especialidade dos processos previstos nos artigos 878 a 880 CPC, estes processos sumários e prioritários, apenas assumindo caráter urgente em sede de recurso¹⁴⁵.

A existência de medidas cautelares adequadas inscreve-se, pois, no conteúdo do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, mais abrangente e paralela, se aplicável, à excecionalidade do previsto no n.º 5¹⁴⁶. Este não se confunde com a tutela cautelar “*tout court*”, seja no direito privado seja no direito público, pois aqui o que se pretende é acautelar o efeito útil de uma decisão judicial a obter, através de uma decisão provisória¹⁴⁷, ali, pretende-se alcançar uma decisão definitiva e imediata¹⁴⁸.

Finalmente, uma referência aos procedimentos judiciais, previstos no Código de Processo do Trabalho, nos artigos 186.ºA a 186.º I do CPT. Processos especiais, caracterizados, também eles, pela celeridade e prioridade e aqui pela natureza urgente (artigo 186-F CPT), para obtenção de tutela efetiva e em tempo útil, são uma novidade e foram aditados pelo decreto-lei n.º 295/2009, de 13 de outubro.

Ora, também neste caso, o tratamento dos direitos de personalidade que começou por ser feito no Código Civil, nos artigos 70 e ss., a sede privilegiada do regime de tutela dos direitos de personalidade, acabou por justificar, dada a importância inegável que alcançaram, o reconhecimento da maioria destes direitos pela Constituição em sede de direitos fundamentais, “*evidenciando-se*

¹⁴⁵ Numa análise detalhada do regime no novo CPC, v.d. Paulo Ramos de Faria e Ana Luisa Loureiro, “*Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil, Os artigos da reforma*”, II Volume, Almedina, 2014, pp. 408 e ss.

¹⁴⁶ Questão é saber se esta tutela inibitória prevista no CPC é extensível, também ela, a outros direitos que não pessoais. Rui Pinto, “*Código de Processo Civil*”, anotado, II Volume, Almedina, 2018. Também o já existente artigo 1276 CC de que nos fala Rui Pinto (p. 770) demonstra a existência prévia à alteração constitucional do artigo 20/5 no sentido da previsão de ações inibitórias.

¹⁴⁷ Sem prejuízo de, a partir de 2013, com o novo CPC ter sido criado a figura processual da inversão do contencioso nos procedimentos cautelares, que, em determinadas circunstâncias, invertendo o ónus de acionar a pretensão definitiva, podem resultar numa verdadeira antecipação de uma decisão definitiva.

¹⁴⁸ Como veremos, contudo, o legislador ordinário no *novel* regime previsto e introduzido pelo novo CPC de 2013, enxerta, nos processos especiais de tutela dos direitos pessoais, verdadeiras decisões cautelares, passíveis de posterior reversão, quando não for possível, ao juiz, formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa – ver artigo 879, n.º 5 CPC.

*uma ampla margem de sobreposição destas duas categorias, já que muitos dos direitos fundamentais previstos na Constituição são, antes de mais, direitos de personalidade*¹⁴⁹.

Ancorados numa linha de “*personalismo ético*” que subjaz ao próprio Código de Trabalho no qual se encontra um conjunto de normas que se destinam a “*salvaguardar aspectos da personalidade do trabalhador*”¹⁵⁰, vão buscar influência direta ao regime que vigorava no CPC de 1966, no âmbito da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial através dos artigos 1474 e 1475, adjectivações¹⁵¹ do disposto nos artigos 70.º n.º 2, 72.º, n.º 2 e 75.º, n.º 2, todos do CC, agora, ao *novel* regime previsto nos processos especiais previstos nos referidos artigos 878.º e 880.º CPC, embora com diferenças.

A lei fala expressamente em direitos de personalidade do trabalhador, no artigo 186-D, CPT, embora aqui faça estender a necessidade de garantir, do lado passivo, um litisconsórcio necessário que abranja não só o autor da ameaça ou ofensa como o empregador onde o ameaçado ou ofendido presta o seu trabalho, extravasando a reciprocidade bilateral a que nos habituamos no processo civil. E, tal qual já ocorre no regime que inspirou estas normas, apenas é possível obter sentença que concretize medidas cautelares ou atenuantes que diminuam os efeitos do já consumado ou evitem a continuidade dos danos que se estão a produzir. Num caso e noutro, nunca se discutirá nesta sede eventual responsabilidade civil cumulativamente¹⁵².

2.7 O “Direito Constitucional de amparo” dos direitos, liberdades e garantias.

Um as últimas notas que partilhamos sobre a protecção dos DLG enquanto dimensão subjectiva de defesa individual do titular do direito, da liberdade ou da garantia pessoal ou do direito análogo a estes, que julgamos necessárias, em jeito de encerramento do ciclo da tutela cautelar que abordamos neste trabalho.

Todos os direitos são tutelados jurisdicionalmente. Assim o preconiza o artigo 20.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4. Quando necessário, o recurso aos Tribunais encontra-se garantido, desde logo, constitucionalmente, mas densificado, também, ao nível da legislação ordinária (artigo 2.º CPC e artigo 2.º CPTA, e demais normas processuais), como a última *ratio* na defesa dos direitos. Essa tutela passa pelo direito de ação a concretizar por qualquer dos meios postos à disposição dos

¹⁴⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, “*Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho*”, https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2014/10/prof_maria_rosario_ramalho.pdf, 2014.

¹⁵⁰ João Correia e Albertina Pereira, “*Código de Processo de Trabalho*”, anotado à luz da reforma do processo civil, Almedina, 2018, p. 309.

¹⁵¹ Abílio Neto, “*Código de Processo Civil*” anotado, 16ª edição, Ediforum, 2001, p. 1494.

¹⁵² Sobre esta questão, v.d. Remédio Marques, op. cit..

titulares desses direitos.

De entre esses meios, o específico direito à utilização de procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias pessoais, ganhou estatuto constitucional.

Densificado pelo legislador ordinário, ele próprio um direito fundamental de natureza análoga aos direitos e garantias pessoais, permitirá sempre, em última linha, beneficiar do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente, da sua invocação e aplicabilidade direta (artigos 17.º e 18.º).

Concebido como norma excecional que vai para além do regime geral correspondente ao direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, que vai mais além do que já é por si uma garantia constitucional de tutela jurisdicional onde se inserem os procedimentos cautelares e a execução das decisões obtidas, o meio de reação possível à não observância da proteção dos DLG pessoais protegidos com a norma, passaria pelo recurso ao Tribunal Constitucional. Efetivamente, o direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva e direta, no âmbito dos DLG pessoais, reconduz-se a conceitos de tutela sumária e prioritária, mas definitiva, através de processos judiciais, seja na jurisdição civil seja na administrativa e fiscal, estando afastada a possibilidade de recurso direto para aquele tribunal.

Em Portugal, os indivíduos cujos direitos, liberdades e garantias pessoais sejam violados por leis (normas), não podem acionar diretamente o Tribunal Constitucional nos termos do artigo 282.º ou do artigo 283.º (inconstitucionalidade por ação ou por omissão)¹⁵³. Ou seja, o direito à proteção judicial efetiva não existe perante as próprias decisões judiciais que violem, elas mesmas, os direitos ou interesses legalmente protegidos. Apenas tem a via indireta e abstrata de acesso à jurisdição constitucional através do direito de petição ou do provedor de justiça, ou ainda, ao nível, concreto, suscitando a aplicação da norma alegadamente violadora dos seus direitos e, a título incidental invocando a sua inconstitucionalidade. Têm, ainda, os indivíduos, a possibilidade do recurso, excecional, ao *Habeas Corpus* (artigo 31.º), através da impugnação de uma decisão dos tribunais perante o STJ, com o objectivo de anular uma medida de prisão ou detenção ilegal ainda que decretada por autoridade judicial competente e, como última *ratio*, o direito à resistência – artigo 21.º.

¹⁵³ Quarta Revisão Constitucional de 1997, que aditou um n.º 5 ao artigo 20.º da CRP, no qual se estatuiu a criação de procedimentos judiciais céleres e prioritários de defesa contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais. “*Não foram sufragadas, porém, pela Assembleia da República, nem a proposta do Partido Social Democrata (PSD) – que incorporava a sugestão de Jorge Miranda de introdução de um “recurso constitucional” – nem as propostas do PS e do PCP, respectivamente, no sentido da consagração de um “recurso de amparo” e de uma “acção constitucional de defesa”, v.d. Catarina Santos Botelho, Haja uma nova jurisdição constitucional, Ordem dos Advogados, 2010.*

Ou seja, apenas tem a possibilidade de colocar uma questão da constitucionalidade junto do TC, se esta se “*enxertar(-se) num processo judicial preexistente, ou seja, opera somente de forma incidental.*”¹⁵⁴ e ¹⁵⁵

Também o regime especial do artigo 268.º/5 consubstancia uma verdadeira compressão à regra da inexistência das vias diretas de ação para defesa os DLG, permitindo-se a impugnação de normas administrativas (artigos 72.º/2 e 73.º/2 CPTA).

Vários têm sido os autores¹⁵⁶ que vêm defendendo uma alteração constitucional no sentido da inserção de uma figura próxima do recurso de amparo espanhol¹⁵⁷ e existente um pouco por toda a América Latina ou do direito de queixa alemão, ou seja, da possibilidade de um amparo constitucional contra os atos dos juízes que incorram em violação desses direitos, pois que também os Tribunais, enquanto entidades públicas, estão “*proibidos de praticar actos que violem os direitos, liberdades e garantias e estão obrigados a pautar a sua actividade e o desenvolvimento dos processos judiciais pelo respeito e protecção estrita desses direitos*”¹⁵⁸. Também o direito angolano, tem uma figura próxima, que é o *recurso extraordinário de inconstitucionalidade* (regulado nos artigos 49.º e seguintes da Lei Orgânica do Processo Constitucional)¹⁵⁹.

Contudo, até ao momento, apenas a habilidade com que os mandatários das partes litigam em juízo, conjugada com a boa aplicação e defesa do Direito que os juízes ordinários fazem da Constituição, dos seus direitos fundamentais e

¹⁵⁴ Catarina Santos Botelho, op. cit..

¹⁵⁵ Também Jorge Melo Alexandrino, “*Sim ou não ao recurso de amparo?*”, Julgar, n.º 11, 2010 e, ainda, sobre o papel do TC, “*O impacto jurídico da jurisprudência da crise*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2004.

¹⁵⁶ José de Melo Alexandrino, “*Sim ou não op. cit., embora numa dimensão “minimalista”*”; Jorge Reis Novais, Em defesa do recurso de amparo ... op. cit., pp. 163 e ss; GOMES CANOTILHO, “*Constituição e Déficit Procedimental, Estudos Sobre Direitos Fundamentais*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 69-84, p. 79

¹⁵⁷ Previsto na *Ley Orgánica del Poder Judicial* espanhola (lei orgânica n.º 6/85, de 1 de Julho e demais atualizações), que no seu artigo 7.º, n.º 1: “*os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo segundo do Título I da Constituição vinculam na sua integridade todos os juízes e tribunais e estão garantidos sob a tutela efectiva dos mesmos*”; por seu lado, diz o artigo 5.º, n.º 1: “*A Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e vincula todos os juízes e tribunais, os quais interpretarão e aplicarão as leis e os regulamentos segundo os preceitos constitucionais (...)*”. Jefatura del Estado, «BOE» núm. 157, de 2 de julho de 1985.

Referencia: BOE-A-1985-12666. Na Europa temos, ainda na Alemanha (*Verfassungsbeschwerde*), na Áustria (*Beschwerde*), e na Suíça (*staatsrechtliche Beschwerde*).

¹⁵⁸ Jose Melo Alexandrino, “*O papel dos Tribunais*” ..., op. cit., p. 10.

¹⁵⁹ A própria França, artigo 61.º, n.º 1, da Constituição francesa (após a lei de revisão de 23 de Julho de 2008) cedeu à introdução da questão de constitucionalidade e precisamente nos casos de violação de direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Jose Alexandrino, op. cit., p.16.

dos DLG em particular, traduz a única forma reconhecida de exercício do direito constitucional de amparo dos direitos, liberdades e garantias.

3. Considerações finais.

Aqui chegados, cumpre-nos tecer algumas breves considerações finais sobre qual o sentido e a extensão do direito a um processo célere e prioritário previsto no artigo 20.º, n.º 5 da Lei Fundamental nascido da revisão de 97.

A questão que se coloca, desde logo, é saber se teremos de nos restringir ao elemento literal e histórico do normativo e limitar a aplicação dos procedimentos judiciais aos DLG pessoais, tanto mais que sabemos estar perante uma norma excecional, ou se se permite e justifica um alargamento no seu âmbito de aplicação aos direitos análogos aos DLG pessoais ou, mais ousado ainda, a todos os direitos fundamentais.

Se tendemos a acompanhar a doutrina mais expressiva relativamente à primeira dimensão quanto ao âmbito de aplicação aos direitos análogos aos DLG pessoais, já somos reticentes no que respeita ao seu alargamento a todos os direitos fundamentais, solução que nos parece contrariar não só a letra da norma, que a quis excecional e de certa forma, exclusiva, mas também o espírito do legislador constituinte.

Cientes de que estamos perante uma questão “controvertível”, julgamos que a necessidade de acompanhamento da crescente proteção da dignidade da pessoa humana perante novos perigos e ameaças e da correspondente adaptação do catálogo constitucional a tais situações, exige uma visão alargada às situações consideradas mais essenciais, aos “direitos fundamentalíssimos”, apenas quando o conteúdo mínimo do processo equitativo, com decisão em prazo razoável ou o recurso a procedimentos cautelares, não sejam suficientes para acautelar e garantir esses mesmos direitos.

Acompanhamos, portanto, a doutrina maioritária que entende que, no âmbito dos direitos fundamentais, há direitos mais importantes que outros que exigem uma tutela prioritária. *Mister* é valorar essa importância por forma a ser constitucionalmente garantida a sua proteção excecional a todos os direitos fundamentais análogos aos DLG pessoais. Ora, todos os direitos fundamentais, sejam-no formal ou materialmente, têm obrigatoriamente de satisfazer o critério de “fundamentalidade material” que lhes permite beneficiar desse regime excecional e exclusivo, determinação essa que será conseguida através do aplicador do direito. Essa dimensão excecional e exclusiva que se quis imprimir ao regime agora criado é que permite, nessa qualidade, afastar todos os mecanismos de defesa de direitos previstos no regime geral de tutela assegurado pela Constituição nos n.ºs 1, 2 e 4 daquele normativo.

Aqui chegados, coloca-se outra questão de não menos importância: a concretização dos mecanismos judiciais constitucionalmente garantidos quanto

a estes direitos, liberdades e garantias pessoais e outros direitos fundamentais de natureza análoga aos DLG pessoais.

Essa concretização através do legislador ordinário, da qual conhecemos os processos agora especiais do CPC, os processos urgentes autónomos do CTA e os novos processos de tutela da personalidade no âmbito do direito do trabalho, resulta na possibilidade, que acompanhamos, de poderem ser criados novos processos prioritários e sumários, para a defesa de DLG de participação política ou até de outros direitos fundamentais, no âmbito de uma manifesta proibição de retrocesso social a que não podemos fugir. Queira fazê-lo o legislador ordinário, queira aplicá-lo o juiz.

Já relativamente ao acesso direto ao TC para defesa dos DLG protegidos pelo normativo em causa, a questão é mais complexa.

Conhecedores da não introdução intencional pelo legislador constituinte no sistema processual constitucional, de norma autónoma semelhante à queixa constitucional alemã ou ao recurso de amparo espanhol, entre outros, que garanta uma tutela própria e específica aos direitos fundamentais, junto do TC, podemos, contudo, encontrar no sistema vigente abertura e concretização de formas relativamente eficazes de alcançar solução aproximada. Vejamos...

Do regime excecional do n.º 5 do artigo 20.º resulta uma imposição constitucional no sentido do legislador ordinário conformar os vários processos que permitiram uma reação ao perigo de ameaça a certos direitos. Como nos ensina Gomes Canotilho e Vital Moreira estamos perante um verdadeiro “*direito constitucional de amparo a efectivar através das vias judiciais normais*” e não perante uma ação ou recurso de amparo propriamente dito. Seja porque estamos perante atos jurídico-privados que violem DLG, dirimidos sobretudo nos tribunais cíveis e criminais, seja porque estamos perante atos jurídico-públicos, estes apreciados nos tribunais administrativos, certo é que, em qualquer dos casos, tratar-se-á de uma decisão judicial que não respeita qualquer um dos DLG protegidos pela norma, não havendo lugar ao recurso direto para o TC dessas decisões que possam também elas mesma diretamente, a final, violar um DLG, admitindo-se, apenas um controlo da constitucionalidade por parte do TC através do instrumento de jurisdição constitucional difusa.

Por outro lado, e finalmente, ousaríamos partilhar da ideia (a desenvolver num futuro próximo) manifestada por Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, de que nada impediria o recurso direto aquele Tribunal, nos casos de defesa contra a ameaça ou violação dos DLG, em ações intentadas em tribunais de primeira instância, caso se mantenha a violação, na medida em que a Lei Constitucional não determina que a tutela prevista seja restrita a actos normativos, excluindo sentenças, não condicionando a defesa à “*forma do ato de agressão*”.

Se recordarmos os trabalhos preparatórios e projetos apresentados pelos principais partidos e até por deputados, individualmente, todos no sentido da concretização de uma norma que permitisse o recurso de amparo, e como aqueles autores salientam, não havendo *inclusive*, razão expressa (como ocorreu

na determinação, aquando da criação do n.º 5 do artigo 20.º) para a sua não inclusão, como se verificou, a final, podemos acompanhar uma leitura diferente do que se quis com o regime exclusivo do n.º 5 do artigo 20.º: “*excepcionando*” esta possibilidade última e residual estar-se-ia a permitir, sem necessidade de criar nova norma expressa para o efeito, um verdadeiro direito de defesa constitucional de amparo de DLG.

Não podemos, também, esquecer o que já hoje se consegue, através do recurso direto dos cidadãos ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sempre que um Estado viola um direito fundamental, plasmado em qualquer das convenções dos Direitos do Homem, maioritariamente já transpostas para os textos constitucionais de um grande número de países da Europa. É que apesar de não haver recurso direto para o TC pois as sentenças não são leis, se o direito violado constar da CEDH, então essa violação é susceptível de recurso para o Tribunal Europeu, recorrendo-se à justiça internacional antes de se esgotar a justiça interna.

Talvez não tenhamos que criar nada de novo, tão só utilizar o que temos e densificar normativa e jurisprudencialmente o direito de amparo dos DLG.

“*O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica*”¹⁶⁰. E a essa realidade não podemos escapar.

Bibliografia:

ALEXANDRINO, José Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, 2006.

Direitos Fundamentais, Introdução geral, Principia, 2ª edição, 2011.

O impacto jurídico da jurisprudência da crise, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2004.

O Papel dos Tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, (palestra proferida na Conferência Alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Agosto de 2010.

O sistema de Direitos na Constituição de 1976: O Funcionamento do Sistema,

<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ITF2O4s6Xjc%3d&tabid=333>, 2009.

Sim ou não ao recurso de amparo?, Julgar, n.º 11, 2010.

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Jefatura del Estado, “BOE” núm. 157, de 2 de julio de 1985.

ANDRADE, José Vieira de. *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5ª edição, 2012.

AYALA, Bernardo Diniz de. *Monismo (s) e Dualismo (s) em Direito Administrativo (?)*, in Estudos de Direito Processual Administrativo, Lisboa, Lex, 2002.

¹⁶⁰ Jorge Miranda, op. cit., p. 151.

- BOTELHO, Catarina Santos. *Haja uma nova jurisdição constitucional*, Ordem dos Advogados, 2010.
- BRITO, Wladimir. *Lições de Direito Processual Administrativo*, Petrony, 3ª edição.
- CANOTILHO, José Gomes. *Constituição e Défice Procedimental*, Estudos Sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição, 2003.
- CANOTILHO, José Gomes / MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2014.
- CORREIA, João / PEREIRA, Albertina. *Código de Processo de Trabalho, anotado à luz da reforma do processo civil*, Almedina, 2018.
- FARIA, Paulo Ramos de / LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil, Os artigos da reforma*, II Volume, Almedina, 2014.
- FERNANDES, Mário João de Brito / PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.
- GUÉDES, Luís Marques. *Uma Constituição Moderna para Portugal*, (a Constituição da República revista em 1997 anotada), CEJ, 1997.
- LOUREIRO, Ana Luísa / FARIA Paulo Ramos de. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil. Os artigos da reforma*, II Volume, Almedina, 2014.
- MARQUES, João Paulo Remédio. *Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013*, in www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.p
- MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, Relatório de Mestrado na FDUL, 1998.
- MEDEIROS, Rui. *O Estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios*, Anuário Português de Direito Constitucional, 2002.
- MEDEIROS, Rui / MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I. Preâmbulo. Princípios Fundamentais - Direitos e Deveres, UCE, 2ª Edição Revista, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000.
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I. Preâmbulo. Princípios Fundamentais - Direitos e Deveres, UCE, 2ª Edição Revista, 2010.
- MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2008.
- De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*, e-Pública [online]. 2014, vol.1, n.º 3, pp. 59-85. ISSN 2183-184X.
- MOREIRA, Isabel. *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2007.
- MOREIRA, Vital / CANOTILHO, José Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2014.
- NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*, 16ª edição, Ediforum, 2001.
- NABAIS, José Casalta. *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in AB VNO Ad OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1998.
- Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010.
- Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.
- PEREIRA, Albertina / CORREIA, João. *Código de Processo de Trabalho, anotado à luz da reforma do processo civil*, Almedina, 2018.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa / FERNANDES, Mário João de Brito. *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.

PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*, II Volume, Almedina, 2018.

PROJECTOS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL (N.ºS 2/VII A 11/VII), Diário da Assembleia da República, VII Legislatura, 1ª sessão legislativa (1995-1996), de 7 de março de 1996.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas*, www.stj.pt/wp-content/uploads/2014/10/prof_maria_rosario_ramalho.pdf, 2014;

RODRIGUES, Luís Barbosa. *Uma nova Constituição para Portugal*, Lisboa, Media XXI, 2010.

Direito Constitucional-Tópicos, Lisboa, Quid Iuris, 2015.

SILVA, Vasco Pereira. *A Cultura a Que Tenho Direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007.