

# Sebenta Fundamentais – 2018/2019 DNB

Introdução .....	3
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA .....</b>	<b>4</b>
<b>Estado de Direito Liberal .....</b>	<b>4</b>
<b>Estado Democrático e Social de Direito .....</b>	<b>5</b>
<b>Desenvolvimento dos Deveres Estatais quanto aos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>7</b>
<b>Direitos Fundamentais e Novo Constitucionalismo .....</b>	<b>8</b>
<b>TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>12</b>
Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria .....	12
<b>Conceitos e Distinções da Teoria dos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>16</b>
Direito Fundamental Formal e Material .....	16
Direito Fundamental e Norma de Direito Fundamental .....	17
Estrutura Típica dos Direitos Fundamentais .....	18
Dimensão Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais .....	19
Direitos Fundamentais como um Todo .....	23
<b>Sistematização dos Direitos Fundamentais na CRP .....</b>	<b>24</b>
<b>Jurisprudência da Crise e Conceção de Direitos Fundamentais .....</b>	<b>32</b>
<b>Doutrina Tradicional e Direitos Sociais .....</b>	<b>37</b>
1. UNIVERSALIDADE .....	37
2. DIREITOS POSITIVOS .....	39
Proposta de Dogmática Unitária de Direitos Fundamentais .....	55
<b>RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>60</b>
<b>Conceitos e Tipos de Restrição .....</b>	<b>60</b>
Intervenção Restritiva .....	61
<b>Fundamentação das Restrições aos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>62</b>
Teoria Externa .....	63
Teoria Interna .....	65
Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto Princípios .....	67
JRN: Teoria dos Direitos Fundamentais como Trunfos afetados por uma Reserva Geral Imanente de Ponderação .....	70
<b>Controlo da Constitucionalidade das Restrições aos DF .....</b>	<b>74</b>
<b>1ª Fase: DELIMITAÇÃO do conteúdo protegido pelo DF afetado pela Restrição .....</b>	<b>74</b>
<b>2ª Fase: JUSTIFICAÇÃO exigível para a admissibilidade de Restrições aos DF .....</b>	<b>76</b>
Restrições expressamente autorizadas pela Constituição .....	77
Restrições não expressamente autorizadas pela Constituição .....	77
Justificações inadmissíveis à Restrição de Direitos Fundamentais em Estado de Direito .....	79
Bens Suscetíveis de Justificar a Restrição a Direitos Fundamentais .....	81
<b>3ª Fase: LIMITES aos Limites .....</b>	<b>82</b>
Princípios Estruturantes .....	83
<b>Limites aos Limites: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>87</b>
<b>Como determinar um conteúdo normativo constitucionalmente adequado para a Dignidade da Pessoa Humana? .....</b>	<b>88</b>
Delimitação tendencialmente consensual do conteúdo da DPH no espaço de um pluralismo razoável .....	88
Conceção RESTRITIVA de utilização do princípio da DPH e uma conformação do seu conteúdo pela NEGATIVA .....	90

<b>Conteúdo Normativo do Princípio Constitucional da DPH</b> .....	91
1. Dignidade como Integridade.....	91
2. Dignidade como Igualdade.....	96
Síntese Conclusiva .....	97
Relevância do Consentimento .....	98
<b>Princípio da IGUALDADE</b> .....	100
<b>Igualdade nos Enunciados Constitucionais</b> .....	101
<b>A densidade do controlo jurisdicional de observância do comando constitucional da igualdade</b> .....	102
CONTROLO MÍNIMO: IGUALDADE IDENTIFICADA COM PROIBIÇÃO DO ARBÍTRIO .....	103
CONTROLO INTERMÉDIO: NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA DA DIFERENCIAÇÃO DE TRATAMENTO .....	103
CONTROLO MÁXIMO: CONTROLO DAS CATEGORIAS/CLASSIFICAÇÕES SUSPEITAS .....	104
<b>Igualdade Proporcional – novo princípio constitucional?</b> .....	107
<b>Princípio da PROPORCIONALIDADE</b> .....	110
<b>A. Controlo da Dimensão da Proporcionalidade</b> .....	113
1. Princípio da Aptidão ou Idoneidade (Adequação).....	113
2. Princípio da Necessidade, Indispensabilidade ou Meio Menos Restritivo .....	115
3. Princípio da Proporcionalidade .....	118
Crítica JRN conceção tradicional .....	121
<b>B. Controlo da Dimensão da Razoabilidade</b> .....	122
1. Controlo de Proporcionalidade .....	123
2. Controlo de Razoabilidade .....	127
<b>Princípio da PROTEÇÃO DA CONFIANÇA</b> .....	129
<b>Proteção da Confiança como Dimensão Subjetiva da Segurança Jurídica</b> .....	131
<b>Retroatividade e Retrospectividade</b> .....	132
<b>Conteúdo Normativo do Princípio da Proteção da Confiança</b> .....	133
<b>Princípio da PROIBIÇÃO DO DÉFICE</b> .....	139
<b>Autonomia dogmática do Princípio da Proibição do Défice</b> .....	141
Princípio da Proibição do Défice e Deveres de Prestação .....	141
<b>Princípio da Proibição do Défice e Proporcionalidade</b> .....	143
<b>Indefinição do conteúdo e multiplicidade de propostas de preenchimento</b> .....	143
Controlo de Evidência.....	146
<b>Princípio da DETERMINABILIDADE</b> .....	149
<b>Determinabilidade e Segurança Jurídica</b> .....	150
<b>Determinabilidade e Separação de Poderes</b> .....	150
<b>Determinabilidade e Proibição do Excesso</b> .....	152
<b>Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais</b> .....	153
<b>Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Privados</b> .....	158
<b>Tutela Judicial dos Direitos Fundamentais</b> .....	167

## Introdução

**DIREITOS FUNDAMENTAIS** é a *disciplina jurídica, constitucional e que lida com normas aplicáveis pelos tribunais*

- Lida com raciocínio jurídico e são esses os únicos argumentos aceitáveis.

Dificuldade da disciplina é que são **questões importantes a serem decididas em termos jurídicos, mas em que o auxílio da lei é pouco** (“todos têm direito à greve” mas “todos têm direito à saúde”).

- As normas dizem o mesmo.
- Isto é assim em todos os Estados de Direito – não há indicações suplementares. Caso liberdade consciência vs. vida (Europa: prevalece consciência; Brasil: há dúvidas).

**Não há uma única posição correta** – há princípios e direitos em colisão e deveres do Estado contraditórios.

- *Tem de se discutir juridicamente e invocar argumentos que ponderam tudo* – o que se pede é uma fundamentação sólida.
  - Este é o papel da disciplina – **saber convocar princípios de Estado de Direito para resolver problemas difíceis.**
  - Se for Estado de Direito os princípios são os mesmos (é quase indiferente qual o texto em concreto da constituição).

Princípio supremo: **Dignidade da Pessoa Humana**

- Única indicação é no art. 1º CRP e não diz o que significa
- *Tem que ter um comando jurídico* – permitir ou proibir de fazer algo (tem de se perceber o seu conteúdo jurídico)
- *Em muitos Estados de Direito não há sequer menção à DPH na Constituição* – ex: juízes dos EUA invocaram DPH para permitir casamento entre pessoas do mesmo sexo – mas pode ser extraído enquanto norma<sup>1</sup>

**Caso Prático 1:** Médico tem 5 doentes a necessitar de transplante. Sem um órgão morrem. Médico anestesia pessoa e extrai-lhe os órgãos, matando-o para salvar os 5.

**Caso Prático 2:** Comboio pode seguir o seu caminho e matar 5 pessoas. Se pessoa desviar o comboio mata apenas 1.

JRN: estrutura destes casos é a mesma – se servidor público fizer algo mata 1, mas salva 5.

Generalidade das pessoas aceita o Caso 2 mas rejeita o Caso 1.

- Em Direitos Fundamentais o que interessa é saber fundamentar a diferença de atitude entre o Caso 1 e o Caso 2, com base em normas jurídicas.
  - Devemos recorrer à DPH: a pessoa tem vida própria, com valor intrínseco

---

<sup>1</sup> Que é diferente de enunciado normativo – o que está escrito na CRP em concreto.

- Não interessa tanto.
- O que interessa é saber o que significa a norma e não o enunciado normativo.
  - Ex: CRP diz que vida é inviolável e noutra constituição há disposição semelhante.
  - JRN: quer dizer o mesmo – o importante é saber ler a norma e perceber o seu significado de forma a resolver problemas jurídicos.

**Normas jurídicas que apoiam a resolução de problemas são muito genéricas e não dá para perceber como se vão realizar em concreto.**

- Daí ter de haver um enquadramento teórico para fundamentar as decisões relativas a Direitos Fundamentais.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA

*Perceção do sentido da evolução histórica é decisiva para interpretar problemas de direitos fundamentais.*

Ex: **Constituição EUA** – os enunciados normativos não mudaram há 200 anos, mas a norma tem mudado

- Princípio da Igualdade – o texto é o mesmo, mas antes era interpretado como compatível com a escravatura e agora não. A conceção da norma mudou

Ex2: **1ª Constituição a consagrar a DPH foi a Constituição Irlandesa**, mas, até 1990 os atos homossexuais eram crimes – considerava-se tal como compatível do princípio DPH.

- Desde 2015 consagrou-se o casamento entre pessoas do mesmo sexo.
  - Num período curto, mantendo-se as disposições da constituição evoluiu a norma que de lá se extrai e qual a conceção de Direitos Fundamentais.

JRN: *só temos Direitos Fundamentais com as Constituições modernas de Estado de Direito*

- Significado da **Constituição** era DIREITOS FUNDAMENTAIS e SEPARAÇÃO DE PODERES: qualquer Estado de Direito é isto e só isto
  - Ideia que ainda é atual hoje dia, em que os princípios estruturantes de Estado de Direito é este, de garantir os Direitos Fundamentais.
  - Mas a *conceção do que é Direito Fundamental tem evoluído* – acompanhou a evolução dos fins do Estado (do Estado Liberal ao nosso).

## Estado de Direito Liberal

*Os Direitos Fundamentais eram o verdadeiro fim da limitação jurídica do Estado* – os fins últimos da submissão da Administração à Lei era o de **reconhecer uma esfera de autonomia onde os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado.**

- Ideia que remonta a Locke de que quando o Estado se obriga a respeitar e garantir os direitos, ele reconhece-os como anteriores e superiores a si próprio, como verdadeiros limites indisponíveis em cuja reserva só pode penetrar de acordo com procedimentos pré-estabelecidos.
- **Direitos Fundamentais concebidos como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado.**

A **consagração constitucional dos Direitos Fundamentais só se traduzia plenamente em limitação de todos os poderes do Estado quando acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição relativamente ao poder legislativo ordinário**

- Sob pena do Estado readquirir pela via do legislador parlamentar os poderes que perdera com o reconhecimento do carácter supraestadual dos direitos.

Os *Direitos Fundamentais* não pressupunham a existência de prestações estaduais, mas apenas a garantia das condições que permitam o livre encontro das autonomias individuais.

- Eram **direitos contra o Estado** – garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano

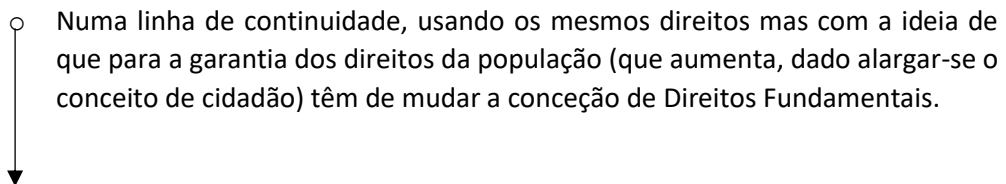
O quadro era uma sociedade civil apolítica (daí repudiarem o exercício de direitos coletivos)

Características:

1. Só 3% ou 4% da população eram considerados como **cidadãos e eram eles que tinham Direitos Fundamentais**<sup>2</sup>
2. Direito base é a **Propriedade** – só quem tinha propriedade é que podia ser cidadão e toda a estrutura da sociedade desenvolvia-se em torno da proteção da propriedade
  - Conceção de individualismo possessivo na esteira de Locke. A propriedade é uma condição objetiva de liberdade pois constitui o poder de escolha (Vieira de Andrade).
  - Benjamin Constant: Só a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos.
3. Direitos **individuais** – o homem considerado de forma isolada e individual
  - Nunca eram encarados de forma coletiva, pois o direito comum de muitos podia atacar o direito de cada um (havia desconfiança quanto aos direitos de exercício coletivo).
  - Eram considerados pela Negativa – direitos contra o Estado; Estado não podia invadir os direitos.
4. Não havia Direitos Sociais
  - O Estado não intervinha, pois os cidadãos da época tinham os meios necessários para aceder a esses bens pelo que o Estado não tinha de se meter (foi para isso que se tinham feito as Revoluções Liberais).
  - Queria confinar-se o Estado à garantia da segurança da propriedade.

**Muda no séc. XX após 1ª Guerra Mundial** – há crises mundiais nos anos 20 (económicas e políticas)

- Os cidadãos, deixados por si só, sem intervenção do Estado, leva a crises e pode levar a conflitos com o Estado de Direito (que se tenta regenerar).



## Estado Democrático e Social de Direito

*Experiências políticas do pós-1ª Guerra Mundial traduzem uma comum intenção de superar os pressupostos e as realizações do Estado liberal.*

- Há uma **intenção de estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado, dando sentido a um novo Estado “Social”** – o impacto da 1ª Guerra Mundial estimula uma alteração radical na forma de conceber as relações entre Estado e Sociedade.

---

<sup>2</sup> Esses Direitos Fundamentais podem ser os mesmos que temos hoje, mas, têm um sentido muito diferente.

- Os direitos sociais não são descobertas<sup>3</sup> do séc. XX mas vêm a ser aprofundados.
- Mesmo sem alteração ao texto da Constituição a conceção de DF altera-se profundamente

Os **mecanismos inerentes ao desenvolvimento da economia capitalista geraram condições estruturais e conjunturais da desagregação do quadro de expansão económica e elevação do nível de vida da população.**

- As próprias necessidades da Guerra forçaram o Estado a intervir na vida económica e restringindo diversos direitos.

O Estado no seu conjunto veio a reconhecer a **necessidade de superar os pressupostos do liberalismo e assumia, no objetivo da prossecução da justiça social**, a via para a integração das camadas até então marginalizadas.

- Assim, o Estado centra o essencial das suas preocupações em torno da distribuição e redistribuição do produto social.
  - Isto gira em torno de um novo ethos político, resultante da superação da conceção liberal da separação da sociedade e do Estado, que se traduz na estruturação da sociedade, regulando a vida social, a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado.

Características:

1. Conceito de quem é **cidadão aumenta**
2. **Propriedade** é Direito Fundamental essencial **mas já sem carácter absoluto**
  - Estado pode intervir e limitar a propriedade
3. **Direitos Coletivo** são tolerados
  - São essenciais para manterem as relações sociais.
  - Ex: liberdade contratual só é assegurada se não houve uma entidade forte a negociar com uma parte fraca (que o deixa de ser, se houver um exercício coletivo).
4. Surgem os **Direitos Sociais**
  - Estado passa a ser enquadrado como entidade a que cidadãos recorrem e que tem obrigações de agir.
  - Direitos Sociais começam a ser considerados e mesmo não tendo propriedade têm de aceder a certos bens (saúde e etc.), pelo que o Estado tem de ajudá-los a aceder a certos bens.
  - Nova geração de direitos.

A Lei Fundamental de Bona (1949) foi essencial para o fomentar o Estado social de Direito – prevalência absoluta do Estado de Direito garantindo-se, porém, o desenvolvimento do Estado Social nos quadros e limites impostos por aquele (Forsthoff).

- JRN: *o novo princípio da socialidade, forjado a partir da constatação da perda de legitimidade de uma ordem fundada no livre jogo da concorrência das autonomias individuais, induz no plano específico do Estado de Direito uma reavaliação do sentido da limitação jurídica do Estado.*

---

<sup>3</sup> Já se estabeleciam obrigações positivas para o Estado nas Declarações de Direitos da Revolução Francesa.

- Ou seja, para que o Estado de Direito pudesse conservar a sua **operatividade no contexto das novas relações entre o Estado e os cidadãos, a limitação do Estado não se podia traduzir exclusivamente na ideia de delimitação externa de uma zona de autonomia individual garantida contra as eventuais invasões do poder público, mas exigia também uma vinculação jurídica do Estado no sentido de uma intervenção positiva** destinada a criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais.

## Desenvolvimento dos Deveres Estatais quanto aos Direitos Fundamentais

*A consagração constitucional dos Direitos Fundamentais impõe ao Estado (e poderes públicos constituídos) deveres de subordinação e vinculação jurídicas* de que, em geral, resultam para os particulares correspondentes pretensões e direitos subjetivos públicos.

- Ou seja, **direitos a exigir judicialmente, no interesse dos próprios, no cumprimento dos respetivos deveres estatais.**
  - Violação de Direitos Fundamentais é inconstitucionalidade, pois Direitos Fundamentais são Direitos Constitucionais.
  - Há essa inconstitucionalidade quando há incumprimento, por parte dos poderes públicos, do dever (de assegurar Direitos Fundamentais)<sup>4</sup>.

Os **deveres estatais** começaram por ser entendidos, no **Estado de Direito Liberal, como deveres de não intervenção** – deveres de abstenção e não interferência nas esferas de liberdade e autonomia dos particulares.

- Aos bens cujo acesso é hoje garantido pelos direitos sociais (bem-estar, saúde, educação, segurança social) o homem burguês chegava pelos próprios meios (propriedade).
- Tudo o que havia que assegurar era que o Estado respeitasse e protegesse o acesso individual.

Evoluiu, no **Estado Social**, para um **dever de proteção e segurança da propriedade individual contra agressões ou ameaças de outros particulares.**

- Com o Estado social de Direito, **não basta apenas a garantia e proteção da liberdade e da propriedade e o Estado social preocupa-se ativamente com as condições fácticas da liberdade e da autonomia**, com a equalização das condições de participação e com o assumir tarefas de redistribuição da riqueza comum e de prestação generalizada de serviços públicos essenciais.

*Quais os deveres atuais do Estado?*

Evolução dos deveres do Estado: **Respeitar -> Proteger -> Promover**

### i. Dever Estatal de Respeito dos Direitos Fundamentais

**Dever de abstenção e de não interferência** nas esferas de autonomia, liberdade e bem-estar dos particulares garantidas pelos direitos fundamentais.

- Tem também uma dimensão positiva de *atuar para remover um impedimento fáctico ou jurídico ao exercício do direito fundamental.*

---

<sup>4</sup> Só há questão jurídica de Direitos Fundamentais quando tal é violado; e só há essa violação quando o Estado não cumpre um dever.

## ii. Dever Estatal de Proteção dos Direitos Fundamentais

Alargamento deste dever com o sentido de se **protegerem todos os Direitos Fundamentais – o Estado está obrigado a proteger todos eles e precisamente porque o são.**

- Esta proteção deve ser feita contra outros particulares e contra eventualidades naturais.
  - Também há uma visão paternalista e discutível de que o Estado deve proteger o indivíduo contra si próprio (discussão se se deve proteger o indivíduo, de forma a garantir acesso individual atual ou futuro aos bens jusfundamentalmente protegidos, das decisões e opções que o próprio assume livre e conscientemente).

Estes **deveres são essencialmente realizados através de atuações positivas, normativas ou fácticas, orientadas à proteção efetiva dos bens jusfundamentais.**

- Realizam-se através de prestações materiais/fácticas mas, sobretudo, através de prestações normativas (através da criação de lei ou norma de proteção).

## iv. Dever Estatal de Promoção dos Direitos Fundamentais

Devido ao acolhimento de **Direitos Sociais nas Constituições, o Estado passa a ter o dever geral de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos**, através de uma dedução constitucional de uma obrigação jurídica estatal de ajuda dos particulares a acederem a tais bens.

- Estado já não é visto como agente neutro separado da sociedade civil.
- O Estado deve promover todos os Direitos Fundamentais e não apenas os Direitos Sociais<sup>5</sup>.
- Estes deveres traduzem-se quase sempre na realização de prestações fácticas.

Identificação do **Dever Estatal de Respeito como Direitos Negativos**

Identificação dos **Deveres Estatais de Proteção e Promoção como Direitos Positivos.**

- Conceitos não são sobreponíveis pois *há a possibilidade de estes deveres surgirem como correlativos tanto de direitos positivos como de direitos negativos.*

## Direitos Fundamentais e Novo Constitucionalismo

*As conceções dos Direitos Fundamentais evoluíram ao longo da História*

- Foi com o **alcance de trunfo** que, do ponto de vista histórico-constitucional, a ideia de **indisponibilidade dos Direitos Fundamentais por parte da maioria obteve acolhimento e consagração positiva e substancial** – aquando do novo constitucionalismo na segunda metade do séc. XX

*Constituições surgiram com os Estados de Direito do séc. XVIII mas a relevância jurídica atribuída à Constituição como norma suprema da ordem na ordem jurídica nacional só começou a ter mais significado nos meados do séc. XX.*

- Matéria que evoluiu de forma distinta na Europa Continental e no Common Law, mas não há diferenças substanciais entre a implementação dos direitos fundamentais.

---

<sup>5</sup> Embora este dever constitua a dimensão principal desta categoria de Direitos Fundamentais



- Há uma diferença de tipo orgânico: quem fiscaliza a implementação dos Direitos Fundamentais na América são os Supremos Tribunais e na Europa são os Tribunais Constitucionais.

*A forma como a Constituição foi sendo concebida também teve reflexo nos Direitos Fundamentais*

- EUA – tribunais assumiram essa supremacia no próprio plano das fontes de Direito, considerando e aplicando a **Constituição como verdadeira norma jurídica de caráter supremo**, aplicando-a em detrimento até da lei (*Lei à medida dos Direitos Fundamentais*).
- EUROPA – era desconhecida e **rejeitada a possibilidade de desaplicação judicial de leis com fundamento em inconstitucionalidade**.
  - Devido a uma conceção muito marcada de separação de poderes havia a ideia de soberania do Parlamento e de confiança incondicional no império da lei e uma desconfiança histórica face aos juízes.
  - Os **Direitos Fundamentais constitucionais eram vistos como mera proclamação político-constitucional**, depois concretizados na lei (*Direitos Fundamentais à medida da Lei*).
    - Isto não significava que não havia Direitos Fundamentais, simplesmente esses Direitos Fundamentais eram a tradução dos Direitos Fundamentais feita pelo legislador (através do Direito Civil – era o legislador que dizia qual o conteúdo dos Direitos Fundamentais).

*Hoje estão substancialmente alterados os pressupostos da conceção europeia tradicional sobre as relações entre legislador e juiz e entre juiz comum e juiz constitucional.*

- Há fenómenos de **refundação do constitucionalismo a partir da 2ª metade do séc. XX**<sup>6</sup>, existindo a partir das lições das anteriores ineficiências e contradições e dos regimes autoritários que aterrorizaram a Europa anos antes.
  - Académicos começaram a discutir a questão.
  - Após a 1ª Guerra Mundial, Kelsen veio propor a criação de um Tribunal Constitucional, mas não era a mesma coisa que acontecia nos EUA – era um TC para resolver conflitos de natureza federal e fiscalização orgânica e não aplicar Direitos Fundamentais<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Em **Portugal nunca se sentiu propriamente uma revolução constitucional** (feita na Europa no pós 2ª Guerra Mundial) pois houve uma **transição de uma ditadura para uma democracia**.

- Mas Portugal, a partir de 1911 teve uma das primeiras constituições europeias que reproduziam o que se passava nos EUA – em que os tribunais comuns podiam recusar a aplicar a lei, se tal violasse a lei.
  - Inspiração na Constituição Republicana Brasileira de 1881, vindo adotar esse sistema – ficou puramente na teoria.
    - Na realidade os tribunais não faziam essa fiscalização de constitucionalidade (houve cerca de 3 casos).
    - Não funcionava na prática.

<sup>7</sup> JRN: Kelsen desconfiava dos princípios estruturantes. Desconfiava do princípio da igualdade pois cada pessoa podia dar-lhe o entendimento que quisesse e tal se aplicava a todos os direitos fundamentais. Isso seria entregar ao juiz a decisão sobre todos os Direitos Fundamentais (e na Europa isso entendia-se que devia ser feito pelo legislador). Deve ser exclusivamente o legislador a dizer quais são os Direitos Fundamentais.

- **A lição do período de Guerras na Europa foi a que se tinha de levar a sério os Direitos Fundamentais e a Constituição como norma jurídica, aplicável pelos tribunais mesmo contra o legislador** – Europeus aperceberam-se que um legislador eleito democraticamente podia praticar as maiores injustiças e violar os Direitos Fundamentais
  - Deixou-se a conceção de consonância entre órgão eleito democraticamente e decisões que visam aplicar os Direitos Fundamentais<sup>8</sup>.
  - Houve evidências que mesmo um órgão eleito democraticamente pode violar os Direitos Fundamentais.
  - Aqui aperceberam-se que democracia não equivale necessariamente a Estado de Direito. Pode haver violação sistemática de Direitos Fundamentais num quadro democrático.
  
- Conceção de separação de poderes muda na Europa após 2ª Guerra Mundial.

**Rematerialização do conceito de Estado de Direito**, não mais identificado com o Estado de legalidade e do positivismo mas sim com o Estado de Direito que **tem uma pauta universal de valores (onde se incluem os Direitos Fundamentais) de que os poderes políticos instituídos não dispõem.**

- Esses valores fundam-se na igual dignidade da pessoa humana, independentemente dos seus particularismos como indivíduo.
  - Daqui surgiu a convicção de que os **Direitos Fundamentais constitucionais concretizam a garantia da igual dignidade da pessoa humana e não são mera proclamação retórica cuja realização se satisfaça com a sua entrega às boas intenções do poder político e do legislador.**
  - Os Direitos Fundamentais são norma jurídica diretamente aplicável, dotada da força constitucional que vincula todos os poderes do Estado, incluindo o legislador democrático, e cuja supremacia deve, por isso, ser assegurada por um poder judicial estrutural e funcionalmente independente da maioria política que ocupa conjuntamente o poder.
    - *Deixa de haver uma conceção de Direitos Fundamentais à medida da lei e passa a ser lei à medida dos Direitos Fundamentais.*
      - Se lei contraria Direitos Fundamentais é inconstitucional.
      - Cabe ao TC fiscalizar essa situação.
      - Legislador perde o controlo dos Direitos Fundamentais – os órgãos que exercem poder político perdem o controlo dos Direitos Fundamentais e a última palavra passa a ser do TC.

**Direitos Fundamentais começam a ser concebidos como Direitos contra a maioria.**

*Assumem um carácter anti-maioritário ou contra-maioritário.*

- Ideia de que **pessoa tem Direitos Fundamentais contra a maioria que exerce o poder político** – podemos ter maioria absoluta no Parlamento que tem o poder de fazer leis, mas não tem o poder de fazer uma lei contra um Direitos Fundamentais de um cidadão;

---

<sup>8</sup> Na Europa havia quase uma identificação entre Estado de Direito e Estado de Legalidade e o que se temia eram os juízes (devido à conotação com o Antigo Regime das Monarquias Absolutas).

- Entre a vontade da maioria expressa na lei e o direito fundamental de um cidadão prevalece o direito fundamental.
- Quem diz que prevalece o direito fundamental é o Tribunal Constitucional – o poder político é despojado desta prerrogativa.

### Convergência entre América<sup>9</sup> e Europa

- Novo constitucionalismo que tem o sentido de proteger os Direitos Fundamentais.

Nos dois continentes agora há uma **fiscalização de constitucionalidade, mas, orientada pela ideia de supremacia dos Direitos Fundamentais.**

- Ideia de Direito Fundamental como trunfo contra a maioria.

*Os Direitos Fundamentais passam a ser a parte nuclear da Constituição.*

---

<sup>9</sup> Jurisprudência constitucional dos EUA mostra que o Supremo Tribunal, ao longo do séc. XIX e primeira metade do séc. XX, não é uma jurisprudência amiga dos Direitos Fundamentais.

- Tinha o poder de aplicar Constituição.
- Mas jurisprudência interpretava a Constituição de forma retrógada – admitia como compatível com o Estado de Direito a escravatura e a diferença entre brancos e negros.
  - Só a partir da segunda metade do séc. XX é que começa a haver preocupação com o Direitos Fundamentais.

## TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria

O Estado de Direito não se confunde com o império da lei e com o princípio da legalidade – um Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores na qual o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais ocupam posição essencial.

- Os direitos fundamentais são garantias jurídico-constitucionais<sup>10</sup>
  - Isto significa<sup>11</sup> que **ter um direito fundamental em Estado de Direito é ser titular de uma garantia jurídica forte, equivalente a ter um trunfo num jogo de cartas** – a carta de trunfo prevalece sobre as outras.

Os Direitos Fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, pelo que significa que o cidadão tem na sua frente o Estado contra o qual joga o trunfo.

- Ter um trunfo contra o Estado é *ter um trunfo contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado no princípio da maioria, significa que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria que governa*, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos e dispõe do apoio de uma maioria social.
  - Os Direitos Fundamentais prevalecem face a vontade da maioria
    - **Vocação contramaioritária dos Direitos Fundamentais**

### **Não são direitos das minorias.**

- São direitos de todos aqueles que se encontrem na situação tipificada na previsão da norma de direito fundamental.
  - As minorias podem recorrer aos Direitos Fundamentais e são quem, de facto, mais recorre aos Direitos Fundamentais, pois são hostilizados pela maioria.
  - Quem está com a maioria não precisa de recorrer tanto aos Direitos Fundamentais, pois a maioria expressa o pensamento dessa pessoa. Os Direitos Fundamentais estão ao lado das minorias.
  - *Mas qualquer pessoa titular de Direitos Fundamentais tem um trunfo contra o poder político.*
  - **Recorre-se aos Direitos Fundamentais quando através do simples jogo democrático as pessoas não veem os seus interesses atendidos – são direitos de todos e podem ser invocados por todos, tendo natureza contra-maioritária.**
    - Daí a jurisprudência constitucional ter também esta natureza anti-maioritária.

*Ideia de Direitos Fundamentais como trunfo não é a conceção maioritária*

- A **maioria da doutrina adere à Tese da Integração**: sustenta a existência de uma integração ou assimilação entre direitos fundamentais e regra da maioria; entre Estado de Direito e democracia (sufragando a fórmula Estado de Direito Democrático).

---

<sup>10</sup> Garantias elevadas à natureza de normas constitucionais, não apenas como um reflexo simbólico da vinculação material do Estado mas também, e precisamente, para vincar e lhes conferir uma supremacia de natureza jurídico-formal (uma força especial que decorre da necessária vinculação de todos os poderes públicos constituídos às imposições e garantias constitucionais).

<sup>11</sup> Na linha de Dworkin dos rights as trumps

Jorge Reis Novais: os **Direitos Fundamentais são garantias jurídicas fortes que se impõem a todos os poderes do Estado.**

- Direitos Fundamentais são garantias constitucionais que se impõem aos poderes constituídos.
- Como garantia constitucional impõe-se face ao resto.



*As consequências normativas da atribuição da natureza de trunfos contra a maioria, aos Direitos Fundamentais, leva à exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição.*

- Levando a Constituição a sério: por maior apoio político e social que disponham, os poderes constituídos não podem por em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.
- Daí que os Direitos Fundamentais constituam limites materiais de revisão constitucional.

**Foi com este alcance de trunfo que, do ponto de vista histórico-constitucional, a ideia de indisponibilidade dos Direitos Fundamentais por parte da maioria obteve acolhimento e consagração positiva e substancial** – aquando do novo constitucionalismo na segunda metade do séc. XX

**Esta ideia da indisponibilidade dos Direitos Fundamentais é consagrada pela generalidade das Constituições do Estado de Direito**

- A teoria de Direitos Fundamentais como trunfo deixa de ser apenas uma teoria e trata-se de uma conceção que obteve, no fórum próprio do Estado de Direito, que é o momento constituinte, o apoio de uma maioria democrática qualificada.
  - Houve uma reestruturação do Estado, através da elevação dos Tribunais Constitucionais a tribunais supremos e através da submissão dos Estados a tribunais internacionais que defendem os direitos humanos, de forma a garantir-se uma efetividade jurídica aos direitos fundamentais.
  - *A consagração da jurisdição constitucional como verdadeiro coroamento do Estado de Direito e a ideia do Estado de Direito como Estado de Direitos Fundamentais são diferentes expressões semânticas dessas mesmas ideias de fundo.*

**Só no reconhecimento do alcance e da vocação contramaioritária dos Direitos Fundamentais é que se encontra o verdadeiro corolário do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana.**

- Só assim os Direitos Fundamentais se defendem das múltiplas tentações de funcionalização e de instrumentalização e desenvolvem plenamente as suas potencialidades de garantias efetivas da liberdade e da autonomia individuais.

As **maiorias**, para prosseguir interesses próprios, **não necessitam das garantias do Estado de Direito, pois os seus interesses são refletidos nas decisões governativas.**

- São as **posições minoritárias que têm necessidade de se socorrer da proteção e garantias do Estado de Direito devido a uma possibilidade de abuso por parte da maioria.**
- Sem Estado de Direito a minoria seria inevitavelmente discriminada.
  - *Aí surgem os Direitos Fundamentais de forma a que qualquer cidadão possa viver com igual dignidade e competir com armas iguais no livre mercado das ideias.*

Tiago Fidalgo Freitas: **Ter um direito fundamental é ter um direito subjetivo na mão para fazer valer uma posição de vantagem e usufruir de certo bem constitucionalmente protegido.**

Significados da conceção de Direitos Fundamentais como Trunfos:

- **Nas relações indivíduo e Estado** – significa ter uma posição juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política.
  - Quanto aos Direitos Fundamentais consagrados eles estão definitivamente estabelecidos e garantidos contra a decisão democrática da maioria, pelo que em circunstância alguma podem ser legalmente afetados ou diminuídos.
- **Nas relações entre particulares** – significa ter uma particular e concretizada posição de autonomia e de liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões providas de terceiros.

Esta **conceção tem vocação generalizada face a todos os Direitos Fundamentais constitucionalmente consagrados.**

Mas há inúmeras situações em que os direitos consagrados na Constituição ou têm mesmo de ceder completamente perante a maior força ou peso de outros direitos, bens ou interesses, pelo que se admite que o legislador os limite<sup>12</sup>.

- Se é verdade que um Direitos Fundamentais é uma garantia constitucional e como tal prevalece, também é verdade que os Direitos Fundamentais não são direitos absolutos<sup>13</sup>.
- *Os Direitos Fundamentais vistos como um todo não são direitos absolutos.*
  - Mas há faculdades dentro desses Direitos que são absolutas. Ex: é garantia absoluta que não pode haver pena de morte (art. 24º/2 CRP) – esse direito visto como um todo é absoluto e não pode ceder nunca.

---

<sup>12</sup> Não haver Direitos Fundamentais que a Constituição classifica como invioláveis e outros que a Constituição também classifica como tal – um vai ter de ceder, portanto um não vai ser enquadrado como absoluto.

- JRN: não é pelo facto do enunciado dizer que o Direitos Fundamentais é inviolável que o torna um direito absoluto

<sup>13</sup> Mesmo o Direito à Vida (art. 24º CRP) não é absoluto? Qual o sentido do art. 24º/2 se já existe o art. 24º/1?

- O legislador constituinte consagrou no art. 24º/2 pois o art. 24º/1 não tem como significado que seja um direito absoluto.
- Mesmo o Direito à Vida não é absoluto.
  - Ex: colisão do Direito à Vida (art. 24º CRP) com o Direito à Liberdade Consciência (art. 41º CRP) qual prevalece?
    - Caso de recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos.
    - Mesmo que essa religião não seja perseguida pela maioria, os Direitos Fundamentais vão servir para que essa conceção minoritária seja protegida e se possa garantir essa liberdade de consciência.
    - Apesar de não ser a o pensamento da maioria, terá um Estado de Direito a prerrogativa de violentar a conceção dessa pessoa?
    - Os Estados de Direito têm vindo a reconhecer a prevalência da liberdade de consciência.
    - Já não é assim se for uma família a decidir quanto a uma criança – aí o Estado tem o dever de proteger a criança.

*Se umas vezes o direito fundamental resiste e outras vezes cede, onde fica a natureza de trunfo? O que resta da afirmada indisponibilidade dos Direitos Fundamentais e da sua supremacia constitucional?*

- Perante a **inevitabilidade da ponderação de bens e perante a inviabilidade e inadequação** estruturais de uma qualquer pretensão de **proteção absoluta dos direitos fundamentais quando considerados como um todo**, vemos que uma conceção dos direitos como trunfos pode ainda constituir uma poderosa garantia contra os riscos associados de diluição da força de resistência dos direitos fundamentais enquanto posições individuais jurídico-constitucionais.
  - Se é verdade que a vontade de muitos vale o mesmo que a vontade de um, para efeitos de peso na ponderação em que esteja em causa a eventual cedência de um direito fundamental, isso não significa uma prevalência indiscriminada dos Direitos Fundamentais no confronto com outros bens, que podem, também, ser considerados trunfos e eventualmente mais elevados, quando apoiados por outros princípios ou interesses jusfundamentais.
- Aí está a reconhecer-se que o legislador pode limitar Direitos Fundamentais – reconhecer à maioria, através do legislador, a possibilidade de limitar os Direitos Fundamentais.

A conceção de Direitos Fundamentais como Trunfos contra a maioria defronta-se com uma primeira dificuldade no momento constituinte originário e chega, no final, a um quase paradoxo.

- Há um primeiro momento em que se teve de considerar quais são os direitos fundamentais, quais são os limites considerados intransponíveis maioria política conjuntural – *em Estado de Direito democrático quem fixa os contornos desse espaço e quem fixa esses limites é a própria maioria.*
- A **decisão constituinte da maioria priva essa mesma maioria da livre disponibilidade sobre os Direitos Fundamentais** – assim, o primeiro ato constituinte que eleva juridicamente os Direitos Fundamentais a garantia constitucional é simultaneamente o último ato de disposição livre dos Direitos Fundamentais por parte dessa e futuras maiorias.

**Quando os Direitos Fundamentais têm de ser limitados, cabe à maioria (através do legislador que a representa) proceder a essa limitação** (quando antecipa conflitos/colisões entre os Direitos Fundamentais e outros bens e interesses e etc.).

- *Não haverá aqui contradição?*

A **regra geral é a de que todos os Direitos Fundamentais, como um todo, são limitáveis pois não há direitos absolutos** – perante as circunstâncias concretas do caso e os valores presentes podem haver Direitos Fundamentais que têm de ceder.

- Há uma *reserva geral de ponderação sobre os Direitos Fundamentais como um todo* – independentemente da indiscutível forma e força constitucionais que lhes são atribuídas, eles podem ter de ceder perante a maior força ou maior peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de proteção jurídica.

**Cabe à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos Direitos Fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno e carente de proteção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental.**

- Conceção de Direitos Fundamentais como Trunfos opõe-se que a competência de avaliar quando a força de trunfo se deve impor em definitivo ou quando se pode admitir cedências nos Direitos Fundamentais, seja atribuída à maioria que governa e entrega essa competência ao Tribunal Constitucional<sup>14</sup>.

*Não há oposição irreductível entre a ideia de ponderação de bens e direitos como trunfos, pois elas vão necessariamente a par em Estado de Direito democrático.*

- Uma não pode existir sem a outra – se se recorre só à ponderação de bens então há ameaça de esvaziar o conteúdo dos Direitos Fundamentais; se se recorre só à ideia de trunfos então há um absolutismo jusfundamental inviável.

O curso vai ser orientado para responder às questões: quando é que identificamos uma inconstitucionalidade por lesão de Direitos Fundamentais? Quando é que é ilegítimo a limitação dos Direitos Fundamentais pelo legislador?

## Conceitos e Distinções da Teoria dos Direitos Fundamentais

### Direito Fundamental Formal e Material

**Conceito Formal:** aquelas *garantias jurídicas consideradas como tal que vêm nos textos constitucionais*.

- Nos Estados de Direito que têm constituição em sentido formal há sempre uma parte quanto aos Direitos Fundamentais.

Mas,

**Art. 16º/1 CRP** – além dos Direitos Fundamentais considerados na Constituição, temos uma **Cláusula Aberta de Direitos Fundamentais** que abre o elenco de Direitos Fundamentais a outros, que, apesar de não estarem na CRP, podem também ser considerados Direitos Fundamentais.

- O critério para identificar é um critério material.

**Conceito Material:** aqueles que *têm um relevo tal que podem ser designados*, em paralelo aos da CRP, como Direitos Fundamentais.

Esta **distinção não é muito importante na CRP pois o elenco de Direitos Fundamentais na Constituição é tão vasto e detalhado que todos os Direitos Fundamentais já estão patentes na CRP.**

- JRN: em última análise, haverá sempre Direitos já nos textos constitucionais que cobrem todas as possibilidades.
- Ex: **direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º CRP)** é identificado como uma liberdade geral de ação que é tão extenso e onde pode caber quase tudo.

---

<sup>14</sup> Em Portugal é mais difícil os cidadãos garantirem os seus Direitos Fundamentais.

- Os cidadãos só podem defender os Direitos Fundamentais no Tribunal Constitucional apenas quando há violações cometidas pela lei, o que é uma deficiência enorme.
- Cidadãos podem ir para o TC se uma lei puser em risco os seus Direitos Fundamentais, mas, os seus Direitos Fundamentais não são postos em risco, normalmente, pelo legislador e sim pela Administração e pelos Magistrados Judiciais e nessas alturas não podem ir para o TC.
  - JRN: deficiência enorme na proteção dos Direitos Fundamentais em Portugal



- É um Direito que tem um âmbito de proteção tão amplo que garante uma proteção sem lacunas na proteção da vida social.
  - É importante não haver lacunas jusfundamentalmente protegidas.
- Existe na CRP como DLG – evita o formalismo que os Tribunais têm de distinção entre Direitos Sociais e Direitos Liberdades e Garantias.
  - Se juízes tiverem argumento formal que evite considerar a questão de fundo, então os juízes vão utilizá-lo.
  - É que Intimação para DLG é só mesmo para DLG, pelo que o Direito à Saúde não podia aqui ser invocado.
  - Não podendo ser invocado o Direito à Saúde, a forma de dar a volta é invocar o Desenvolvimento da Personalidade ou o Direito à integridade física e psicológica, o que vai abranger a saúde – mas aí um juiz formalista já aceita, pois é um DLG e não um DESC.

### Direito Fundamental e Norma de Direito Fundamental

#### **Normas de Direitos Fundamentais:** *enunciados normativos de Direitos Fundamentais*

#### *Disposições constantes da Constituição*

**Direito Fundamental:** desenvolve-se a partir do enunciado normativo a *garantia constitucional da posição jurídica do titular do direito fundamental; posição jurídica que resulta da norma de direito fundamental*

- Pretensão que o indivíduo retira do enunciado normativo.
- Posição jurídica subjetiva de vantagem relativa a um bem jusfundamentalmente protegido – o que é permitido ou proibido em concreto (e pode ser somente aferido com a interação de várias normas).

*De um único Enunciado Normativo podemos inferir várias Normas.*

- O que é decisivo é saber quais as normas que se retiram dos enunciados normativos

Ex: **art. 24º CRP – vida humana é inviolável**<sup>15</sup>

- Daqui retiram-se várias normas: Estado não pode atentar contra a nossa vida; Estado está obrigado a proteger a nossa vida de agressões de outros particulares; Estado está obrigado a proteger a nossa vida de nós próprios (?); Estado tem obrigação de nos ajudar quando a vida humana está em perigo
  - **De um único enunciado normativo não se retira uma norma que corresponde exatamente ao enunciado, mas retira-se um conjunto de normas jurídicas que podem ser invocadas em Tribunal.**
  - Daí os enunciados das várias constituições variarem bastante.

**Os Enunciados normativos podem ser muito diferentes, mas o que é importante é a Norma.**

- O Enunciado Normativo só é importante quando ele influencia a dedução da Norma.
  - Quando desse enunciado só se pode retirar uma norma e apenas uma única norma.

---

<sup>15</sup> Pode aplicar-se a qualquer outro Direito Fundamental. Qualquer violação de um Direito Fundamental é uma inconstitucional.

- Ex: art. 24º/2 CRP – só significa que em caso algum haverá pena de morte; só há uma norma que se retira deste enunciado normativo.

Há normas de Direitos Fundamentais com diferente natureza<sup>16</sup>.

Ex: Qual o enunciado normativo que diz respeito ao Direito Fundamental ao Ensino?

- Há inúmeros enunciados de onde se pode retirar o Direito Fundamental ao Ensino.

Esta **dicotomia entre Enunciado e Norma surge da necessidade de interpretação dos textos jurídicos.**

- Os textos jurídicos surgem para serem interpretados.

### Estrutura Típica dos Direitos Fundamentais

*Estrutura típica e multifacetada dos Direitos Fundamentais<sup>17</sup>.*

1. Titular
2. Beneficiário
3. Bem de Proteção
4. Conteúdo do Direito

*Em função destes vários elementos podemos fazer várias distinções<sup>18</sup>.*

**4. Quanto ao Conteúdo do Direito** – em que é que o bem se traduz

- Direito a exigir uma prestação do destinatário – direito a prestação
- Direito a exigir um não ato/abstenção – direito de defesa

Aqui já se pode distinguir entre **Direitos Positivos** (o que se exige é uma prestação de facere) e **Direitos Negativos** (o que se exige é uma prestação de non facere).

### **3. Quanto ao Bem**

Distinguindo os diferentes bens a serem protegidos, em geral, os Direitos Fundamentais servem para proteger bens de autonomia e liberdade individual, igualdade e bem-estar/qualidade de vida do titular.

Podem ser:

- Direitos, Liberdades e Garantias
- Direitos Económicos Sociais e Culturais

---

<sup>16</sup> Surge devido à distinção entre Regra e Princípio.

<sup>17</sup> TFF: Todas as normas de Direitos Fundamentais têm pontos em comum

- **Imposição de conjunto de deveres ao Estado** – deveres de permitir, de fazer, de não fazer, de suportar. Em primeiro lugar os Direitos Fundamentais são dirigidos contra o Estado.
- **Atribuição de um conjunto de posições de vantagem a um particular** – atribuição de direitos subjetivos aos particulares, mas que não podem ser sempre exercidos como tal e dependem da concertação com outros direitos e de certas características que os concretizem.
- **Exclusão da disponibilidade das maiorias políticas conjunturais**

<sup>18</sup> Há outra classificação, histórica:

- Ao longo da história os direitos dominantes foram variando – passaram diferentes gerações de direitos

*Não estamos a falar de coisas diferentes, estamos a falar de diferentes perspetivas do direito fundamental.*

- Ajuda a perceber do que estamos a falar olhando para uma perspetiva ou outra.
- Não se traduz em consequências jurídicas, a não ser que a CRP o diga.

### 1. Quanto ao Titular

- Direitos Singulares
- Direitos Coletivos

A norma de Direitos Fundamentais tem estrutura comum a todos os direitos (ou presente em grande parte deles): *Titular do Direito + Destinatário do Direito*

- **Quando alguém tem um direito, a contraparte tem um dever – o conteúdo do Direito resulta da relação entre o titular e o destinatário.**

*Mas há casos em que não se percebe bem quem é o titular do Direito.*

Ex: Art. 38º/5 CRP – não se consegue perceber quem é o titular do Direito e apenas se denota o dever que é imposto ao Estado.

JRN: isto leva a concluir de que **numa Norma de Direitos Fundamentais há sempre uma imposição de deveres (ao Estado) mas, por vezes, não há atribuição de direitos subjetivos a particulares.**

- Portanto, o que é regra em todas as normas de Direitos Fundamentais é a atribuição de um dever.
  - É fundamental concentrarmo-nos no lado dos deveres – *em qualquer norma de Direitos Fundamentais há sempre imposição de deveres.*
  - Se é assim, **podemos abstrair da titularidade do Direito e considerar apenas o dever que tem o destinatário do Direito.**
  - Podemos apenas considerar apenas os deveres que se impõe ao Estado.

■ Significa que estamos a considerar a dimensão objetiva do Direito Fundamental  
↓

### Dimensão Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais

*Desta dupla dimensão resulta uma vinculação abrangente do Estado aos Direitos Fundamentais que se traduz, genericamente, não apenas na **necessidade dos poderes públicos se absterem de intervir** restritivamente nos âmbitos de liberdade que os Direitos Fundamentais garantem aos particulares, mas **também de atuarem positivamente** no sentido de permitir o seu exercício efetivo, bem como o do **Estado estruturar todo o ordenamento jurídico em conformidade e em função dos Direitos Fundamentais.***

Häberle: os Direitos Fundamentais têm um **caráter duplo** pois apresentam

- um lado jurídico-individual que garante aos seus titulares um *direito subjetivo público*;
- um lado institucional objetivo, enquanto *garantias constitucionais* de âmbitos de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados.

**DIMENSÃO OBJETIVA:** *Direitos Fundamentais entendidos como garantias institucionais, protegendo-se por via da Constituição complexos normativos que o Estado teria de garantir.*

Conceção que **des-subjetiva os Direitos Fundamentais** e em que há uma transformação tendencial da liberdade em liberdade-dever ou em liberdade positivamente orientada<sup>19</sup>.

- Abstraindo da existência do direito (do titular) e considerarmos apenas a existência do bem jurídico e os deveres dos poderes públicos para o garantir estamos somente a ter em conta a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais.
- O Estado adquire a obrigação de criar os pressupostos materiais de um exercício efetivo da liberdade<sup>20</sup> - conceção de liberdade através do Estado.

**Consideração dos Direitos Fundamentais como os fundamentos da Ordem Jurídica** da comunidade que impregnam todo o ordenamento jurídico e são reconhecidos enquanto diretivas constitucionais para toda a atuação do poder político.

**Perspetivização objetivista das obrigações do Estado nas relações jurídicas que estabelece com os cidadãos** – se o cidadão tem direito a algo, então o Estado tem, como contrapartida relacional, a obrigação jurídica de prestar esse algo.

- Reconhece-se que, no Estado de Direito, o Estado está vinculado juridicamente às garantias institucionais e aos direitos sociais constitucionalmente consagrados e legislativamente conformados, concretizados e desenvolvidos.

**Pode esgotar-se nesta dimensão exclusivamente objetiva, tendo o Direito Fundamental a predominância da dimensão de dever/obrigação estatal.**

- Ex: art. 38º/4 CRP – a liberdade de imprensa tem então o valor de constituir um elemento da estrutura concreta do Estado que se impõe a todos os seus órgãos e que vai servir de diretiva e impulso legitimador, de fundamento e critério de avaliação da atividade estatal nesta área.
- *Independentemente da titularidade individual dos interesses que se pretendem salvaguardar com as normas de Direitos Fundamentais e de ser reconhecido ao particular uma pretensão juridicamente tutelada de exigir o cumprimento dos deveres jusfundamentais que impendem sobre o Estado há inconstitucionalidade sempre que houver violação desses deveres.*

**Primazia lógico-jurídica da dimensão objetiva pois qualquer norma de Direitos Fundamentais impõe necessariamente um dever jurídico a um sujeito de direito e nem sempre da mesma norma de direito fundamental resulta o correspondente direito subjetivo.**

- O direito subjetivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativamente exigido ao Estado.

---

<sup>19</sup> TFF: foi originada com o Acórdão Lüth (Alemanha)

- Teoria que entende que de um conjunto de Direitos Fundamentais se consegue retirar um conjunto de valores de certa comunidade/comunidade objetiva de valores – juízos de ciência política ou sociologia
  - Mas daqui retiraram-se ilações:
    - Efeito de irradiação dos Direitos Fundamentais (todo o Direito Privado devia consagrar repercussões da forma como os DF estão previstos na CRP);
    - Ao exercer o direito deve ponderar-se a comunidade objetiva de valores para poder ser restringido;
    - Deveres de proteção do Estado (imposições que a CRP determina aos poderes públicos e que não carecem de intermediação legislativa – dever geral de proteger os DF de onde resultam deveres do Estado).

<sup>20</sup> O que também se refletiu primariamente na progressiva consagração constitucional dos Direitos Sociais e numa reinterpretação social dos tradicionais direitos de liberdade.

- Indiretamente, da realização desses deveres/cumprimento dessas obrigações resultam posições de vantagem para os particulares.
- Portanto, à dimensão objetiva do direito corresponde sempre uma dimensão subjetiva, na medida em que da imposição de deveres resultam sempre vantagens para os particulares.



**DIMENSÃO SUBJETIVA:** *vantagem que resulta da imposição de deveres; característica essencial do conceito de direito subjetivo público é o poder exigir judicialmente o cumprimento de uma obrigação estatal.*

Há um **direito subjetivo público** quando, **no âmbito de Direitos Fundamentais, o particular tem a faculdade de poder acionar a respetiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, autónoma e individualizado** – só assim a garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental se revela na plenitude da sua dimensão subjetiva<sup>21</sup>.

- A utilização deste conceito deve ser reservada para os casos em que a dimensão jurídico-subjetiva do direito acrescenta, de facto, algo de juridicamente relevante e decisivo ao dever objetivo imposto ao Estado pela norma de direito fundamental, i.e., a **judiciabilidade do seu eventual incumprimento, no interesse e por iniciativa do particular afetado.**
  - Caso em que a *posição do particular já está suficiente e extensivamente delimitada e perfeitamente estabilizada em termos de permitir uma aplicação subsuntiva que produza efeitos jurídicos individuais e concretos correspondentes àquele âmbito de proteção potencial.*

**Para se reconhecer um direito subjetivo público teríamos de recorrer à Teoria da Norma de Proteção.**

JRN: a força normativa das normas constitucionais de Direitos Fundamentais realiza-se primariamente através de uma mediação vinculada da Ordem Jurídica ordinária criada em conformidade aos Direitos Fundamentais, não apenas no sentido de que aos vários poderes do Estado incumbe, nos seus domínios respetivos, a observância, atualização e concretização dos Direitos Fundamentais, como também no sentido de que as normas ordinárias devem ser avaliadas em função do conteúdo dos Direitos Fundamentais e ser objeto de uma interpretação e aplicação em conformidade.

*Na relação entre o cidadão titular de Direitos Fundamentais e o Estado desenvolvem-se pretensões e direitos cuja dimensão subjetiva se traduz na possibilidade de autodeterminação individual no espaço de proteção garantido juridicamente pelas normas de Direitos Fundamentais – na possibilidade de exercício do direito fundamental na modalidade genérica e indiferenciada de interesse do cidadão enquanto membro da comunidade.*

- **Só são direitos subjetivos públicos quando haja mediação do Direito ordinário ou quando haja determinabilidade na própria norma constitucional de garantia.**
  - Quando a **Ordem Jurídica reconhece ao titular do direito fundamental o prosseguimento de um interesse próprio e especial, tendo a faculdade de exigir**

---

<sup>21</sup> Devido à existência destes direitos dever-se-ia reconhecer, na nossa Ordem Jurídica, o acesso direto dos particulares à justiça constitucional, de forma a sindicarem judicialmente as posições subjetivas decorrentes das normas de direitos fundamentais.

**judicialmente o cumprimento dos deveres que cabem ao Estado** em tal relação.

- Só em determinadas circunstâncias se configura o poder do indivíduo exigir do Estado o cumprimento dos concretos deveres que lhe foram impostos pela norma de direito fundamental.
  - Quando dever que se impõe ao Estado é tão preciso/determinado/concretizado que o particular passa a ter a possibilidade de recorrer aos meios jurisdicionais, no seu próprio interesse e vontade, para cumprir aquele dever.
  - Quando obrigação está tão determinada que particular pode recorrer a tribunal para Estado cumprir o seu dever.

No âmbito desta dimensão subjetiva, *os Direitos Fundamentais permitem aos particulares possibilidades juridicamente reforçadas de ação, comportamento, pretensão ou competência que, em geral, se podem designar por uso ou exercício do direito fundamental* (como direito subjetivo público<sup>22</sup>).

*Os Direitos Sociais são direitos subjetivos?*

Em Portugal tem-se a ideia de que os DLG são direitos subjetivos e que os Direitos Sociais não o são.

Ex: **art. 63º CRP** diz que Estado tem de proteger os cidadãos nas situações de doença, velhice e etc.

- *Daqui pode resultar que cidadão tem direito subjetivo a uma pensão?*
  - É que lendo a CRP não conseguimos perceber o que é que efetivamente cada pessoa tem direito.
  - Estado cumpre o dever que a CRP lhe impõe e, através do legislador, estabelece numa lei que as pessoas têm direito a uma pensão, mediante certos requisitos, e determina o quantum de pensão tem direito.
  - Aí, o particular já tem direito subjetivo.
  - A partir do momento em que a lei define precisamente os requisitos, o particular já pode exigir o cumprimento desses deveres pois tem um direito subjetivo.
  - Mas esse direito subjetivo deriva da lei, já não deriva diretamente da norma da CRP.
    - Então já não seria um Direito Fundamental?

**O Estado, através do legislador, na LOE, veio retirar certo valor às pensões que tinha atribuído.**

- *Estado violou um Direito Fundamental?*

Primeira dificuldade que surgiu foi perceber se tinha havido **restrição a um Direito Fundamental – qualificação da situação como limitação de um Direito Fundamental ou não.**

---

<sup>22</sup> Muito relevante nos países em que particulares podem recorrer ao Tribunal Constitucional para fazer valer esses seus direitos subjetivos.

- TC: CRP não diz a *quantum de pensão ou retribuição* o particular tem direito, pelo que ao reduzir a pensão não está a restringir o Direito Fundamental, pois a pessoa continua a receber a pensão. Quando Estado reduziu pensão, não reduziu direito fundamental.
- Crítica JRN: Se se aceitasse a doutrina do Tribunal Constitucional o *legislador poderia ir reduzindo as pensões e os salários como quisesse, que nunca estaria a restringir um direito fundamental desde que não estivesse em causa a Dignidade da Pessoa Humana.*
  - Mas isso não pode funcionar assim.
  - Ex: pessoa tem 2 prédios. Tem esses bens ao abrigo do direito de propriedade. E se Estado retirar um prédio com a argumentação de que há outros cidadãos que precisam? O direito de propriedade foi atingido. Mas o entender do TC levaria a concluir que não, pois a CRP diz que as pessoas têm o direito à propriedade mas não se explicita o quantum de propriedade, logo o legislador poderia restringir desde que não pusesse em causa a DPH. Se Estado retirar um imóvel está obviamente a restringir a propriedade

Direitos Fundamentais servem para que *quando temos acesso a um bem, garantido por uma norma de direito fundamental, o acesso não possa ser restringido ou somente ser restringido em certas circunstâncias.*

- **Admitirem-se restrições por CRP não dizer o quantum não faz sentido, pois em todos os direitos fundamentais a CRP não explicita o quantum.**
  - Ex: CRP garante liberdade de expressão. Por isso eu posso falar sobre o jogo de futebol de ontem. Se amanhã sair lei a dizer que eu não posso comentar jogos de futebol a minha liberdade de restrição foi violada. TC não entenderia assim pois a CRP não diz especificamente que falar de jogos de futebol está patente na liberdade de expressão, portanto admitiria essa limitação.
  - Ex2: CRP garante o direito ao casamento a todos. Se legislador emitisse lei a impedir o casamento entre pessoas do sexo diferente estaria a restringir um direito fundamental. TC não entenderia assim pois a CRP não diz especificamente o sexo das pessoas que poderiam casa, portanto admitir-se-ia essa limitação pois as pessoas continuavam a ter direito a casarem-se mas não com uma pessoa do sexo oposto.

JRN: *Teoria TC, apesar de sustentada, não pode ter fundamento.*

- Isso **faria desaparecer o próprio conceito de restrição, pois é sempre a lei que vai concretizar os direitos que na CRP estão consagrados de forma lapidar.**

*Só raramente, quando as normas são regras é que a CRP define um quantum*

- Quanto a tudo o resto a CRP não diz o quantum.
  - O legislador depois diz o quantum.

#### Direitos Fundamentais como um Todo

O direito fundamental, quando perspetivado do ponto de vista dos titulares do direito **como um todo, é um conjunto de feixes ou posições de vantagem juridicamente tuteladas suscetíveis de referência ao mesmo direito fundamental** (ou à mesma norma de direito fundamental) –  
PERSPETIVA COLETIVA

- Agregação de direitos numa perspetiva maior

- Ex: direito ao ensino – compreende a liberdade de aprender e ensinar, não ter conteúdos programados pelo Estado, frequentar a escola gratuitamente
- Todas estas posições jurídicas são ordenadas em função do Direito ao Ensino e faz sentido serem vistas em conjunto.
- São posições jurídicas complexas.

Por sua vez, **cada uma das diferentes posições é suscetível de ser considerada como constituindo um direito fundamental – PERSPETIVA ATOMÍSTICA**

- O direito fundamental é integrado por várias faculdades
  - Assim, é possível considerar o direito à vida como um todo, ou, diversamente, considerar apenas uma das posições que o integram (como a proibição da pena de morte) enquanto direito fundamental.
  - Ex: liberdade de religião – está incluída a possibilidade de vestir-se de acordo com a religião

Aquilo que acontece na generalidade dos Direitos Fundamentais é que **raramente está em causa o Direito Fundamental como um todo e o que entra em choque/colisão são as diversas faculdades que preenchem o conteúdo do Direito Fundamental.**

### Sistematização dos Direitos Fundamentais na CRP

*Como é que as várias classificações, em relação a Estrutura dos Direitos Fundamentais, são recebidas nos enunciados normativos da CRP?*

- **CRP está muito bem sistematizada e organizada, no âmbito dos Direitos Fundamentais** – é possível intuir onde estará um direito.

*Distinção quanto à natureza dos bens de proteção logo na primeira parte da CRP*

- **Art. 12º a 23º CRP:** princípios gerais
- **II Título: Direitos, Liberdades e Garantias** – direitos de liberdade – bens de liberdade individual e autonomia
- **III Título: Direitos Económicos Culturais e Sociais** – direitos sociais – bens relacionados com o bem-estar e condições materiais da vida

Há uma *preocupação ainda maior quando CRP especifica, dentro de cada um dos títulos divide-se ainda mais* – muito detalhada e com ótima sistematização.

CRP foi a primeira a acolher os Direitos Sociais, na qualidade de Direitos Fundamentais, com um grande desenvolvimento.

- Esta distinção já existia e CRP acolhe esta visão, que passa a constar da Ordem Jurídica portuguesa.

- Baseia-se numa **classificação oriunda do Direito Internacional dos Direitos Humanos** e a sistematização nestes termos pelo legislador constituinte português nada teria de problemático.
- Temos de ter em conta que não havia experiência quanto aos Direitos Fundamentais – nós hoje conseguimos perceber o que é que não está tão bem, não podemos é continuar a repetir as mesmas coisas quando é óbvio que não funcionam.





O problema só surge quando o art. 17º CRP consagra um regime de proteção privilegiado exclusivamente para os DLG e seus análogos.

- A divisão entre DLG e DESC parece ser muito talhante, mas, tem pontes que comunicam.

## ART. 17º CRP

Regime dos DLG aplicam-se aos DLG e aos “direitos fundamentais de natureza análoga”

- Extrai-se a ideia de que temos os Direitos Fundamentais, que constam de toda a Parte I da CRP, e dentro dos Direitos Fundamentais temos um *regime próprio para os direitos de liberdade*<sup>23</sup>.

Art. 17º CRP diz que o regime dos DLG se aplica, todo ele, aos direitos de natureza análoga. Quais os direitos de natureza análoga e quais os critérios para os identificar?

- Entender que estão na CRP, fora do Título II – nos termos do art. 17º
  - Direito de Propriedade e Direito da Livre Iniciativa Económica Privada – art. 61º e 62º CRP
  - Estão fora do catálogo dos DLG mas o TC entende unanimemente que se aplica o regime dos DLG a estes DESC
  - Art. 268º e 266º - aqui estão direitos fundamentais e princípios fundamentais da Administração Pública
  - Há direitos fora do catálogo por toda a CRP
- Entender que estão fora da CRP – nos termos do art. 16º<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Questão invulgar, em termos de direito comparado.

- O que as constituições fazem é **consagrar Direitos Fundamentais como direitos constitucionais – como normas constitucionais impõem-se aos poderes instituídos.**
  - Quanto ao regime dos **Direitos Fundamentais** é simples: têm **regime que advém da sua qualidade de serem normas constitucionais.**
  - Isto é assim em qualquer constituição, exceto na nossa.

JRN: não é o resto do mundo que está mal, é a CRP – normas que só se encontram na CRP, normalmente, estão mal, pois os portugueses chegaram tarde ao constitucionalismo e ao EDD, pelo que se deveria adotar o que já estava estabelecido no resto da Europa e não inventar.

<sup>24</sup> TFF: *Art. 17º CRP não está sozinho na CRP a fazer ponte entre DLG e DESC*

O art. 16º não se contenta com o catálogo de Direitos Fundamentais da CRP

### 1. Cláusula aberta de Direitos Fundamentais

- Tiago Fidalgo Freitas: Cláusula Escancarada de Direitos Fundamentais – art. 16º é muito bonita mas é um equívoco e o TC não utiliza o art. 16º.
  - *Problemas do art. 16º:*
    - i. Se estamos a receber direitos do DIPúblico, cujas fontes têm valor hierárquico inferior significa que estamos a constitucionalizar o DIPúblico (que não tem valor constituinte). Problema quanto ao tipo de receção e qual o valor hierárquico das normas depois de elas serem recebidas.
    - ii. Isto inclui todas as normas sobre Direitos Fundamentais no âmbito do DIPúblico (incluindo o costume e declarações unilaterais do Estado)?
    - iii. Qual o regime que se aplica? Todo o regime dos DLG nas 3 dimensões?
  - *Alternativas ao art. 16º:* o caminho que o TC prefere fazer é inferir direitos de outros direitos do que utilizar a cláusula aberta de direitos fundamentais
    - i. Ex: sigilo bancário não existe na CRP mas TC densificou-o a partir do art. 26º
2. Art. 16º/2 CRP significa que devemos dar sentido ao direito fundamental à luz da interpretação da DUDH, mesmo que isso seja uma interpretação mais restritiva dos Direitos Fundamentais?
- TC diz que se pode recorrer à DUDH em caso de dúvidas interpretativas, mas, só se recorre à DUDH se a interpretação que de lá resultar for ampliativa do direito.

- Direito Internacional
- Direito Infraconstitucional

*Quando se conseguir identificar o regime dos DLG, que regime têm os Direitos Sociais?*

É que eles **não deixam de ser Direitos Fundamentais e são acolhidos como normas constitucionais.**

- É incógnito qual o regime que têm esses outros direitos que não são DLG.
  - CRP ao dizer que existe regime de DLG não diz qual é o regime dos DESC – não dizendo, qual é o regime que têm? Como se resolve o caso?
    - Doutrina e jurisprudência, atendendo à prática, têm decidido de forma simples e errónea – *daí têm considerado os DESC como direitos de segunda.*

**CRP foi pioneira ao chamar os DESC para o texto constitucional**, mas, a doutrina e a jurisprudência constitucional portuguesa ficam atrás de outras, de outros ordenamentos jurídicos, que não têm DESC nas suas constituições (e protegem mais os DESC).

- Acórdão mais arrojado do **TC quanto aos DESC foi em 2002 acerca do “direito ao mínimo” – atribui-se a um DESC um relevo constitucional.**
  - Só em 2002 o TC considerou que podia reconhecer tal direito (como o TC alemão já o tinha feito).
  - Jurisprudência do TC quanto ao “ensino progressivamente gratuito no ensino superior” tem permitido aos Governos fazerem o que quiserem quanto às propinas – esse é o paradigma quanto aos DESC; TC não os defende e Governos podem fazer o que quiserem.
  - Jurisprudência do TC 1988 quanto à saúde gratuita diz que “gratuito” tem diferentes sentidos – para o cidadão comum é “não pagar”; para o jurista pode ser “não pagar ou pagar” pois desde que não se pagasse o custo real, não afetava esta gratuitidade, que tinha um sentido normativo.
    - No ano seguinte, a revisão da CRP alterou o texto de “gratuito” para “tendencialmente gratuito”. O próprio legislador constituinte não se sentiu bem com essa interpretação.

*Qual o critério substancial ou estrutural que permita identificar a situação de analogia, de forma a fundamentar a aplicabilidade daquele regime a outros direitos fundamentais?*

- Doutrina e jurisprudência nunca chegaram a uma conclusão<sup>25</sup> pois os DLG são muito diferentes entre si.

- 
- Fonte de dúvidas e problemas e não sabe bem para onde nos leva.

Do art. 16º e 17º CRP resulta uma grande dúvida, apesar de todos apontarem para uma conceção generosa de Direitos Fundamentais.

<sup>25</sup> *Como se consegue determinar o que é uma natureza análoga?*

- Autores que entendem que **não há diferença entre DLG e DESC (JRN)**: o regime é unitário e aplicável às duas categorias de direitos pelo que este critério não se aplica a nada
- Autores que entendem que **há diferença entre DLG e DESC (Melo Alexandrino)**:
  1. Natureza defensiva do direito – direito que evita que Estado faça algo.
  2. Possibilidade de aplicabilidade direta – não precisa de desenvolvimentos complementares e o que está na CRP é suficiente para a sua aplicação.

- A dificuldade reside em que, para saber o que é um direito análogo a DLG, estes **DLG deviam ter natureza de tal forma própria e visível que se podia descortinar só neles e, depois, analogamente noutros.**
- Mas os **DLG são muito variados e diversos, não se consegue neles descortinar uma essência comum traduzida em elementos comuns a todos.**

**Falham as tentativas substancialistas/essencialistas**, que procuram localizar a diferença identificatória numa qualidade ou característica material do direito em questão.

- Não há superioridade hierárquica devido a não serem, objetivamente, mais próximos da DPH<sup>26</sup>

**Falham as tentativas formalistas**, que procuram localizar a diferença identificatória no facto de serem direitos negativos ou positivos

- Vendo os vários direitos como um todo encontramos direitos negativos e positivos, de conteúdo mais ou menos determinado.

**Falham as tentativas de identificação de uma maior determinabilidade de conteúdo dos DLG**

*A única diferente entre estes Direitos Fundamentais é o facto dos Direitos Sociais estarem financeiramente condicionados e os Direitos de Liberdade serem independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais.*

*É que o referido condicionamento material dos direitos sociais faz deles — sempre — direitos que, na sua dimensão principal, são direitos *sob reserva do possível*, pelo que o correspondente dever jusfundamental que impende sobre o Estado não é, como nos direitos de liberdade, o de garantia da inviolabilidade e possibilidades jurídicas de concretização de um espaço de autodeterminação individual, mas antes o de, tanto quanto *possível*, promover as condições óptimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos.*

No entanto, **vendo os Direitos Fundamentais como um todo há sempre deveres que incumbem ao Estado, não sendo esse um ponto chave para existir uma diferença de regime.**

*Isto significa que temos de tratar diferentes Direitos Fundamentais de diferentes maneiras? E elas mudam consoante a classificação?*

- Ex: se o direito à greve fosse tratado nos DESC em vez de nos DLG seria tratado de forma diferente?<sup>27</sup>

---

3. Expressão da DPH – ao olhar para um DLG consegue identificar-se uma dimensão da DPH.

4. Expressão do estatuto básico da pessoa face ao Estado – algo que numa sociedade como a nossa não pode deixar de ser atribuído aos particulares ante o Estado.

<sup>26</sup> Não se pode dizer que o direito de antena (DLG) está mais próximo da DPH do que o direito à saúde (DESC),

<sup>27</sup> No Brasil a greve está nos DESC

- Ex2: eu trabalho em restaurante onde se fuma e tenho problemas, vou para tribunal. Se indicar que o que foi violado foi o direito à saúde (DESC) o juiz decide de uma forma diferente do que se indicasse que tinha sido violada a minha integridade física (DLG)?
- JRN: se é isto que a CRP quer é totalmente irracional e não faz qualquer sentido nenhum
  - Quanto aos Direitos Sociais, pelo *simples facto de serem Direitos Fundamentais e serem assim qualificados pela Constituição, gozam, no mínimo, de uma proteção jurídica qualificada que resulta, por inerência, da supremacia das normas constitucionais no todo da Ordem Jurídica.*
  - A **intenção constituinte de tratar privilegiadamente os DLG é uma impossibilidade lógica, pois a Constituição não pode dar aos DLG mais proteção material do que a que já lhes é devida pela sua natureza constitucional.**
    - Ou seja, a **proteção material devida a DLG e a DESC tem de ser, no fundo, exatamente a mesma, i.e., a proteção devida pelo facto de constituírem Direitos Fundamentais constitucionalmente consagrados e, logo, impostos normativamente à observância de todos os poderes constituídos.**

*Constitutionalistas antes falavam em hierarquia: DLG > DESC*

- Mas isto pode funcionar?
  - Ex: se direito à greve (DLG) colidir com direito à saúde (DESC) o juiz deve esquecer o caso concreto e somente fundamentar quanto à hierarquia? Até pode decidir que prevalece o direito à greve, mas não pode ser simplesmente por um critério abstrato de hierarquia, tem de se atender ao caso concreto.
  - O que permite resolver o caso é ver na situação concreta qual é mais forte e qual deve prevalecer.

**Ser DLG ou DESC não significa nada.**

- Apenas serve para motivos sistemáticos – de forma a encontrar onde estão os artigos.

A existência do art. 17º torna tudo incerto e sem solução.

*DESC foram sempre considerados como direitos de segunda – atenda-se à jurisprudência anterior.*

- DESC começaram a ser mais levados a sério no período da crise.
- TC teve atitude diferente e considerou que algumas das afetações da crise seriam inconstitucionais.
  - *Mesmo quando o TC dizia que era inconstitucional haver corte numa pensão, nunca disse que era inconstitucional por violação do Direito à pensão e sim por violar o princípio da igualdade, proteção da confiança e etc.*
  - E até disse que o direito à pensão não tinha sido restringido quando houve o corte.
  - *Não é afetação de DESC e sim de princípios constitucionais.*

↓  
JRN: hábito de TC desconsiderar os direitos sociais

A origem desta conceção pode ser o art. 17º.



**Regime Constitucional dos Direitos Sociais e a Pretensa distinção entre regime específico dos DLG e um dos DESC**

- Doutrina unânime costuma distinguir esse dito regime privilegiado em 3 planos

↓  
**A. DIMENSÃO MATERIAL – art. 18º a 22º CRP**

*Contém o principal do regime próprio dos DLG – quanto às restrições de DLG e suspensão do exercício de DLG*

- Quanto ao Regime Material dos DLG dos art. 18º e ss., **apenas condensa-se expressamente, mas nem constitutiva nem exhaustivamente, os princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito em fórmulas lapidares aplicadas às leis restritivas.**
  - Por se tratar de **regime constitucional geral aplicável a todos os Direitos Fundamentais, praticamente todo o pretense regime dos DLG é extensível aos DESC.**

Quanto ao art. 18º CRP:

*As leis restritivas de DLG não podem afetar o seu conteúdo essencial, nem serem retroativas, nem serem excessivas/desproporcionais.*

- **Mas também não podem restringir, retroativamente e de forma desproporcionada, o exercício dos DESC.**
  - E não podem pelo simples facto de que a **proteção destes direitos está prevista em normas constitucionais e de existência de um Estado constitucional de Direito de onde decorrem limites jurídicos vinculativos à atuação dos poderes públicos.**

**Art. 18º/1/1ª parte** – quando o legislador constituinte diz que os preceitos referentes aos DLG são de aplicabilidade direta, tal permite-nos compreender e identificar a diferença de natureza das normas de DLG: **em princípio, e na sua dimensão principal, as normas de DLG têm uma natureza e uma determinabilidade de conteúdo que permitem a sua aplicabilidade direta**

- Ou seja, uma falta de mediação ou concretização legislativa não obsta à efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados suscetíveis de aplicabilidade direta e o poder judicial está obrigado a garanti-los.
- Esta é meramente uma característica intrinsecamente colada à diferente natureza dos DLG e dos DESC, quando tomados nas respetivas dimensões principais, não é um elemento do regime.

**Art. 18º/2/1ª parte** – *pode haver leis restritivas DLG só nos casos que a CRP preveja*

- JRN: este **princípio não é aplicável – é impossível aplicar o princípio de que a CRP, feita em 1976, vai dizer como é que todas as necessidades de delimitação de Direitos Fundamentais vão ser acauteladas.**
  - Esta norma é uma daquelas que só a CRP tem

**Art. 18º/2/2ª parte** – *restrição de DLG só podem ir até onde seja necessário para proteger os bens.*

- Muitas Constituições não têm expressamente consagrado este **Princípio da Proporcionalidade** (Proibição do Excesso) mas aplicam-no, pois tal é um princípio que decorre do Estado de Direito.
- Isto **aplica-se aos DESC – um Estado de Direito não pode restringir o direito à saúde, ao ensino e etc. de forma desproporcionada.**

- As garantias são dadas por normas constitucionais, pelo que o legislador não pode limitar os direitos de forma excessiva.
- Este é um **princípio que se aplica a todos os Direitos Fundamentais, pois todos são direitos constitucionais.**
  - Os princípios que integram o tal regime dos DLG são princípio que se aplicam a todos os Direitos Fundamentais.
  - *Não há nenhum princípio que se aplique a DLG que não se aplique a DESC.*

**Art. 18º/3/última parte** – *DLG podem ser restringidos mas nunca se pode afetar o conteúdo essencial*

- Garantia que é originária da Constituição Alemã e que muitas Constituições consagraram e/ou foi amplamente reconhecido pela doutrina/jurisprudência constitucional – ideia consensual.
- Isto **aplica-se aos DESC – um Estado de Direito não pode fazer uma lei ordinária que afete, limitando, o conteúdo essencial do direito à saúde.**
  - Admitindo essa *situação admitir-se-ia que uma lei ordinária podia alterar o conteúdo essencial de normas constitucionais* – seria admitir que uma lei ordinária estaria ao mesmo nível que as normas constitucionais.

Quanto ao art. 19º/1 CRP:

*Órgãos de soberania não podem suspender o exercício dos DLG.*

- Mas também **não podem suspender o exercício dos DESC.**

**Se CRP quiser suspender o exercício de um DLG só o pode fazer em estado de Sítio ou estado de Emergência** – proteção especial dos DLG

- O direito à saúde, ensino e habitação não é DLG e é DESC.
- *Pode a AR/Governo (órgão de soberania) suspender o exercício do direito à saúde, ensino e habitação durante o próximo ano?*
  - JRN: se Portugal é Estado de Direito, uma norma da constituição não pode ser suspensa a não ser que a própria Constituição permita. A CRP não permite, no art. 19º, a suspensão de DESC.
  - Tratar os DESC como direitos de segunda.

No domínio dos DLG, se uma lei ordinária pode alterá-los, uma revisão constitucional também o pode fazer.

- O que não pode é suprimir.

Da natureza de norma constitucional vem que os **Direitos Fundamentais não podem ser suspensas por lei ordinária, a não ser em Estado de sítio.**

- Isto significa que o **regime dos Direitos Fundamentais é o mesmo quer face a DLG quer face a DESC.**

Jorge Reis Novais: **é absolutamente insustentável que se tenha um regime para os DLG e outro para os DESC.**

- **O regime dos DESC é o mesmo que os DLG pois ambos são Direitos Fundamentais e são garantias constitucionais.**

## **B. DIMENSÃO ORGÂNICA – art. 165º/b CRP**

*Reserva da AR legislar quanto a DLG*

Esta é a **única diferença significativa de regime de proteção dos DLG face aos DESC.**

- A questão é que considerando o extraordinário leque de DLG e considerando a abrangência praticamente ilimitada de alguns direitos integrados neste tipo, podemos dizer que *é praticamente impossível encontrar um diploma governamental que, direta ou indiretamente, não legisle sobre DLG ou, pelo menos, não os afete – daí não ter uma grande expressividade.*

*Como assinalámos, o único critério constitucional operativo para distinguir entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais não é um critério material, atinente à relevância, mas um critério essencialmente estrutural, atinente à diferente determinabilidade de conteúdo e natureza dos deveres estatais da correspondente realização. Porém, um tal critério é completamente inapto, em Estado democrático, para justificar uma repartição de competências legislativas entre Executivo e Parlamento.*

Quando temos **DLG tão amplos, praticamente toda a legislação diz respeito a DLG.**

- Isto permite que os advogados invoquem inconstitucionalidade orgânica – *pois há sempre uma matéria que diz respeito a DLG.*
  - JRN: é mais ou menos uma entorse ao sistema mas que tem implicações práticas – desde que se domine o sistema de fiscalização, pode chegar-se ao TC para fazer prolongar o processo e ver essas inconstitucionalidades orgânicas e não para defender propriamente Direitos Fundamentais

## **C. DIMENSÃO ATINENTE À REVISÃO CONSTITUCIONAL – art. 288/d CRP**

Doutrina entende que o art. 288º/d visa **proteger alterações radicais, globais, violadoras dos princípios estruturantes do Estado de Direito e, essas, afetam potencialmente tanto DLG como DESC, estando sempre vedadas.**

## **INTIMAÇÃO PARA PROTEÇÃO DLG**

*Herança teórica da CRP, à luz do art. 20º CRP*

Não se percebe porque diz somente respeito a DLG, pois a **ideia de hierarquização dentro dos Direitos Fundamentais, com uma pretensa natural superioridade dos DLG e, dentro destes, dos pessoais, é contrária à ideia de Direitos Fundamentais em Estado de Direito.**

- Isso não é possível pois uma hierarquização pressupõe a consideração do direito na sua globalidade e aquilo que acontece na vida todos os dias são conflitos, colisões e limitações, não do direito como um todo, mas de modalidade e dimensões, específicas e parcelares.
- Ex: **greve dos enfermeiros** – por causa disso pessoa não é operada e tem a sua saúde em risco. De acordo com a Ordem Jurídica portuguesa não podia esta pessoa em tribunal, porque não é um DLG e o “direito à saúde” é um DESC. Só podia ir para tribunal

se se dissesse estar a defender o “direito à integridade física”, aí já era possível, pois tal é um DLG.

- JRN: É sempre possível “traduzir” um direito social em direito de liberdade e se, por hipótese, não houver um qualquer outro disponível, há sempre a possibilidade de invocar, sem risco de objeção, o direito ao desenvolvimento da personalidade.
- Ex2: **direito ao trabalho é DESC; direito à greve é DLG** – têm de ter o mesmo significado. Pois é mais importante o direito ao trabalho, porque sem trabalho não se pode fazer greve. É mais próximo da dignidade da pessoa humana o direito ao trabalho do que o direito à greve. Não se pode chegar a outra conclusão do que aplicar aos DESC o mesmo regime dos DLG, que, no fundo, é O regime dos Direitos Fundamentais.

*Esta intimação assenta num critério que não faz sentido.*

- Ao colocar-se o direito na CRP ele é retirado à disponibilidade do poder político – todos os Direitos Fundamentais estão retirados ao poder político.
- Portanto têm que ser considerados de igual forma – também o pressuposto da operatividade de utilização da categoria DLG na justiça administrativa é discutível.

**tiça administrativa.**

**Em nosso entender, esses critérios (fundamentalidade do direito, determinabilidade do seu conteúdo e, conseqüentemente, possibilidade de recurso à justiça administrativa com plena observância da separação de poderes) são, portanto, os únicos que, sob pena de desvirtuamento não racional de um meio processual da maior importância, podem e devem ser utilizados para delimitar o conjunto de direitos susceptíveis de ser defendidos através da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.**

Onde se incluirão os Direitos Sociais.

## Jurisprudência da Crise e Conceção de Direitos Fundamentais

**A justiça constitucional sobre direitos sociais é, entre nós, institucionalmente marcada pelo particular sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído pela CRP 1976.**

**Mas, apesar da configuração constitucional positiva dos Direitos Sociais com uma clara dimensão subjetiva (“todos têm direito a...”), os cidadãos não dispõem de um instrumento adequado de garantia dos correspondentes direitos junto do Tribunal Constitucional.**

- Ausência de recurso de amparo ou de queixa constitucional direta.

**Ao TC não cabe fazer doutrina ou construir uma teoria perfeita, mas, primordialmente, garantir jurisdicionalmente os direitos e comandos constitucionais.**

- Porém, se na fundamentação das suas decisões se embrenha nos domínios da dogmática, então que ela seja tão simples quanto possível, uma dogmática que, tão só, faça jus ao reconhecimento constitucional dos Direitos Sociais na qualidade de Direitos Fundamentais.



- Se os Direitos Sociais são, entre nós, Direitos Fundamentais, *então uma atuação dos poderes públicos que afete negativamente ou desvantajosamente um direito social deve ser simplesmente tratada por aquilo que é, uma restrição a um direito fundamental, e deve ser jurisdicionalmente controlada como tal.*

↓  
Não é assim que o TC tem entendido

DIREITO À PENSÃO – encontra consagração constitucional expressa, direta e específica tanto no direito fundamental à segurança social (art. 63º) como no direito fundamental à segurança económica das pessoas idosas (art. 72º).

- O direito à pensão não se confunde com um vago direito deduzido generosamente a partir do princípio constitucional da socialidade<sup>28</sup>; não se limita a um direito a um mínimo social ou existencial decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.
- **É um direito fundamental.**
  - Como qualquer outro direito fundamental, o direito à pensão pode ser restringido, limitado, afetado desvantajosamente, mas, para o fazer, o **Estado tem que dispor de uma justificação suficientemente forte e indiscutível que obrigue um direito fundamental a ceder e tem, na prossecução desse fim, que observar os princípios constitucionais aplicáveis, incumbindo ao Tribunal Constitucional, através de um controlo intensivo, denso, próprio dos direitos fundamentais, assegurar a tutela jurídico-constitucional do direito e verificar a admissibilidade jurídica de tais limitações.**

**Acórdãos relacionados com a Pensão:** TC 3/2010; TC 353/2012; TC 187/2013; TC 862/2013

- TC desconsidera, quase totalmente, a relevância do facto de estarmos perante restrições a um direito fundamental, **para se centrar, quase exclusivamente, na apreciação da questão da constitucionalidade à luz da eventual violação dos princípios constitucionais estruturantes.**
  - *Apenas se fundou nos princípios estruturais que garantem o direito fundamental* – ele são importantes porque sem eles a garantia dada pelos Direitos Fundamentais era soft.
  - O que confere resistência aos Direitos Fundamentais são os princípios.
    - **Mas uma coisa é utilizar estes princípios para garantir os Direitos Fundamentais, outra é utilizar abusivamente, como fez o TC, e dizer que não estão em causa os Direitos Fundamentais, somente estes princípios.**

---

<sup>28</sup> TC considera que o que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o direito a um certo montante, a título de pensão – este resulta da aplicação de critérios legalmente estabelecidos, mas de valor infraconstitucional.

- Vai na lógica do que o Acórdão TC 396/2011 tinha dito acerca da Remuneração.

É um argumento absurdo.

- Bem constitucionalmente protegido é a pensão, mas a pensão só existe num quantum. Se este último não estiver protegido, a pensão também não o está. Se o quantum da minha pensão for quase-zero, a minha pensão é quase-zero e a quase-zero se reduz o meu direito constitucional à pensão.

JRN: *Fundamentação pôs a nu que se recorre a princípios em vez de Direitos Fundamentais, pois entende-se os DESC como direitos de segunda.*

Gerou crítica (no plano jurídico) que TC estava a tomar decisões de inconstitucionalidade, de importância prática enorme, com base em princípios muito subjetivos, que não são inequívocos maleáveis e com diversos conteúdos.

- Nos votos de vencido dos juizes de TC dizia-se que TC tinha ido longe de mais – TC só devia recorrer a princípios utilizando um Controlo de Evidência; só se podia utilizar princípios quando tal fosse óbvio.

*Faz sentido pretender limitar a fiscalização da constitucionalidade a um controlo de evidência?*

i. Os críticos da jurisprudência da crise clamam que, tendo em conta a importância do que tem sido objeto de fiscalização pelo TC, o **Tribunal deveria restringir a aplicação que faz dos princípios constitucionais aos casos em que a lei é manifestamente inconstitucional, de acordo com uma lógica do Controlo da Evidência.**

- Como as inconstitucionalidades não eram manifestas, não poderiam ter sido declaradas com base nos princípios se o TC atende-se a um mero Controlo de Evidência.

JRN: não faz sentido.

**A lei só é evidentemente/manifestamente inconstitucional naqueles casos que, muito raramente tendo em conta termos um legislador parlamentar democrático, há arbitrariedade ou qualquer racionalidade da lei.**

- Então, não sendo a lei arbitrária ou irracional, basta que surja algum tipo de controvérsia de não unanimidade para a inconstitucionalidade não poder ser considerada evidente.
  - Se em 13 juizes há 1 para quem a lei não inconstitucional, então já não poderá dizer-se que é inconstitucional, pois não há o Controlo de Evidência.

Isto é assim pois **todas as questões complexas de Direitos Fundamentais são resolvidas através de princípios, nas quais não há unanimidade (nunca há essa evidência exigida).**

- Isto é assim em todos os Estados de Direito.
- Ex: nos EUA, quando o Supremo permitiu casamento entre pessoas do mesmo sexo foi com grande divisão dentro do próprio tribunal – não era algo evidente para todos.
- Para o que uma pessoa é algo que decorre da DPH, para outra é algo que viola DPH.
- *Quando a questão é difícil nunca há unanimidade e o que tem de ser feito é uma boa fundamentação.*

○ Pretensão que só se possa recorrer a princípios fazendo um controlo de evidência é o mesmo que dizer que os princípios não servem para nada – se só serviriam para questões óbvias, então não se chegava ao TC; pois só chega ao TC o que tem divergência (não havendo, portanto, evidência na utilização de princípios).

**Optar por um Controlo de Evidência é, na prática, equivalente a não declarar a inconstitucionalidade da lei em causa.**

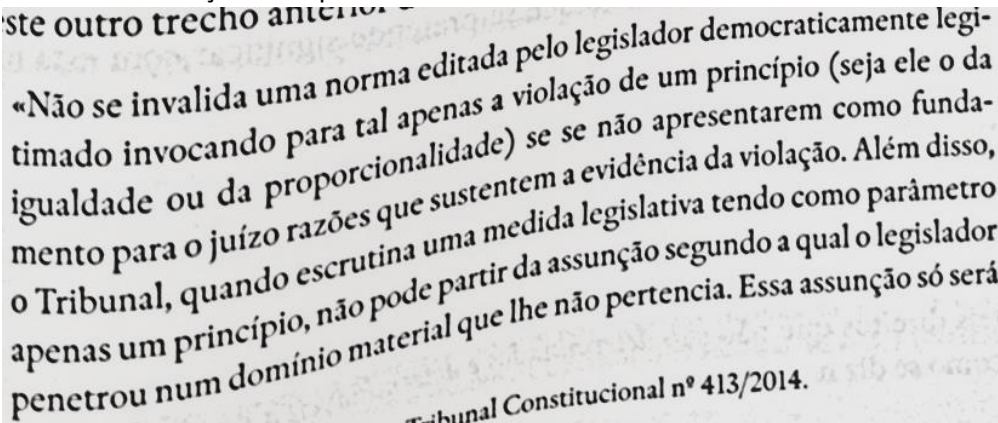
- Ou seja, nestas matérias da jurisprudência da crise é dizer que o legislador devia dispor de uma margem total de livre decisão que o TC não deveria ter questionado.

**Não faria qualquer sentido propor a aplicação de um mero controlo de evidência quando está em causa a lesão de um direito fundamental.**

- Muito menos propor-se-ia um mero controlo de evidência quando a lesão desse direito fundamental fosse séria, significativa e grave.
- Não faz sentido sustentar-se que uma lesão séria de um direito fundamental constitucional deva ser sujeita a um mero controlo de evidência, pois *isso dá margem de livre e integral decisão ao legislador, o que seria contrário à própria ideia de Constituição.*

Maria Lúcia Amaral: em domínio de direitos fundamentais o controlo de constitucionalidade feito pelo TC não pode ser um controlo de evidência; só pode haver um controlo de intensidade mínima nas situações em que não se afete um direito fundamental.

ste outro trecho anterior



«Não se invalida uma norma editada pelo legislador democraticamente legitimado invocando para tal apenas a violação de um princípio (seja ele o da igualdade ou da proporcionalidade) se se não apresentarem como fundamento para o juízo razões que sustentem a evidência da violação. Além disso, o Tribunal, quando escrutina uma medida legislativa tendo como parâmetro apenas um princípio, não pode partir da assunção segundo a qual o legislador penetrou num domínio material que lhe não pertencia. Essa assunção só será

Tribunal Constitucional nº 413/2014.

i.e. **tratando-se de um direito constitucional das pessoas, o legislador entra em domínio material que lhe não pertence, que não se encontra à sua disposição, pelo que aí, o controlo judicial a exercer pelo TC já não será de mera evidência.**

JRN concorda até aqui mas depois a posição de Maria Lúcia Amaral passa a juntar-se à dos críticos, com discordância de JRN, ao dizer que tal raciocínio não é válido para todos os Direitos Fundamentais, ou seja, só seria válido para um “direito das pessoas que seja determinado e determinável a nível constitucional” – só é válido para DLG e não DESC.

Para os críticos, **os Direitos Sociais não são verdadeiros Direitos Fundamentais, por isso deviam ser objeto de um mero controlo de evidência.**

- *Os DLG são entendidos como direitos resistentes à lei* – o legislador tem de invocar motivo forte para a restrição e o TC controla os objetivos, justificações, medida, alcance e forma de atuação do legislador.
- *Os DESC não são entendidos como resistentes à lei* – o legislador pode fazer o que quiser, desde que não seja puramente arbitrário e irracional e o TC não tem de controlar de forma rigorosa a constitucionalidade.

**JRN: isto é totalmente indefensável**

- *Todas as normas constitucionais prevalecem sobre a lei* – são resistentes ao legislador; se a lei as atacar, elas resistem.

- TC exerce um **controlo de intensidade máxima pois não faria sentido não reservar essa intensidade máxima de controlo para a proteção dos bens que a própria Constituição qualifica de fundamentais**, através dos Direitos Fundamentais.

ii. Quanto à **importância do bem**, a utilização de princípios pelo Tribunal pode ser feita de forma densa ou menos densa, i.e., **mais exigente ou mais condescendente na aplicação dos princípios do que o legislador**.

- O que acaba por decidir o sentido das decisões do tribunal é o grau de exigência que colocam na questão.
- *Mas esse grau de exigência, depende do grau de dificuldade de matéria e deve ser tanto maior quanto mais a questão é importante para a vida das pessoas.*

Numa questão de Direitos Fundamentais quem tem de ter a última palavra é o TC – **quanto mais grave for a afetação do direito fundamental e o interesse protegido por esse Direito, mais importante é ele intervir de forma exigente para o assegurar** (não podendo dar a última palavra ao legislador).

- *Quanto mais importante ou sensível for o bem constitucional lesado com a atuação do legislador e quanto mais intensa for essa lesão, mais denso, rigoroso e exigente deve ser o controlo do TC.*
  - Não faria sentido fazer ao legislador as mesmas exigências de justificação da sua medida quando o que está em causa é uma bagatela jurídica.
  - O controlo da atuação do legislador é mais intenso quando está em causa algo que afeta seriamente a vida das pessoas.

Ora, se o TC começa por dizer que isto não é uma restrição a Direitos Fundamentais então não deve ter uma atitude exigente – e o Tribunal teve essa atitude exigente.

- TC só o poderia fazer se comesse por admitir que era uma restrição a Direitos Fundamentais.
- Não se pode utilizar o princípio da igualdade e da proporcionalidade com esta exigência se não se estivesse num domínio de restrição aos Direitos Fundamentais.

iii. Conclusão: **TC não dizia que era um problema de Direitos Fundamentais mas não deixava a última palavra ao legislador.**

**TC foi contraditório:**

- na prática faz, em geral, um **controlo intensivo das agressões legislativas aos direitos sociais, mas procede a esse tipo de controlo ao mesmo tempo que rejeita a natureza jusfundamental destes direitos**.
  - Ou seja, na sua jurisprudência mais recente, que não na história do Tribunal Constitucional, há, na prática, uma *intenção clara de defesa dos direitos sociais, mas essa intenção é traída quando o Tribunal o pretende fazer recorrendo ao arsenal teórico da doutrina tradicional portuguesa dos direitos fundamentais*.
  - Então, no espaço aberto por tal contradição, o Tribunal Constitucional acaba por dar involuntariamente alento teórico ao criticismo assente na acusação infundada de ativismo judicial.

Tendo o Tribunal Constitucional **prescindido**, à partida, de um **enquadramento jusfundamental das restrições legislativas ao direito à pensão, deixa sem sustento teórico a utilização concreta, por vezes intensiva, que faz dos princípios constitucionais estruturantes.**

- Assim, mesmo quando os resultados práticos das suas decisões são conformes à necessária consideração do direito à pensão como direito fundamental, a fundamentação é contraditória, determinando, em grande medida, um elevado grau de imprevisibilidade nas futuras decisões.

Em todo o caso, a eventual restrição de direitos consolidados justificada por razões extremas<sup>29</sup> devidamente escrutinadas tem de passar por um controlo judicial intensivo do respeito dos princípios constitucionais estruturantes, como a igualdade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a proteção da confiança legítima.

- No caso específico do direito à pensão, não seriam, ainda assim, admissíveis restrições daqueles direitos efetuadas sem consideração da situação particular dos pensionistas atingidos, do montante da pensão e responsabilidades familiares, das diferenças de carreiras contributivas, do montante das contribuições e eventual existência da sua manipulação durante a vida ativa.

## Doutrina Tradicional e Direitos Sociais

Doutrina avança que os *DESC têm uma natureza enfraquecida face aos DLG*

4 objeções a considerar DESC como verdadeiros Direitos Fundamentais:

1. Não são direitos universais
2. São direitos positivos
3. Direitos como tendo um conteúdo indeterminado
4. DESC estão sujeitos a uma Reserva do Financeiramente Possível

JRN: estes argumentos são afirmados como razões suficientes para se fazer uma distinção entre os diversos Direitos Fundamentais.

### 1. UNIVERSALIDADE

*“Os Direitos Fundamentais só seriam necessários para aqueles que necessitassem de apoio do Estado – seriam apenas direitos de alguns, dos mais pobres e mais necessitados”*

- Uma atribuição reservada dos Direitos Sociais só aos mais carenciados ilustraria a sua natureza não jusfundamental, já que, em obediência ao princípio da igual DPH e ao princípio da universalidade dele decorrente, os Direitos Fundamentais se caracterizariam, ao invés, por serem direitos de todos.
- **Vieira de Andrade:** os direitos sociais, enquanto direitos específicos não são direitos de todas as pessoas, mas das que precisam, na medida da necessidade.

JRN: **o facto de os Direitos Fundamentais serem direitos universais de todos** (decorrendo tal do princípio da DPH e da igualdade, mas, também, por imposição constitucional do art. 12º

---

<sup>29</sup> Razões financeiras podem constituir fundamento para a afetação de certos direitos e podem excecionalmente justificar a própria afetação de direitos subjetivos fundamentais consolidados. Não pode é, por si só, a simples invocação do moto da sustentabilidade e da justiça intergeracional constituir fundamento bastante para a restrição desses direitos.

CRP<sup>30</sup>), **não significa que todas as pessoas, em quaisquer circunstâncias e quaisquer que sejam os seus atributos e recursos possam exercer, sempre, todos os Direitos Fundamentais, e sejam titulares dos direitos subjetivos que deles decorrem.**

- *Ser universal significa a possibilidade jurídica de qualquer cidadão exercer um qualquer direito fundamental desde que se encontre na situação descrita na respetiva previsão normativa.*
- Ex: todos têm direito à greve, mas se eu não for trabalhador por conta de outrem não o posso exercer; se noutra circunstância da minha vida adquirir essa qualidade, posso exercer o direito.
- Ex2: os direitos do arguido são de todos, mas, só serão aplicáveis a quem, no decurso da sua vida, for constituído arguido.
- Ex3: direito à saúde – lá por nunca ter ido ao hospital não significa que não tenha direito a ir.
- Ex4: direito ao ensino – filho de milionário tem direito ao ensino. Mesmo que não precise do apoio do Estado, pode aceder ao ensino público

*O mesmo acontece com os Direitos Sociais – são direitos de todos, mas, os respetivos deveres de prestação estatal só surgem relativamente a alguém que se encontre abrangido pela respetiva previsão normativa.*

**Todos têm direito ao bem-estar e ao acesso aos bens protegidos pelos direitos sociais – são direitos de todos e universais.**

- *Simplemente, como as condições próprias, as capacidades próprias, os recursos próprios, as opções pessoais, que o Estado deve respeitar, e as responsabilidades de cada um são diversas, assim os deveres estatais de proteção e, sobretudo, de promoção (deveres de ajuda), são distintos, seja em função daquela diversidade, seja em função dos próprios recursos e disponibilidades do Estado, seja dependendo de como os titulares do poder político avaliam, na sua margem de apreciação legítima, uma e outra diversidade, a das condições próprias diferentes dos particulares e a dos recursos e disponibilidades estatais.*

*Temos um Estado de Direito que desmercantiliza e assegura a universalidade de acesso nas mais importantes áreas de garantia de uma vida digna*

- *Um Estado em que o acesso às prestações sociais é visto como direito fundamental e não como pura mercadoria ou como resultado da beneficência discricionária que etigmatiza quem a ela acede na qualidade de esmola recebida do Estado ou de outras instituições subsidiadas por este.*

**Os Direitos Sociais são direitos universais, na mesma e exata medida em que o são igualmente os Direitos de Liberdade,** embora, e tal sucede relativamente a qualquer direito fundamental, as possibilidades do seu exercício ou de algumas das suas dimensões possam ser condicionadas pelo preenchimento de requisitos específicos atinentes a circunstâncias, mas também à integração dos seus titulares em determinadas categorias ou à presença de atributos e qualidades particulares.

---

<sup>30</sup> A partir do momento que são direitos constitucionais, todos têm titularidade a eles e podem ser exercidos por todos, dependendo das circunstâncias.

## 2. DIREITOS POSITIVOS

Os *Direitos Fundamentais tradicionais* são estruturalmente considerados como *direitos negativos*, em que aquilo que o particular tem direito é uma omissão, uma *abstenção de atuação por parte do Estado*.

Os *Direitos Sociais*, enquanto *direitos a uma prestação fáctica* são *direitos positivos* pois pressupõe uma *atuação estatal positiva*.

“Direitos Positivos são mais fracos, em termos jurídicos, que os direitos negativos”

- JRN: sim. **O direito negativo é juridicamente mais forte que um direito positivo.**

Se o **Estado pode observar ao mesmo tempo um número ilimitado de direitos negativos** – tudo o que necessita de fazer para respeitar tais direitos é nada fazer, abster-se de intervir.

**Já não haverá nenhum Estado, mesmo independentemente das disponibilidades financeiras, que consiga fazer o mesmo relativamente aos direitos positivos.**

- De facto, mesmo que o Estado disponha do objeto da prestação em causa, a capacidade objetiva de prestar, de *atuar positivamente*, é *sempre finita e limitada, pelo menos num dado tempo, o que implica estabelecer prioridades de realização, fazer escolhas, graduar a realização no tempo* – o que implica, conseqüentemente, divergências sobre a justiça e a correção dessas escolhas.
  - Logo, há, por razões lógicas objetivas de impossibilidade de prestação ilimitada, um **enfraquecimento ou complexificação da exigibilidade jurídica de prestações positivas e do respetivo controlo judicial quando comparadas com o que ocorre relativamente aos direitos negativos.**

Outra questão é quando se trata de **determinar a existência de uma violação a um direito, são essencialmente distintas as margens de objetividade em ambos os casos.**

- Se o Estado está juridicamente vinculado a abster-se de intervir, se o que se **exige é omissão do Estado (nos direitos negativos), então há inevitavelmente violação (ou restrição) quando o Estado atua.**
  - Verificada a violação ela atalha-se, pura e simplesmente, anulando o ato do Estado, repondo a situação de abstenção, de omissão, reconstruindo o status de liberdade natural anterior ao ato.
    - Juiz basta considerar o ato nulo e a integridade da Ordem Jurídica é reposta.
    - Cabe ao juiz repor a Ordem Jurídica e expurgar a sua violação.
- Nos **direitos positivos**, quando se pede que o Estado atue e faça alguma coisa, **só podemos determinar objetivamente uma violação se o ato devido for indiscutivelmente configurado como preciso, concreto, único e de realização exigível num tempo delimitado.** Se não for assim, e na maior parte dos casos não é, não é possível determinar um único ato constitucionalmente devido num determinado tempo e já dificilmente se consegue demonstrar, recorrendo a critérios jurídicos, se a não atuação do Estado é inconstitucional.
  - Levantam-se também dúvidas sobre quando deve o Estado estar obrigado a atuar e o que deve fazer, em específico, para suprir a omissão.
  - A aptidão de um juiz avaliar estas escolhas e substituir-se ao Estado é discutível e controverso – as margens de controlo judicial de um direito positivo são sempre muito mais incertas.

- O estabelecer duma ordem de prioridades levanta problemas de separação de poderes de saber quem é que tem competência de decidir essas prioridades.
- O controlo judicial sobre a eventual omissão dos poderes públicos é mais contido – não é a mesma coisa que um controlo judicial sobre o incumprimento de um direito negativo. Lógica de definir prioridades e não poder fazer tudo ao mesmo tempo enfraquece o controlo judicial da observância dos direitos positivos.
- Se o que se exige é que se fizesse e não se fez, raramente há só uma única forma de o fazer (há uma grande margem de opções). Quando juiz considera que a omissão é inconstitucional, então a forma de a suprir não se satisfaz com a decisão judicial. Há várias possibilidades de atuação e não é ao juiz que cabe praticar esses atos e sim outros poderes públicos.

Ou seja, **é mais fácil o juiz controlar um ato** – ver se é inconstitucional ou não – **do que um controlo de um não ato**. *Quando se invoca violação dos direitos positivos estamos a pedir o controlo de um não ato – Estado devia ter feito algo e não fez – controlo de uma omissão.*

- **É mais fácil controlar o ato do que uma omissão**, em que há um vazio que pode ser definido de várias formas.
- **É mais fácil nos direitos negativos** – pede-se que não se faça nada e o Estado faz, é mais fácil ver essa ação (do que a omissão) que viola o direito negativo.

UM DIREITO NEGATIVO É MAIS FORTE E UM DIREITO POSITIVO É MAIS FRACO.

**Isto não pode ser um obstáculo à jusfundamentalização dos Direitos Sociais.**

- *Não há correspondência linear e integral entre direito social e direito positivo.*
  - Cada direito fundamental visto como um todo contém tanto direitos negativos como direitos positivos.
  - Ex: direito à vida. Pode ser negativo – Estado não pode atentar contra a vida. Pode ser positivo – se cidadão ameaça outro o Estado tem que proteger a vida do ameaçado.
  - Seja DLG, seja DESC, há sempre estas duas dimensões de positivo e negativo, quando vistos como um todo.
  - Ex: direito à saúde. Pode ser negativo – exigir que cidadão não fume ao meu lado no café. Pode ser positivo – exigir ao legislador que impeça que fumem ao meu lado no café.

Os **DLG também podem ser encarados como direitos positivos** – pede-se do Estado a realização de atuações e prestações positivas, sem as quais ou não pode exercer-se ou não há uma garantia efetiva dos DLG. Ex: não é possível exercer o direito de voto sem a organização jurídica, material e institucional de todo o processo eleitoral.

Os **DESC também podem ser encarados como direitos negativos** – nesse âmbito dos Direitos Sociais também se pode deduzir obrigações estatais de omissão. Ex: proteção da saúde exige do Estado a obrigação de não atentar contra a saúde dos particulares ou contra o acesso aos cuidados de saúde.



*Mas os DESC têm sobretudo uma dimensão positiva? Essa é a sua dimensão principal?*

JRN: pode ser assim ou não

- Quando estamos num Estado em que as garantias de carácter social estão quase reduzidas a zero, então aí a dimensão principal é a dimensão positiva.
- Mas hoje, na Europa, no âmbito dos direitos sociais o que se pede é que o Estado não intervenha – direitos negativos.
  - **A jurisprudência da crise mostra que os DESC foram encarados como direitos negativos pois o que se pretendia era que Estado se abstivesse de intervir nos Direitos Sociais.**
    - Quando Estado tem certo nível de realização os DESC surgem na sua dimensão negativa.
    - A partir do momento em que um direito positivo é realizado, ele funciona também como um direito negativo no sentido de que ele não deve ser posto em causa. Ex: Estado dá pensão (**realiza direito positivo**). A partir daí o que a pessoa quer é que Estado não intervenha nessa pensão atribuída (**funciona direito negativo**).
    - À medida em que as práticas do Estado de Direito se institucionalizam, também quanto aos DLG há direitos positivos.
    - Os direitos de liberdade nos Estados pouco desenvolvidos surgem como negativos
    - Nos Estados desenvolvidos surgem muito como direitos positivos.

É verdade que o direito positivo é mais fraco, mas em nada os DESC se distinguem dos DLG pois nem sempre os DESC são direitos positivos e os DLG negativo.

*A diferença é fraca e meramente gradual – tudo depende da perspectiva sob que forem tratados.*

Podemos considerar o direito à vida como um direito de liberdade, mas, por exemplo, o direito à protecção da vida nele integrável é, sobretudo, um direito positivo: ele exige que o Estado desenvolva todo um conjunto de actuações normativas ou fácticas, jurídicas ou materiais, com vista à protecção da vida. O direito à vida como um todo integra direitos ou pretensões negativas, mas também direitos ou pretensões positivas. Da mesma forma, podemos considerar o direito ao trabalho como um direito social, mas, por exemplo, entre nós, o direito ao trabalho integra o direito constitucional a não ser despedido sem justa causa, o que determina, desde logo, uma pretensão ou um direito negativo a que o Estado não emita normas laborais que anulem esse direito. Nesse sentido, o direito ao trabalho integra pretensões ou direitos positivos, mas também negativos.

Se o Estado já garante um determinado nível de acesso a bens jusfundamentais sociais, então os particulares, que têm já o direito a tais prestações estatais, são, por esse facto, também titulares de direitos sociais negativos, de defesa, contra eventuais ações estatais que afetem, diminuam ou até suprimam um tal acesso.

**Não é a classificação do direito (de liberdade ou social) que releva. Nem é a natureza estrutural do direito em causa, como direito positivo ou negativo.**

- O que *mais releva*, em última análise, é a NATUREZA DO DEVER ESTATAL CORRELATIVO DO DIREITO EM QUESTÃO.
  - Tratando-se de um **dever estatal de Respeito do direito fundamental**, as **possibilidades de controlo judicial são plenas**: o direito estará, em princípio, sujeito a uma reserva geral de ponderação e o juiz é plenamente competente para fazer o respetivo controlo.
  - Tratando-se de um direito que exija da parte do Estado um **dever de Proteção ou Promoção**, seja na sua dimensão positiva ou negativa, as **margens de controlo judicial reduzem-se à medida das possibilidades de ativação de uma reserva do politicamente oportuno**, que em Estado de Direito democrático dá aos poderes públicos democraticamente legitimados para tal, uma margem de escolha entre as várias possíveis. Há uma atenuação na densidade do direito.

#### CONSTITUÍMOS NOSSOS CONHECIMENTOS:

Diferentemente, nos países desenvolvidos, onde, curiosamente, os novos tempos de crise de um Estado social aparentemente consolidado revitalizaram a importância dogmática, no domínio dos direitos sociais, da sua dimensão negativa, ou seja, da *defesa* das prestações existentes face às propostas da sua reforma, diminuição ou eliminação, aí o espaço e a justificação para uma dogmática unitária de direitos fundamentais, incluindo direitos de liberdade e direitos sociais, são muito maiores, já que os direitos sociais tendem a ganhar maior relevância no que respeita à sua dimensão negativa, de defesa ou manutenção do outrora já adquirido e, logo, a consistência jurídica das pretensões associadas à garantia dos direitos sociais aproxima-se da que se encontra tradicionalmente associada aos direitos de liberdade.

Curiosamente, no plano geral, de confluência das dinâmicas política e jurídica, a convergência/divergência (respectivamente nos países mais e menos desenvolvidos) entre os dois tipos de direitos é estimulada já que, no que se refere aos direitos de liberdade, a evolução, tónica e dinâmicas são precisamente o negativo da *imagem* dos direitos sociais. Nos países menos desenvolvidos, em princípio com Estados de Direito e democracias em construção, é a dimensão negativa dos direitos de liberdade que adquire primazia, enquanto que nos Estados de Direito mais consolidados, garantida já, pelo menos tendencialmente e em princípio, a dimensão negativa das liberdades, é a sua dimensão positiva que adquire maior importância relativa enquanto necessidade de aprimoramento da efectividade real dos direitos de liberdade.

### 3. INDETERMINABILIDADE

*“A simples leitura da norma constitucional não esclarece sobre o conteúdo do direito.”*

- Olhando para a CRP não há determinação.

- A pergunta é o que é que se pode exigir do Estado com base no está escrito na CRP. Qual o direito que surge efetivamente da norma constitucional.

**Direitos Sociais, enquanto direitos constitucionais são caracterizados por uma indeterminabilidade congénita** que, por sua vez, tomada em conjunto com as outras objeções, determinaria a impossibilidade de lhes reconhecer, pelo menos no plano constitucional, uma vinculatividade jurídica plena.

**Não é possível**, recorrendo aos meios de interpretação jurídica, **delimitar a partir das normas constitucionais de direitos sociais um conteúdo suficientemente preciso que permita concluir qual a prestação ou dever a que o Estado está juridicamente obrigado** e, nesse sentido, que permita, por outro lado, a concretização do respetivo conteúdo normativo em pretensões ou direitos individuais a exigir uma determinada prestação do Estado.

- *Daqui resultaria a inviabilidade de consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais, juridicamente vinculativos.*

**Isto leva a que a determinação das prestações juridicamente devidas venham a ser realizadas num plano infraconstitucional**, pelo legislador ordinário.

- É ao legislador ordinário que cabe, em função das disponibilidades financeiras e das margens de avaliação e opção políticas decorrentes do princípio democrático, determinar específica e concretamente no domínio de cada direito social, o que fica o Estado juridicamente obrigado a fazer e o que pode o particular exigir judicialmente.
- Mas se é assim, **tendo determinabilidade e conteúdo através da legislação ordinária**, é uma criação infraconstitucional, da responsabilidade do legislador e na sua disponibilidade.
- Assim **não é um direito constitucional, nem fundamental**.

*A falta de determinabilidade constitucional conteúdo dos Direitos Sociais priva-os da qualificação como Direitos Fundamentais.*

JRN: isto não é assim

A falta de determinabilidade constitucional dos direitos sociais **não é um lacuna e está estrita e diretamente relacionada com a natureza deste tipo de direitos e com a sua dependência de fatores mutáveis que o Estado não controla, como a disponibilidade financeira**.

- Seria inoperável a determinação excessiva e concreta do conteúdo dos direitos sociais.
- A indeterminabilidade destes direitos apoia-se na natureza das coisas.
- A fórmula é sempre lapidar/sintética – em todas as Constituições é assim e faz sentido ser assim.
  - Só há raros casos em que a Constituição precisa especificamente o conteúdo da garantia, quando se mostra necessário. Ex: art. 24º/2

*É verdade que ao olharmos para os DLG, da leitura da norma constitucional, podemos saber em que se traduz esse direito com uma amplitude razoável.*

- Pode haver dificuldades, em zonas de fronteira, mas há uma grande área em que sabemos o que é que a garantia constitucional significa.
- Alcançamos mais da leitura das normas constitucionais dos DLG do que os DESC.
  - Mas há grandes questões que só são esclarecidas após a intervenção do legislador através da lei ordinária.

- Aí ficamos a saber em que consiste o direito que está na CRP – após a validação do TC da lei (ou não invalidação).

**E não são só os DESC que têm pouca determinabilidade constitucional, também os DLG assim se estruturam.**

- Ambos têm fórmulas de onde não é possível retirar um conteúdo preciso em termos de pretensão judiciável.
- A indeterminabilidade dos direitos sociais não **deriva só da indeterminabilidade semântica – também presente nos direitos de liberdade – mas de uma causa específica que advém da reserva do possível** e que inibe os operadores jurídicos de chegarem ao conteúdo do direito recorrendo unicamente a critérios jurídicos de interpretação da norma constitucional.

**A indeterminação do conteúdo do direito social é superável, no tempo, através da correspondente atuação do legislador ordinário.**

- A partir do momento em que o legislador ordinário fixa, com elevado grau de precisão e certeza – até por razões de igualdade e de segurança jurídicas – o *conteúdo do direito exigível do Estado, o direito social adquire na ordem jurídica um grau pleno de definitividade e densidade, de resto bastante superiores aos que apresenta, em geral, a conformação legal dos direitos de liberdade.*

---

Assim, os direitos de liberdade, apesar de terem um conteúdo constitucionalmente determinado ou determinável, apresentam, no plano logicamente posterior de verificação de uma sua eventual lesão, uma significativa dependência das circunstâncias do caso concreto e, portanto, impõem ao legislador uma contenção de concretização que objectivamente o limita à fixação de um quadro suficientemente aberto à posterior intervenção decisória de administração e tribunais. Paradoxalmente, os direitos sociais, à partida indeterminados no plano constitucional, adquirem, através da intervenção do legislador, uma rigidez e determinação que, imediatamente a partir dessa conformação legal, permitem configurá-los como direitos *definitivos*.

JRN: a distinção entre Norma Programática, Norma Perceptiva e etc. é discussão dos anos 70 e hoje em dia não faz sentido – desde essa altura, o legislador tem feito leis ordinárias que dizem em que é se traduzem os direitos.

- Já não temos dúvidas o que significa o direito à vida, em relação à criminalização do aborto; em relação ao que significa o direito ao casamento – nos anos 70 aceita-se pacificamente que o que era “casamento” era o que estava no CC, hoje em dia isso foi sendo discutido<sup>31</sup>.

Aquilo que o **legislador faz de materialmente relevante na concretização dos direitos fundamentais** (conformando, regulamentando, delimitando, condicionando e restringindo),

---

<sup>31</sup> O TC disse que cabia ao legislador. A norma da CRP não foi alterada mas o direito em que o casamento se traduz foi alterado pelo legislador ordinário.

- Mudou a conceção de casamento no plano legislativo, que é comportado pela CRP – ou seja, foi conformado pelo legislador e continua a ser Direito Fundamental.

**sejam eles DLG ou DESC, diz respeito ao direito fundamental e integra o respetivo conteúdo, ou seja, *integra a norma de direito fundamental*.**

CRP diz que temos direitos, mas como o conteúdo não fica claro, é o legislador que vai densificar.

- Legislador faz lei com valor infra-constitucional, portanto pode ser alterada por maiorias conjunturais – fica na disponibilidade do legislador.
- Mas se está na disponibilidade da maioria democrática então não é um direito fundamental, pois esses estão fora da disponibilidade do legislador.
- Podendo o legislador alterar a norma ordinária então tal está no domínio da maioria e não é direito fundamental.

Isto é o que a doutrina entende face aos DESC.

JRN: *mas isto parte de um pressuposto errado.*

- O conteúdo dos DESC é concretizado pela lei mas o conteúdo dos DLG também.
  - O conteúdo que resulta da norma constitucional tem desenvolvimento pela lei ordinária – como no caso do casamento (DLG).
  - Ora, se se aceita isso para os DLG tem de se aceitar quanto aos DESC.
  - **Não deixa de ser direito fundamental por legislador lhe ter dado o conteúdo.**

**Só deixaria de ser direito fundamental se legislador pudesse fazer o que quisesse quanto ao conteúdo do direito – e não é assim**, pois como é uma lei a concretizar direito fundamental, temos sempre de verificar se essa lei respeita os Direitos Fundamentais.

- *Legislador aprova lei ordinária e tal é sindicado pelo TC.*

Isto passa-se exatamente da mesma maneira quanto aos DESC.

**Normas ordinárias densificam direito fundamental e quando se mexe num direito fundamental temos de verificar se tal respeita os direitos constitucionalmente consagrados – TC tem de se pronunciar se tal é constitucional (respeita DF) ou não.**

**Tanto os DLG como os DESC têm uma zona cujo conteúdo tem de ser densificado pelo legislador.**

- Hoje todos os DESC estão conformados pelo legislador – por isso os DESC têm conteúdo muito mais determinado que os DLG.
- **O conteúdo resulta da norma constitucional e da norma ordinária.**

Os Direitos Sociais são Direitos Fundamentais de conteúdo, em grande medida, *indeterminado no plano constitucional, mas determinável através da atuação conformadora e concretizadora do legislador ordinário.*

- Na medida em que cumram e enquanto cumram essa função de realização dos direitos constitucionais sociais, os direitos a prestações derivados de criação legal são direitos fundamentais, ou, mais rigorosamente, são faculdades, pretensões ou direitos particulares integráveis no direito fundamental como um todo, ou seja, o direito fundamental tem como referência normativa a disposição constitucional consagradora do direito social.

**Todos os Direitos Fundamentais estão dependentes de alguma conformação legal, sem a qual têm uma efetividade mais débil.**

- No mínimo, o grau de certeza de qualquer direito fundamental aumenta através da lei ordinária conformadora e aumentam, conseqüentemente, as respetivas justiciabilidade e efetividade.

**De facto, as disposições constitucionais sobre liberdade de religião ou direito de manifestação permitem-nos, através de uma interpretação adequada, saber o que está, pelo menos *prima facie*, contido ou excluído dos correspondentes direitos fundamentais. Assim, independentemente de haver ou não lei ordinária posterior, os direitos fundamentais em questão são directamente aplicáveis a partir das normas constitucionais.**

**Mas, quando posteriormente a lei ordinária, desenvolvendo ou restringindo os direitos fundamentais em causa, os acomoda na ordem jurídica, preenchendo os quadros constitucionais, consubstancializando o respectivo conteúdo, criando as condições jurídicas do seu exercício efectivo, esclarecendo o que está ou não neles definitivamente contido ou excluído, fazendo-os eventualmente ceder perante outros princípios ou valores, habilitando a administração ou os tribunais a decidirem acerca dessa eventual cedência e orientando materialmente os juízos de ponderação correspondentes, essa lei ordinária é também norma de garantia do direito fundamental, é norma de direito fundamental, é direito fundamental.**

*Legislador está submetido à Constituição e juridicamente vinculado à observância dos Direitos Fundamentais e as suas decisões só valem à medida e em conformidade aos Direitos Fundamentais constitucionalmente estabelecidos – sujeitos a um escrutínio de constitucionalidade.*

- **As normas ordinárias que integram a norma de direito fundamental possuem alcance material de dignidade jusfundamental e estão sujeitas a fiscalização da constitucionalidade.**

#### 4. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

Argumento mais comum e vulgarizado contra a relevância jusfundamental dos Direitos Sociais.

*“Por natureza os Direitos Sociais traduzem-se em prestações de natureza fáctica que se consubstanciam num custo financeiro – para realizar os Direitos Sociais é preciso que os poderes públicos gastem dinheiro para realizar esses direitos (tem custos financeiros)”*

- **Elemento essencial da definição estrutural e material dos direitos sociais é o facto de incluírem, verificadas as condições de carência material pessoa, a imposição ao Estado de uma prestação fáctica que tem custos financeiros.**

- O acesso individual ao bem que constitui o objeto de proteção de direitos sociais é sempre realizável em prestação financeira ou contabilizável<sup>32</sup> num custo financeiro<sup>33</sup>.

Na situação de **Escassez Moderada** (Rawls) de recursos do Estado atual, o reconhecimento de um **direito social é um dever jurídico facticamente dependente da capacidade de pagamento do respetivo custo**, pelo que, em consequência, a **exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades**.

*TC Alemão<sup>34</sup> cunhou a expressão da Reserva do Possível que afetava os direitos sociais e os limitava àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade.*

- Atendia-se ao caso concreto – razoabilidade derivada da relação entre necessidades e possibilidades de prestação na situação concreta e as características particulares do titular do direito.

*Em que é que os gastos financeiros afetam a característica jusfundamental do direito?*  
No sentido de quem decide como alocar dinheiro a despesas é o legislador.

**A reserva do possível implica escolhas e opções políticas de distribuição de meios.**

- Na prática há sempre dinheiro, ou algum dinheiro, para realizar a prestação, mas, simultaneamente, há também sempre várias possibilidades de escolha do destino a que se afetam os recursos disponíveis.

As **opções de distribuição orçamental competem, em Estado de Direito, ao legislador democrático**, i.e., à decisão política da maioria perante a qual se pretende fazer valer juridicamente o direito, *o alcance jusfundamental efetivo dos direitos sociais resulta substancialmente afetado*.

- Isso levava a que se considerasse que, de forma diferente do que ocorre com a generalidade dos Direitos Fundamentais, a **última palavra sobre direitos sociais não seria do juiz, mas sim do legislador**

Argumentos contrapostos à objeção do caráter jusfundamental dos direitos sociais fundada na reserva do possível

### **1. A existência de custos seria comum a direitos de liberdade e direitos sociais (Holmes/Sunstein)**

O **condicionamento económico e financeiro**, que realmente existe, não é exclusivo dos direitos sociais, mas **é algo com que têm de viver todos os Direitos Fundamentais**, incluindo os direitos de liberdade.

---

<sup>32</sup> Pois o Estado poderia optar por atribuir ao titular do direito uma importância monetária que lhe permitisse adquirir no mercado o bem em causa, desde que houvesse aí oferta disponível.

<sup>33</sup> Na Alemanha diz-se que são bens que, se estivessem no mercado, os particulares podiam comprá-los.

<sup>34</sup> Isto surgiu na Alemanha a propósito da liberdade de escolha de profissão.

- O problema surgiu relativamente a um direito de liberdade e não quanto a um direito social.
- Houve pessoas a que foi recusada a entrada na faculdade de medicina.
- TC Alemão veio discutir se era razoável obrigar o Estado a disponibilizar mais lugares na Universidade, no qual se gasta dinheiro.

- Para a efetividade dos DLG também eram necessárias prestações destinadas a garanti-los, exigindo do erário público o dispêndio de somas avultadas.
  - Logo, os **DLG não envolveriam, menos que os DESC, um problema orçamental, pois a reserva financeira seria comum aos dois tipos de direitos** – portanto não se pode constituir como uma específica objeção dogmática à jusfundamentalidade dos direitos sociais, mas uma dificuldade própria de todos os direitos.

**Qualquer direito negativo** (como tipicamente são os DLG), **só é efetivamente protegido se tiver um remédio, se tiver um sistema administrativo, instituições e um sistema judicial que o garantam, e estes requisitos significam encargos financeiros avultados.**

- Os direitos de liberdade são também, tal como os direitos sociais, bens públicos pagos pelos contribuintes.

*O simples exercício dos Direitos Fundamentais na vida do dia-a-dia implica uma base financeira para os garantir e assegurar.*

Ex: gastos envolvidos na proteção da propriedade (ter registo predial e etc.) são muito avultados

- O que justifica que se ponha em causa as verbas que o Estado gasta com o Direito à Saúde e não se põe em causa os custos que se alocam para a defesa do direito de propriedade?
  - Ideia de que associar exclusivamente os custos financeiros do exercício dos Direitos Fundamentais aos direitos sociais não faz sentido, pois todos os Direitos Fundamentais têm gastos implicados.

*Muitos autores, nesta linha, dizem que a reserva do financeiramente possível é uma falácia.*

- É um argumento que é distorcido.

JRN: **do ponto de vista da efetividade/garantia prática dos direitos esta conceção é inegável** pois todos os Direitos Fundamentais têm custos financeiros e de forma avultada.

- O funcionamento do Estado de Direito tem custos apreciáveis.
- Politicamente não há nada que justifique privilegiar um direito de liberdade em vez de um direito social, pois todos têm custos.

Mas **o problema não está bem colocado do ponto de vista jurídico.**

- Ponto de vista jurídico: *para sabermos se um direito, enquanto garantia jurídica, foi violado ou não, a reserva do possível é chamada à colação para todos os Direitos Fundamentais ou só para alguns?*

## **2. Reserva do Financeiramente Possível, DLG e DESC**

JRN: *à exceção de alguns Direitos Fundamentais, consagrados a título definitivo, a generalidade está sujeita a uma reserva geral de compatibilização com outros bens, no sentido de que, apesar da sua natureza material jusfundamental e da sua força constitucional em sentido formal, os Direitos Fundamentais podem ceder sempre que, através de uma ponderação de bens racionalmente fundamentável, tal seja necessário para garantir outros bens, direitos ou interesses que, no caso concreto, mereçam por parte do Estado uma proteção jurídica que obrigue àquela cedência.*



Ex: proibição de tortura tem custos financeiros?

- Sim, na investigação dos crimes tem de se utilizar meios para reunir prova quando podia facilmente torturar a pessoa.
- Os custos financeiros envolvidos na investigação policial são muito (mais) elevados (do que simplesmente houvesse uma confissão pós tortura).
- As somas de dinheiro que se poupariam recorrendo à tortura eram enormes.

Mas o problema é saber se a polícia torturando alguém, havendo violação de uma garantia fundamental (de um direito fundamental), pode justificar tal situação com as dificuldades financeiras do país e com a possibilidade de não se gastar dinheiro na investigação.

- Juiz não pode aceitar isto, pois independentemente das disponibilidades financeiras do Estado, a tortura é proibida sempre.
- Portanto, as dificuldades financeiras não podem ser justificativas para se violar o direito fundamental.

Ex2: havendo expropriação não se indemniza devido às condições financeiras. Se Estado não indemnizou, independentemente das dificuldades financeiras, violou direito fundamental.

**O juiz não vai atender ao argumento financeiro, é irrelevante.**

Tendo isto em conta, e **considerando a Teoria dos Direitos Fundamentais como Princípios, tem de haver uma ponderação.**

- **A reserva do possível será fator mais ou menos relevante tendo em conta as implicações financeiras do caso concreto**, independentemente do tipo de Direitos Fundamentais que temos em presença.

**A realização dos Direitos Fundamentais globalmente considerados, quaisquer que eles sejam, implica custos**, na medida em que o próprio Estado de Direito e o regime democrático, em si mesmos, têm custos.

A Constituição pode garantir a todos o direito de propriedade ou o direito de participação na vida política, quando é óbvio que, para alguém que viva em situação de penúria total, esses direitos, pura e simplesmente, são miragens, não existem em termos de realidade vivida. Se a pessoa ocupa a totalidade do seu tempo em luta pela sobrevivência, tenderá a ignorar ou simplesmente a não poder exercer com efectividade mínima o seu direito de participação política. Mas, mais uma vez, não poderíamos daí deduzir, pura e simplesmente, a existência de uma inconstitucionalidade por desrespeito estatal do direito de participação dos cidadãos na vida política.

Com efeito, um Estado *pobre* e um Estado *rico* podem consagrar igualmente, no plano constitucional, o direito de propriedade, mas se o Estado *pobre* não dispuser de um aparelho judicial que permita, em tempo útil, atalhar eventuais violações desse direito actuadas por poderes públicos, se não dispuser de um aparelho policial que garanta a propriedade privada contra agressões perpetradas por outros particulares, um tal direito constitucional de propriedade pode resultar praticamente *esvaziado*.

*Isto ocorre quanto a qualquer tipo de direito, não sendo possível, independentemente da maior ou menor probabilidade estatística, dizer que se trata de um problema exclusivo dos direitos sociais.*

- Não é possível resolver adequadamente um problema jurídico ou um conflito judicial partindo da ideia de que, para tanto, há previamente que integrar o direito em causa ou na categoria dos DLG ou dos DESC<sup>35</sup> – isso em nada ajuda para o efeito e a questão dos custos e da reserva do possível pode interferir tanto com um como com outro tipo de direitos.
  - Podemos ter um *problema de direitos sociais* em que nem sequer se coloque um problema de custos financeiros.
  - Podemos ter um *problema de direitos de liberdade* em que a questão financeira é a mais relevante.
  - Ex: direito à integridade física e psíquica – pode levar a que pessoas exijam polícia à porta da faculdade porque não se sentem seguras quando saem à noite. Os gastos com essa polícia seriam muito elevados. E aqui, o direito à reserva do possível seria um argumento atendível.
  - Ex2: direito à saúde – pessoa quer mudar de sexo e pode pagar a operação. Estado proíbe a operação porque não concorda. Essa proibição viola o direito à saúde. Aqui não se pode utilizar o argumento da reserva do possível pois pessoa utiliza meios próprios e não está a pedir nada ao Estado. Não há prestações financeiras portanto o direito não pode estar sujeito à reserva do possível.

**A reserva do possível não é uma falácia pois os Estados podem ter dificuldades, de facto, e tem de se atender ao contexto financeiro para se realizar os direitos.**

- Mas não se pode dividir quanto a DESC de um lado e DLG de outro<sup>36</sup>.
  - Muitos destes contra-argumentos contribuem para revelar uma mistificação muito comum e segundo a qual se tende a considerar que enquanto o problema dos direitos de liberdade é um problema jurídico-constitucional, já os direitos sociais, por força dos custos, seriam um problema de opção política.
  - Ora, **a partir do momento em que a Constituição consagra os direitos sociais como Direitos Fundamentais, aquela questão política é também uma questão jurídico-constitucional.**

**A questão da reserva do financeiramente possível releva sempre, mas só, quando o Estado invoca a indisponibilidade pontual de recursos financeiros como justificação para a afetação ou a não realização de um direito fundamental.**

- *Trata-se, então, de saber se tal justificação é ou não relevante para apurar da eventual inconstitucionalidade do ato ou da omissão em causa.*
  - Esse **argumento financeiro da reserva do possível é invocável** quando o fator ou a reserva de disponibilidade de recursos é **indissociável do próprio conteúdo do direito**, o que ocorre sempre que um **determinado direito**, garantia ou faculdade só foi **constitucionalmente consagrado no pressuposto ou sob a condição de existência de disponibilidade jurídica ou fáctica dos correspondentes recursos financeiros.**

<sup>35</sup> Normalmente argumenta-se que os DESC estão sujeitos à Reserva do Possível e os DLG não.

➤ JRN: esse argumento de separação é que é discutível

<sup>36</sup> Não é linear que os DESC estão sujeitos à reserva do possível e os DLG não.

➤ A estatística pode ir nesse sentido, mas o que interessa é que juízes resolvam casos particulares.  
 ➤ Juiz não pode cegamente decidir de acordo com o facto de ser DESC ou DLG para falar da reserva do possível.

- Para que a reserva do financeiramente possível seja invocada tem de ter relevância para a situação concreta.
- Se não tiver, não interessa ser DESC ou DLG.
  - Ao juiz não compete verificar se o Estado tem ou não dinheiro. Não lhe cabe verificar se havia dinheiro para a prestação, essa não é a função do juiz e sim do legislador que aprova o Orçamento.
  - Ao Juiz cabe verificar se o argumento financeiro é relevante na situação concreta, independentemente se o que está em causa é DLG ou DESC<sup>37</sup>.

Não há diferenças a nível de DLG e DESC pois nenhuns são absolutos, pelo que pode haver limitações.

- *E nessas limitações pode haver a invocação do argumento da reserva do possível, e quando tal é feito, o juiz tem de ver se essa justificação é atendível.*

---

<sup>37</sup> Ex: **em 2002 discutiu-se o direito ao Rendimento Mínimo** – Governo altera para Rendimento Social de Inserção e restringe as pessoas que podem aceder a este Rendimento, só podendo aceder pessoas com mais de 25 anos (e antes era a partir dos 18 anos).

- Governo justificou com uma conceção de direitos e organização social que este rendimento fomentava a preguiça e formava o hábito de depender do Estado desde muito jovem.
  - Quando TC considerou a questão, era invocável a reserva do financeiramente possível? Aquilo que se poupava com esta mudança era irrelevante. Não havia nenhuma relevância quanto ao argumento da reserva do possível e nem foi essa a motivação.
  - Ao apreciar a questão o TC não vai considerar.

d) Ou seja, se a Constituição garante o direito a não ser expropriado sem indemnização (direito de liberdade), se o Estado me expropriar recusando atribuir qualquer indemnização viola o meu direito, eu posso reagir perante um tribunal que tem condições jurídicas para reconhecer imediatamente a violação, independentemente de o Estado ser rico ou pobre. O direito foi constitucionalmente consagrado independentemente dos recursos disponíveis: se o Estado não dispuser dos recursos suficientes para indemnizar, não expropria; se quer expropriar, só o pode fazer com a contrapartida da justa indemnização.

Portanto, nessas circunstâncias a violação foi identificada sem necessidade de considerar o argumento financeiro, já que o argumento financeiro, neste caso, não invade o próprio conteúdo do direito, no sentido de que o direito vale sempre independentemente das disponibilidades financeiras do Estado. Pode é acontecer que, na falta dos necessários recursos, o Estado não disponha de um poder judicial em condições de atalhar efectivamente a violação em tempo útil, eu posso esperar uma vida sem que o meu direito me seja reconhecido na prática, ou seja, em termos práticos os efeitos da verificação da inconstitucionalidade foram frustrados pelas indisponibilidades materiais. Mas, independentemente da efectividade social, a violação do direito estava lá, podia ser reconhecida, sem mais, por qualquer operador jurídico.

Da mesma forma, se eu dispuser de recursos próprios para recorrer a uma intervenção cirúrgica custeada por mim próprio e, por qualquer razão, for legal ou administrativamente impedido de o fazer pelos poderes públicos, então posso invocar o meu direito à saúde (direito social) e ver o meu direito judicialmente garantido, independentemente de quais sejam as disponibilidades financeiras do Estado. Também aí, embora se trate do direito social à protecção da saúde, a violação do direito pode ser imediatamente reconhecida sem necessidade de quaisquer considerações atinentes a uma reserva do financeiramente possível.

**Já no caso de prestações fácticas ou financeiramente integradas no direito, o próprio acolhimento constitucional já pressupõe que o direito só me é juridicamente reconhecido sob reserva das disponibilidades financeiras do Estado e só à sua medida.**

Ex: direito ao trabalho, direito à habitação condigna

- Mas o direito não perde a sua qualidade de ser direito fundamental só porque pode ser limitado tendo em conta as condições financeiras, tal como qualquer direito não perde o seu carácter jusfundamental só porque é limitado.
- Essa limitação tem é que ser justificada.
  - O próximo passo é verificar se a limitação é possível, atendendo aos princípios estruturantes.

**A reserva do possível marca e condiciona o próprio direito, desde a sua origem e consagração constitucional**

- Estado só viola o direito se tiver condições financeiras de o garantir ou de garantir alguma compensação e não o fizer.
- *A não ser que a Constituição expressamente consagre uma pretensão, todos os direitos que envolvam prestações financeiras custosas são entendidos como intrinsecamente*

*condicionados por aquela reserva, mesmo que o legislador constituinte não o refira explicitamente.*

Por isso, se ambas as Constituições consagrarem estes mesmos direitos, podemos dizer que, por exemplo, a responsabilidade de Moçambique por não garantir a todos os seus cidadãos o direito a um mínimo vital é completamente diversa da que a Alemanha teria se o não fizesse, mas que, já quanto à garantia da proibição da pena de morte, também integrante do mesmo direito à vida como um todo, o grau de exigência e de responsabilidade serão exactamente os mesmos na Alemanha ou em Moçambique. E isto porque um direito, o primeiro, direito a um mínimo vital, está directamente condicionado pelas disponibilidades financeiras e o outro, a garantia de proibição da pena de morte, embora possa ter custos financeiros, não está.

Isto não significa, de facto, concluir pela ausência de custos dos direitos de liberdade ou pretender que a realização ou efectividade social deles seja isenta de implicações financeiras, mas o importante é determinar a natureza do direito, faculdade ou garantia que está especificamente em causa na situação concreta e, aí, se a respectiva validade e eficácia não estiverem sob reserva do possível então, por isso, a sua eventual violação pode ser judicialmente determinada com total abstracção dos custos directos ou indirectos envolvidos na realização do direito como um todo.

**A reserva do financeiramente possível não é uma falácia**, uma vez que, havendo bens jusfundamentalmente protegidos de acesso individual financeiramente custoso, e sendo o Estado responsável por respeitar, proteger e promover esse acesso, **o argumento financeiro, de uma ou outra forma, acaba por ter relevância no plano da realização concreta dos correspondentes Direitos Fundamentais.**

Mas **não afeta todo e qualquer direito, só tendo relevância jurídica quando invade o próprio conteúdo de algumas garantias jusfundamentais, no sentido em que o direito só está constitucionalmente consagrado tendo em conta esse condicionamento**, e, possuindo esse alcance, tal determina que a eventual **violação desse direito não pode, nesses casos, ser apurada sem relevar esse argumento.**

- Os poderes públicos podem legitimamente invocar o argumento financeiro como causa justificativa de afetação, restrição ou não realização plena dos direitos sob reserva do financeiramente possível e a eventual inconstitucionalidade por violação desses direitos não pode ser apurada sem se ter devidamente em conta esse argumento.

Nessa altura, **cabe ao poder judicial, verificar e controlar a pertinência da invocação desse argumento, como causa de justificação constitucionalmente admissível** – não, obviamente, verificar a existência ou disponibilidade de recursos financeiros estatais.


O controlo judicial incide, então, sobre as seguintes diferentes dimensões do problema:

- (i) sobre a própria existência de uma reserva do financeiramente possível afectando a dimensão particular do direito fundamental que está em aplicação numa dada situação concreta;
- (ii) sobre a competência do poder público envolvido na disputa para accionar a reserva nas circunstâncias do caso concreto;
- (iii) sobre a pertinência daquela invocação, no sentido de apurar se a questão financeira subjacente é suficientemente significativa para ser tida em conta como dado relevante na situação concreta.

Após essa fase, o controlo decorre de forma análoga ao que se verifica quando o Estado invoca a necessidade de restringir um direito para prosseguir um outro interesse – tem de se apurar, atendendo a razões jurídico-constitucionais, se a restrição concretamente atuada não é inconstitucional.

- Depois disto ainda tem de se **verificar, com uma grande densidade de controlo, se foram respeitados os princípios constitucionais estruturantes** (os limites aos limites).

○ A diferença está em que há causas de justificação que juiz aprecia mais densamente e outras menos densamente (como é o caso das condições financeiras, pois isso cabe ao legislador e não ao juiz).



**Há uma diferença para os controlos judiciais dos Direitos Fundamentais sujeitos à reserva do financeiramente possível e os outros:**

- Enquanto que nos outros o *juiz constitucional é competente para controlar a causa de justificação, no sentido de poder logo considerar que o bem ou interesse justificador da restrição do direito fundamental deve prevalecer, no caso dos direitos sob reserva do possível, o juiz deve, à partida, aceitar como bom o argumento financeiro*, uma vez que não é a ele, mas aos decisores políticos, que cabe a última palavra sobre o OE e distribuição dos recursos financeiros.
- O juiz constitucional tende para uma autocontenção judicial nesta primeira fase, remetendo para uma intensificação dos controlos de constitucionalidade na fase posterior.
  - A eventual inconstitucionalidade acaba por ser apurada em função da observância ou do desrespeito pelos princípios constitucionais estruturantes.
    - Independentemente da causa de justificação, um direito fundamental não perde a sua natureza jusfundamental e Estado tem de cumprir um conjunto de princípios estruturantes.
    - **Se há necessidade financeira que obriga a limitar alguns DESC, tem de se verificar se a justificação para tal é suficientemente densa para se dar essa limitação.**
    - A fundamentação é que tem de ser controlada. Porque a limitação é possível atendendo à reserva do possível.

## Proposta de Dogmática Unitária de Direitos Fundamentais

*Podemos concluir que no domínio dos Direitos Fundamentais todas as garantias são iguais e têm a mesma vinculatividade (valor jurídico)?*

- O mundo dos Direitos Fundamentais é um mundo de indiferenciação?
- O juiz deve resolver um problema de Direitos Fundamentais sempre da mesma maneira ou há fatores de diferenciação?

Ideia de que **devemos olhar para os Direitos Fundamentais segundo uma dogmática unitária – não há preconceitos classificatórios** que nos esclarecem como vamos resolver o problema e temos de os considerar no seu todo como conjunto de garantias constitucionais.

- Mas neste mundo complexo dos Direitos Fundamentais **há fatores de diferenciação pois eles não têm todos a mesma vinculatividade.**

*Que fatores de diferenciação são esses? Que fatores influenciam a margem de apreciação do juiz (no controlo mais ou menos denso)?*

Sobretudo há 3 fatores com influência significativa na margem de controlo do juiz:

### **1. NATUREZA DA NORMA QUE GARANTE O DIREITO FUNDAMENTAL EM CAUSA**

A estrutura normativa – *plano normativo da garantia constitucional*

- Atendemos às normas de Direitos Fundamentais – o texto após a sua interpretação, retirado de um enunciado normativo.
  - O enunciado normativo tem influência como objeto de interpretação.

JRN: A ideia de limitabilidade dos direitos, como **reserva geral imanente de ponderação, é válida quando se perspetiva o direito fundamental como um todo**, i.e., na sua globalidade considerando o conjunto ou o feixe de todas as posições jusfundamentais reportáveis a um dado direito fundamental. Mas, **esta reserva pode não ter espaço normativo de aplicação quando um direito fundamental é garantido por uma norma constitucional com uma natureza excepcional de definitividade.**



As normas têm diferente natureza:

- **Normas-Princípio** – normas que não são inequívocas e definitivas.
  - Norma segundo a qual o legislador constituinte pretendeu deixar uma margem aos poderes públicos – legislador não sabe que problemas existirão no futuro, por isso deixa uma margem de ponderação, atendendo a mudanças de circunstâncias.
  - Quando se *consagra um direito fundamental ele tem um elevado grau de indeterminação e generalidade, não se prevendo, nem enumerando, nem regulando todas as hipotéticas e incontáveis situações da vida real* em que o bem protegido pelo direito fundamental pode vir a ser desvantajosamente afetado.
  - É *imanente à consagração de um direito fundamental como um todo a sua limitabilidade* – não há alternativa a este constrangimento normativo pois não é fáctica e normativamente possível prever e enumerar todas as situações possíveis e admissíveis da sua futura limitação, sendo a única solução a adoção de fórmulas genéricas.

- Admite-se que o direito pode eventualmente vir a ser confrontado com uma necessidade de cedência nas circunstâncias concretas.
  - O legislador constituinte remeteu para o legislador ordinário a administração e ao juiz a avaliação, pois ainda há a necessidade de se proceder a valorações e ponderações de caso concreto ou orientadas à resolução de casos concretos, pelo que o direito fundamental assim consagrado *não representa, ainda, a natureza de direito definitivo absoluto*.
  - Ex: art. 24º/1
  - Generalidade das normas constitucionais – *têm a natureza estrutural de princípios e são direitos, então, sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação*.
- **Normas-Regra** – normas que garantem o direito de uma forma definitiva e inequívoca
    - Ao ler-se o enunciado não se tem dúvidas sobre o que é que está garantido e a extensão dessa mesma garantia – *legislador constituinte quando aprovou a norma teve essa intenção, de resolver ali o problema de Direitos Fundamentais que viesse a suscitar-se no futuro*<sup>38</sup>.
    - Casos em que o legislador constituinte *estabelece logo as ponderações que normalmente são deixadas para momento posterior* e opta, intencionalmente, independentemente do que venha a ocorrer, pela *garantia a título definitivo do interesse jusfundamental em questão*.
    - Legislador constituinte trata especificamente as faculdades parcelares, garantias, pretensões ou direitos autonomizáveis de forma definitiva, absoluta e sem exceções possíveis – *retira-se a possibilidade de limitações, eventualmente determinadas por posteriores ponderações de caso concreto*.
    - Ex: art. 24º/2
    - Estas normas têm patente *Direitos Fundamentais como trunfos imbatíveis, cuja invocação e aplicação judicial são independentes do peso ou da premência de realização de qualquer interesse* comunitário ou governamental que se lhe oponha e dispensa, conseqüentemente, qualquer ponderação posterior que venha por em causa os juízos de ponderação a que o legislador constituinte já procedeu e cujo resultado já fixou normativamente quando deu prevalência absoluta à garantia jusfundamental em questão.

**Consoante uma ou outra opção a margem do legislador e do juiz são diferentes.**

- No âmbito dos princípios o juiz já não pode estar tão seguro daquilo que se pretende garantir, pelo menos nas zonas de fronteira – legislador tem mais margem para conformar e juiz está mais limitado.

---

<sup>38</sup> Não há muitas normas deste tipo, mas há algumas.

Um exemplo é o art. 74º/2/a – CRP só pode ter um significado.

- Gratuito, aqui, significa mesmo gratuito – aqui é óbvio que o legislador constituinte quer que seja gratuito
- Não pode ser interpretado como “tendencialmente gratuito” – art. 64º CRP
  - Alterado em 1989
  - Antes de 1989 era regra, pois só se podia interpretar “gratuito” como gratuito.
  - Após 1989 é um princípio, pois as coisas já não são claras ao termos “tendencialmente gratuito”.
    - Margem do poder político aumentou e a do juiz diminui.



Temos de *olhar para a norma e numa primeira aceção ver se o legislador constituinte quis deixar uma margem de liberdade ao legislador, na concretização da norma, ou não.*

- Legislador constituinte quis ter todas as decisões ou deixar margem de conformação – esse é o cerne da diferença entre regra e princípio<sup>39</sup>.


**Ex: art. 34º CRP proíbe qualquer ingerência salvo no domínio da lei estabelecida para o processo penal.**

- Existência de escutas não colide com o art. 34º CRP pois é a lei processual penal que determina a sua existência.
- Mas e fora das situações do processo penal constituído? Poder-se-ia admitir o acesso do Estado, através das autoridades, às comunicações de uma pessoa (não quanto ao conteúdo, mas sim quanto aos destinatários – metadados: origem do telefonema, destinatário, duração e etc.) numa aceção preventiva de ameaças terroristas?
  - Saber para quem telefonamos é ingerir nas nossas telecomunicações – é uma invasão da privacidade que, segundo a norma do art. 34º, não é permitida sem ser no âmbito do processo penal.
  - Legislador veio permitir e TC considerou que isto era inconstitucional, pois o acesso a metadados violaria o art. 34º CRP.
  - Governo<sup>40</sup> reagiu dizendo que ia “contornar a decisão do TC” e fê-lo. Contornou a decisão sujeitando o acesso aos metadados a uma autorização do juiz. Em qualquer situação (seja processo penal ou não e etc.) a polícia pode aceder aos metadados, se for devidamente autorizado pelo juiz.
    - JRN: *discorda e é inconstitucional.*
    - Esta norma do art. 34º é para limitar a margem do legislador<sup>41</sup>.
    - Legislador constituinte quis que fosse assim e enquanto a norma constitucional for esta, há balizas que o legislador ordinário tem de respeitar.

**Temos de atender a que garantia jufundamental está em causa.**

- Na maioria das normas de Direitos Fundamentais elas têm natureza de princípios e remetem para ponderações – deixando margem de decisão para os poderes públicos.

○ Normas de Direitos Fundamentais **são suficientemente abertas para permitir a compatibilização de interesses.**



É neste caso, de normas abertas que compatibilizam interesses, que surge outro fator de diferenciação.



## **2. DEVER DO ESTADO QUE ESTÁ EM CAUSA NAQUELA SITUAÇÃO CONCRETA**

Casos mais difíceis são aqueles em que o *legislador constituinte não fez todas as ponderações que há a fazer, suscitando-se dúvidas sobre que interesse jufundamental deve prevalecer em*

<sup>39</sup> JRN: há muitas divergências doutrinárias sobre os conceitos, mas o que interessa é esta questão

<sup>40</sup> Caso real e ocorrido no atual Governo.

<sup>41</sup> Podemos considerar que a norma, como está positivada, não faz sentido – as ameaças dos dias de hoje podem deixar a norma ultrapassada. Mas é a que existe na CRP e tem de ser respeitada.


- O que se tem de fazer não é contornar a decisão do TC e sim alterar a CRP.
- É para isso que servem as revisões constitucionais.

*caso de colisão e qual a instituição competente ou funcionalmente adequada para fazer, com carácter definitivo, a ponderação correspondente.*

**Em função da diferença dos deveres estatais, as margens de controlo do juiz sobre os poderes públicos são diferentes.**

- As margens de controlo e de intensidade do escrutínio que, em Estados de Direito, os juízes possuem relativamente aos atos dos poderes públicos possivelmente ofensivos dos direitos fundamentais variam significativamente.

○ Aquilo que essencialmente determina a variação, tendo normas constitucionais de proteção com estrutura e vinculatividade idênticas, é a diferente natureza do dever estatal envolvido.



Há, no geral, 3 tipos de deveres:

#### **A. Dever de Respeito**

- Se norma tem natureza de princípio, o legislador constituinte quis dar *margem de ponderação aos poderes constituídos. Serve para os poderes públicos terem a faculdade de, perante um direito fundamental, face à necessidade de garantir um outro bem, poder limitar certo bem jusfundamental.*
- Dever de respeito está **sujeito a uma reserva de ponderação de outros bens dignos de proteção jurídica jusfundamental – RESERVA IMANENTE DE PONDERAÇÃO.**
  - Qualquer direito fundamental foi inscrito na CRP já com esta situação pensada – consagram-se Direitos Fundamentais no pressuposto que eventualmente terá de ceder, a não ser que tenha carácter de absoluto.
- Ex: pode limitar-se a privacidade devido à segurança pública
- *Quem decide, em última análise, qual o bem que deve ceder é o poder judicial – é o TC que decide qual a garantia que prevalece.*
  - Pois são garantias constitucionais que foram retiradas ao poder público.

#### **B. Dever de Proteção**

- Além da Reserva Imanente de Ponderação há que ponderar outra questão: *o facto de que quando os poderes públicos se deparam de uma necessidade de proteger uma agressão dos Direitos Fundamentais de outros particulares, nunca há uma única modalidade de proteção e pode haver outras formas de proteção.*
- Ex: proteção das pessoas que não fumam do fumo das outras que fumam – durante muito tempo não se sabia se a permissão de fumar em espaços fechados estava a violar o direito à saúde dos outros, ou não. E depois não se sabia como é que se protegia: proibindo? Impondo coimas? Sensibilização pedagógica?
- Há uma margem de decisão política sobre qual a melhor forma de proteger – *cabe ao legislador decidir.*
  - *O juiz não pode escolher qual a melhor modalidade – qual a mais adequada e oportuna – e tem de deixar margem ao legislador.*
- **No âmbito destes deveres há uma RESERVA DO POLITICAMENTE OPORTUNO/ADEQUADO, além de uma Reserva de Ponderação.**
  - Dependendo da opinião de qual a melhor forma de proteger, o juiz deve deixar uma margem de decisão política.
  - *Isto enfraquece a intensidade do controlo judicial, na medida em que o juiz deva reconhecer ao órgão político respetivo uma correspondente margem de escolha*

e *decisão* sobre o meio, a modalidade e o tempo que considere politicamente mais adequados ou oportunos para prover a devida proteção.

### C. Dever de Promoção

- *Para o Estado ajudar é necessário que haja recursos financeiros e investimento em tal.*
  - **Assim, além da Reserva de Ponderação e da Reserva do Politicamente Oportuno, tem de se ponderar também a RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL.**
- *A quem cabe a **decisão última sobre os recursos existentes é ao legislador.***
- *É um dever jurídico, por estarmos no domínio dos Direitos Fundamentais, que está sujeito a uma reserva do possível, o que **entra no campo político e diminui a possibilidade de controlo judicial.***
  - *Poderes políticos não ficam sem controlo judicial, numa primeira fase é que a margem do legislador aumenta e do juiz diminui.*

*Consoante o dever estatal que está em causa, assim variam as margens de liberdade do legislador e do poder judicial.*

### 3. CARACTERÍSTICA DE SER DIREITO POSITIVO OU NEGATIVO

*A margem de apreciação é ainda influenciada consoante o concreto dever estatal em causa apresente natureza positiva ou negativa.*

- *Por vezes confunde-se com os deveres estatais, mas a questões são diferentes.*
  - *É que **para respeitar não é preciso simplesmente não fazer**, pode exigir uma intervenção – ex: para respeitar o direito ao casamento só era alcançado alterando a lei e permitir casamento entre pessoas do mesmo sexo.*
  - ***Para promover não é preciso simplesmente fazer**, pode exigir-se uma não intervenção – ex: pensionista recebeu reforma, para promover esse direito à reforma, o legislador não lha pode tirar.*

*Já vimos que a margem do poder judicial é maior nos direitos negativos e menor nos direitos positivos.*

- *O **controlo judicial de um ato** (quando o Estado violou um direito negativo – Estado fez algo quando se devia ter absterido) é **potencialmente mais intenso e de efeitos mais facilmente determináveis que o controlo de um não-ato** (quando Estado violou um direito positivo – Estado deixou vazio o espaço em que devia ter feito algo).*
- *Também os **remédios judiciais possíveis** (anulação de um ato vs. ter de escolher uma opção para colmatar a omissão) contribuem para esta conceção.*

*No âmbito da dogmática unitária dos Direitos Fundamentais, no sentido de que a classificação em DLG e DESC não influencia nada, há fatores de diferenciação relevantes, mesmo assim.*

## RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Conceitos e Tipos de Restrição

Em princípio, *quando há um conflito de Direitos Fundamentais, na base está sempre a existência de uma restrição a um direito fundamental.*

- Só surge um problema de Direitos Fundamentais quando alguém, titular do direito fundamental, considera que através de uma limitação/restricção se viola o seu direito constitucionalmente garantido.
  - Não se considera que exista essa restrição quando não estamos a lidar com um direito fundamental ou quando essa limitação é admissível.

*Em princípio, restrição a Direitos Fundamentais, entende-se, num sentido muito lato:*

Restrição a Direitos Fundamentais é uma **AFETAÇÃO NEGATIVA/DESVANTAJOSA, DO PONTO DE VISTA DO SEU TITULAR, DO CONTEÚDO DE UM DIREITO PROTEGIDO POR UM DIREITO FUNDAMENTAL.**

- Seja porque se eliminam/prejudicam as condições e possibilidades de acesso individual ao bem protegido;
- ou porque se enfraquecem as obrigações/deveres que o destinatário tem para com o titular do direito fundamental.

*De um lado há um titular de um direito fundamental e do outro lado há um destinatário que tem deveres para com aquele titular.*

- No conjunto é uma afetação desvantajosa para o titular do direito fundamental, seja sob que forma opere.
- **Atuações normativas do poder público modificativas do conteúdo dos direitos fundamentais e que, do ponto de vista da sua dimensão subjetiva, são desvantajosas ou negativas para os titulares reais ou potenciais dos respetivos direitos.**
  - Tiago Fidalgo Freitas: *Afetação desvantajosa do conteúdo de um direito fundamental, feita por via normativa.*
    - Não é a negação de um direito fundamental.
    - Não é o impacte fáctico no direito.
    - São restrições normativas, feitas por via legislativa.
    - Ex: legítima defesa é uma restrição normativa do direito à vida

*Estas restrições podem ocorrer em dois planos:*

**1. Afetação do conteúdo do direito fundamental** – ex: lei vem criminalizar algo que não estava criminalizado

- *Norma que restringe conteúdo objetivo do direito fundamental* – no seu conjunto o direito fundamental foi diminuído/comprimido, com carácter geral e abstrato.
  - Neste sentido, são normas que suprimem, impedem, diminuem ou dificultam o acesso dos titulares ao bem jusfundamentalmente protegido e, nessa medida, afetam a prossecução autónoma de fins pessoais garantida objetivamente pela titularidade daqueles direitos fundamentais.
  - Pode ser por diminuição ou compressão direta das faculdades, situações ou posições individuais, como através da atenuação dos deveres objetivos que a norma jusfundamental impõe ao Estado.

- *Altera a ordem jurídica em vigor.*

**2. Afetação do direito individual** – ex: não sendo inconstitucional, um titular de Direitos Fundamentais pode ser condenado a prisão com base nessa norma penal

- Indivíduo particular concreto é penalizado.
- Na sua *posição individual e concreta o particular é atingido, mas a norma de direito fundamental permanece inalterada.*
  - Isto apesar do particular ter sido afetado no seu direito.
- Não se mexe nas normas jurídicas em vigor.
  - Deixa a ordem jurídica inalterada mas agride o direito de um particular, individualmente.
  - Situações que particulares sofrem quando se relacionam com a administração e poder judicial e não com o legislador.

• *Estamos no âmbito da Intervenção Restritiva de um direito fundamental*



### Intervenção Restritiva

**Situações que afetam desvantajosamente o bem protegido de um direito fundamental na sua titularidade individual e concreta, deixam intocada a norma de direito fundamental.**

→ Afetações pontuais, individuais e concretas que são desvantajosas para o titular do direito, mas deixando inalterado o conteúdo da norma de direito fundamental.

**≠ Restrições: afetações gerais e abstratas que alteram o conteúdo da norma de direito fundamental**

É a existência de uma ameaça, lesão ou violação de um direito fundamental do particular que faz nascer na sua esfera jurídica a possibilidade acionar a ordem jurídica com vista à obtenção, da parte do Estado, do cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela norma jusfundamental e/ou a reparação ou compensação dos danos sofridos.

- **Só pode ativar a proteção típica de direitos fundamentais por invocada violação do seu direito quem tiver sofrido uma intervenção restritiva no bem jusfundamentalmente protegido.**

JRN: *CRP parece que se preocupa mais com a Restrição do que com a Intervenção Restritiva*

- Art. 18º fala em lei.
- Parece que a preocupação da CRP é somente com as Restrições, em que a intervenção é através do legislador.
- Dizem pouco quanto às Intervenções Restritivas, operadas pela administração e o poder judicial.
  - Ex: nunca houve problema de Direitos Fundamentais quando se aprovou lei de resolução bancária. Só surgiram problemas com a intervenção (restritiva) do Banco de Portugal no Banco Espírito Santo. Aí é que os particulares começaram a sentir os seus direitos afetados.
  - Ex2: cidadãos não levantam problemas quanto à lei em vigor para a expropriação. Levantam é problemas quando a lei se lhes aplica, por intermédio da administração.
- *Mas, os problemas mais importantes que afetam os cidadãos ocorrem por Intervenções Restritivas e não Restrições.*

Coloca-se o **problema prévio de saber quando uma afetação desvantajosa do bem protegido de direito fundamental de um particular é juridicamente relevante para desencadear**, através do recurso à via judicial e por iniciativa e no interesse do afetado, a **proteção do direito fundamental** alegadamente violado.

Há **Intervenção Restritiva** quando há, independentemente da sua posterior e eventual justificação constitucional, **ab initio, a possibilidade de ser desencadeada a proteção jurisdicional**.

- É um pressuposto necessário de acionabilidade por invocada violação de um direito fundamental.
- *A qualificação de uma medida ou comportamento estatal como intervenção restritiva possibilita a sua impugnação jurisdicional por iniciativa e no interesse dos afetados.*

No caso concreto **temos de ver se essa Intervenção Restritiva é legítima ou ilegítima**.

- Parte-se da existência de efeito restritivo produzido no bem jusfundamentalmente protegido e incidindo, sobretudo, no problema da delimitação adequada da relevância jurídica a atribuir a esse prejuízo.

**Há intervenção restritiva juridicamente relevante em termos de direitos fundamentais sempre que, no caso concreto, o prejuízo verificado for expressão do perigo contra que o direito fundamental pretende proteger.**

## Fundamentação das Restrições aos Direitos Fundamentais

Problema jurídico-constitucional das restrições dos Direitos Fundamentais no geral: estamos a operar uma *restrição de posições jurídicas protegidas por normas constitucionais*.

- Afetação desvantajosa de posições jurídicas, garantidas pela Constituição, através dos poderes constituídos.
- Se norma está num plano constitucional, como se pode admitir que a posição jurídica que ela protege seja restringida por normas ordinárias?
  - Tendo carácter supra-legislativo não podia ser afetada.

*A fundamentação desta circunstância pode assentar em vários modelos.*

- A aptidão de cada um dos modelos para fundar uma teoria coerente e operativa de limites aos Direitos Fundamentais coloca-se, desde logo, no plano do problema mais global da fundamentação dogmática das restrições aos Direitos Fundamentais.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Vamos ver como as Restrições operam sobre o conteúdo essencial de cada direito.

- É diferente de outra discussão
  - **Teoria Absoluta vs. Relativa** – vai atender ao que é o “conteúdo essencial” do direito fundamental, havendo estas duas formas de encarar esta referência.
    - Teoria Absoluta: para identificar o conteúdo é preciso identificar dentro de cada direito o que dele não pode ser afastado. É inerente ao direito.
    - Teoria Relativa: tem a ver com as restrições. Aproxima o conteúdo essencial do princípio da proporcionalidade. Se a intervenção for excessiva viola-se o conteúdo essencial do direito.

### Teoria Externa

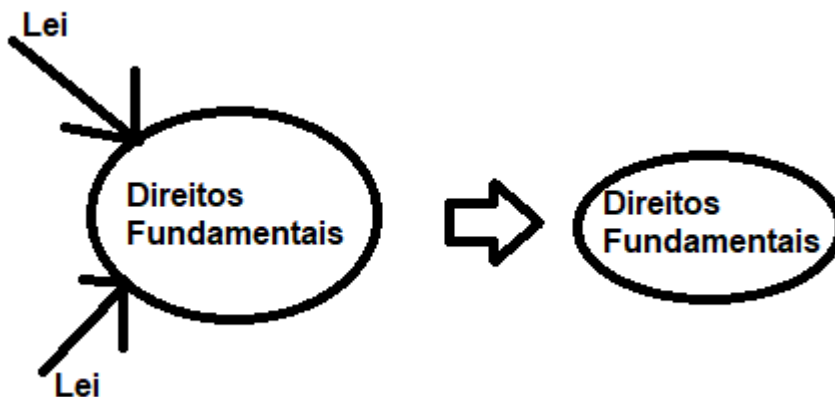
*O que a Constituição tem é a consagração de um conteúdo e âmbito de proteção do direito fundamental.*

- A um conteúdo de direito fundamental fixado através do apuramento dos seus contornos jurídicos – o **âmbito de proteção do direito fundamental** – **se podem depois colocar ou não limites justificadores de posteriores intervenções estatais no bem jusfundamentalmente protegido.**
  - Este âmbito de proteção não é definitivo – ou não é ainda definitivo.
  - Sobre este âmbito de proteção do direito fundamental podem intervir, vindo do exterior, restrições a direitos fundamentais – esses limites e restrições são construtivamente colocados de fora, são externos ao conteúdo do direito fundamental em si.

*O direito está externamente bloqueado por outros valores, pelo que os seus limites surgem como restrições externas ao exercício do direito subjetivo no caso concreto.*

**A partir de um âmbito de vida abrangido por um direito fundamental e após o apuramento dos contornos jurídicos do direito fundamental ou dos limites do seu âmbito de proteção (Klein: limites de garantia), chega-se ao respetivo âmbito de proteção.**

- Depois da intervenção de influências externas surge um direito fundamental mais comprimido.



**As restrições são legítimas se a própria Constituição reconhecer que o direito fundamental pode ser restringido** – remete para a Constituição

- Admite-se isto porque a própria Constituição permite ao legislador fazer isso.
- *Quando a lei vem restringir um certo direito, está a fazê-lo porque a própria Constituição o permite.*
  - Daí a restrição ser legítima – foi o próprio legislador constituinte que, na norma constitucional permitiu essa restrição.
  - Ex: art. 20º CRP – o direito definitivo dos militares pode ficar mais limitado, devido a ter havido uma lei (externa à CRP) que comprimiu esse direito. Mas só é possível comprimir esse direito porque a própria CRP o permite.

É a **lógica da CRP 1976** mas tem *problemas ao considerar que só a lei pode restringir direitos fundamentais expressamente previstos na CRP (art. 18º/2).*

- E se legislador constituinte não autorizou a Restrição e ela ocorre?

- JRN: Como o legislador constituinte foi, obviamente, incapaz de prever expressamente todas as situações de restrições admissíveis, o intérprete e o julgador têm sido levados a resolver o problema, de forma muitas vezes arbitrária e insuficientemente fundamentada, através do recurso à lógica dos limites iminentes e da pretensa diferenciação de regimes entre as restrições e as figuras afins.

Temos de distinguir entre:

#### **RESTRIÇÕES EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO**

- CRP já tendo autorizado não se levanta dúvida que legislador possa fazê-lo.
- Ex: art. 270º restringe direito de manifestação dos militares

#### **RESTRIÇÕES NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO**

- CRP não tendo autorização expressa já se levantam dúvida se o legislador pode fazê-lo – tem de haver discussão.
- Ex: e quanto à restrição do direito de manifestações de outras pessoas? A CRP não tem nada a expressamente autorizar essa restrição.

*CRP diz que se as autorizações a restrições não estiverem expressamente na CRP, então a restrição é inconstitucional*

- **Art. 18º/2, 1ª parte CRP** – se a própria CRP não autorizar é inconstitucional
  - *Doutrina não entende assim e não lê assim o art. 18º*
    - Atendendo à história e à prática constitucional há muitas restrições a Direitos Fundamentais e nunca o TC referiu que uma restrição a Direitos Fundamentais era inconstitucional por não estar expressamente autorizada.
    - **Doutrina e jurisprudência constitucional nunca confirmaram esta norma.**
      - ❖ JRN: art. 18º/2, 1ª parte não tem utilidade prática de relevo
    - Não há nenhum tribunal em Estado de Direito a defender isto.

*JRN: Tem de haver restrições, mesmo que elas não sejam autorizadas.*

- Não é possível uma Ordem Jurídica funcionar sem se admitir esta situação.
- Os Direitos Fundamentais colidem e um deles tem de ser restringido – é assim que a sociedade funciona.

*Como se fundamentam as restrições não expressamente autorizadas?*

**Recorre-se ao conceito de RESTRIÇÕES IMPLICITAMENTE AUTORIZADAS** – quando fosse necessário proteger outro bem jusfundamental, poder-se-ia comprimir um direito fundamental.

- Da **colisão entre bens constitucionais surge uma autorização implícita de restrição dos Direitos Fundamentais.**
- Implicitamente, quando dois bens jusfundamentais estão patentes na CRP, um deles tem de ceder em favor de outro – daí admitir-se a restrição.

*E se o bem em causa que justifica a restrição do direito fundamental não estiver na CRP?*



- Ex: mandar alguém para a prisão por maus-tratos a animais exigia que houvesse um outro bem constitucional que se colocasse no mesmo plano que a liberdade pessoal e viesse a restringir esta<sup>43</sup>.
- JRN: dá para ver como esta teoria pode falhar – só seria possível esta lei se o bem estivesse previsto na CRP.

**O esforço do poder judicial era verificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da restrição que vinha de fora.**

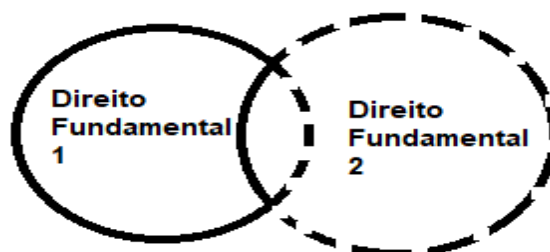
### Teoria Interna

*Contesta a distinção entre conteúdo do direito e limites do direito.*

- Não há conteúdo sem limites – **falar do conteúdo de um direito fundamental é simultaneamente falar de limites, pois todo o conteúdo já tem limites.**
  - Se todos os direitos têm limites, **quando se consagra o direito já se consagra esse direito com os seus limites.**

**Os limites do exercício do direito são considerados como integrando o seu próprio conteúdo, com ele formando uma unidade essencial.**

- Os **limites são imanentes à própria noção de direito** e decorrem naturalmente da delimitação que resulta da integração comunitária do indivíduo e se reflete, desde logo, na natureza do seu próprio reconhecimento jurídico originário.
  - Uma utilização absurda e imprópria da liberdade não é um verdadeiro exercício do direito, já que estava vedada pelo próprio sentido de liberdade.
  - Ex: Quando lei limita liberdade de expressão, em nome do direito ao bom nome, essa lei não é restritiva. É uma lei que concretiza os limites.
  - Os limites imanentes são os direitos dos outros, ordem pública, existência da comunidade, moral e etc.
    - O direito já tinha esses limites. **A lei apenas vem concretizar e explicitar quais os limites do direito, que já lá estavam e a lei apenas os vem revelar.**
    - **O que o legislador faz é revelar a concretização de um limite que já estava contido no próprio direito** – a tarefa do legislador é concretizar algo que já decorria de forma imanente do direito.



<sup>43</sup> Doutrina tenta encontrar esta justificação em diversas normas da CRP mas sem muito sucesso. E não admite que não há razão nesta doutrina.

- JRN: não se vai encontrar na CRP nenhum bem que diga que se tem de proteger os animais. Se se encontra isso, encontra-se tudo. Não está patente esse problema porque quando a CRP foi feita não havia essa conceção.

Ex: o direito fundamental não é um círculo; pois da sua interação/conflito com outros direitos fundamentais vai ser o círculo com uma reentrância. Imanentemente esse direito é limitado.

Como os **Direitos Fundamentais são a concretização jurídica de uma liberdade que**, do ponto de vista dos fins do Estado, deve ser **uma igual liberdade de todos**, bem como uma liberdade **integrada, limitada e vinculada aos interesses da comunidade**, o Estado recebe, consequentemente o encargo constitucional de assegurar as condições de realização normativa e fáctica dos próprios direitos fundamentais.

- Isto significa que a **tarefa estatal de criação das condições de uma liberdade real é imanente à essência dos direitos fundamentais**, pelo que a representação identificadora de intervenção/restricção operada pelo pensamento de intervenção e limites se fundava, afinal, numa visão unidimensional de uma relação de separação/oposição indivíduo/Estado e num consequente desconhecimento da integração essencial entre liberdade e Direito.

Esta conceção funda-se numa **relação de imanência ou de unidade entre conteúdo e limites de um direito fundamental** e na **consequente inseparabilidade entre lei conformadora de conteúdo e lei delimitadora do âmbito de proteção de um direito fundamental**.

- Todo o conteúdo do direito fundamental tem limites, mas limites imanentes que decorrem da compatibilização dos Direitos Fundamentais com outros Direitos Fundamentais.
- Enquanto direitos individuais e direitos subjetivos públicos, os Direitos Fundamentais só podem ir até onde não lesem outros bens jurídicos de valor igual ou superior e, daí, a necessidade da lei delimitadora.
  - Por outro lado, o seu carácter institucional determina a necessidade da lei conformadora.
  - Mas, num e noutro caso, **aquilo que existe é conformação, revelação e concretização de conteúdo e limites em função do sistema de valores já escalonado pela própria Constituição e não verdadeira Restrição**.
    - Não admite restrições aos Direitos Fundamentais.
    - Os limites imanentes são incertos e se sair dos limites imanentes dos Direitos Fundamentais é uma restrição ilegítima e é uma violação do direito.

*Surge como crítica à Teoria Externa*

- **Teoria Externa, tem duvidosa capacidade de fundamentação lógica** – não explica as situações em que Constituição não prevê a possibilidade de restrição.
  - Teoria muito orientada a um objetivo pragmático de saber se a restrição viola ou não a Constituição.
  - Atitude de desconfiança quanto a tudo o que vem de fora e de agressão quanto ao direito fundamental.
- **Teoria Interna, tem fundamentação lógica adequada e coerente** – atitude para com o legislador não é vê-lo como adversário dos direitos fundamentais, pois a sua tarefa é fazer algo que ainda não está feito e esclarecer como são efetivamente enformados os direitos.
  - *Os limites não são elementos externos, legitimadores de intervenções ablativas no conteúdo dos Direitos Fundamentais, mas sim concretizações da sua*

*substância jurídica, fronteiras do seu âmbito de garantia constitucional, reveladas a partir “de dentro” do direito (como limites imanentes).*

- Tudo o que existe é o direito fundamental imanentemente limitado por força da sua necessária compatibilização e conseqüente compressão pelos outros bens de valor constitucional igual ou superior.
  - Mas isto põe na disponibilidade do legislador a conformação de Direitos Fundamentais, que por o serem, e estarem na constituição, deveriam estar subtraídos ao legislador.

### Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto Princípios

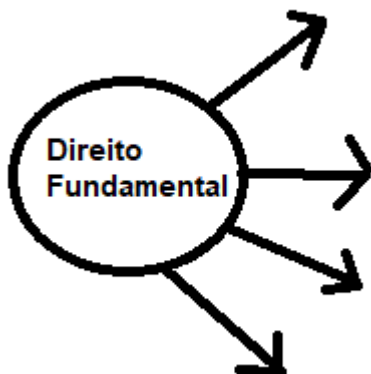
Modelo desenvolvido por **ROBERT ALEXY**, nos anos 1980, que tem uma perspetiva qualitativamente distinta – *ao invés de elaborar sobre a natureza dos limites ou restrições aos direitos fundamentais, faz decorrer a sua conceção de limites de uma elaboração sobre a natureza dos próprios direitos fundamentais, ou, mais rigorosamente, das normas de direitos fundamentais*

- O que é importante é partir da natureza do direito fundamental e do que é uma norma de direito fundamental – **parte-se do comando normativo que se extrai dos enunciados constitucionais.**
  - Recorre à distinção de Dworkin entre **normas-princípio** e **normas-regra** e chega a uma diferenciação da natureza dos correspondentes direitos – com uma decisiva e conseqüente projeção no domínio da sua eventual limitação – em *direitos de prima facie* e *direitos definitivos*, consoante eles assentem, respetivamente, em normas que são princípios ou em normas que são regras.

Os limites ou restrições dos direitos fundamentais não são criações dos poderes constituídos apostas, de fora, aos direitos fundamentais com base em autorização constitucional (*teoria externa*), nem seriam concretizações de limites imanentes já contidos nos direitos fundamentais (*teoria interna*).

As **normas de Direitos Fundamentais caracterizam-se por serem comandos de otimização.**

- Um direito fundamental deve ser otimizado e maximizado.
- JRN: *os Direitos Fundamentais estão em expansão natural* – à partida tudo pode vir a ser admitido sob a alçada de um direito fundamental

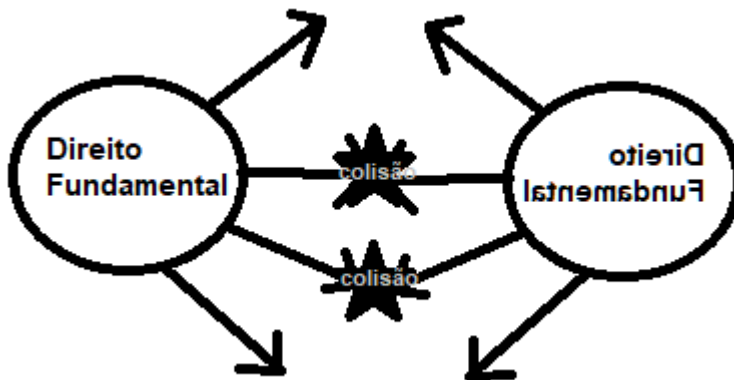


É a própria natureza das normas de direitos fundamentais enquanto princípios que fundamenta a possibilidade de cedência/restricção de um direito *prima facie*

- À partida tudo está contido no direito
- Ex: Qualquer coisa que se relacione com liberdade de expressão caberá no direito fundamental.
  - Alexy: existe limitação sempre que no lugar de um direito fundamental concedido *prima facie* se coloca um não-direito definitivo.

*Partindo da ideia de direito *prima facie*, todos os direitos vão ter esta feição expansiva pelo que existirão choques entre os direitos.*

- Os direitos *prima facie* estão em expansão, pelo que chocam com outros que também estão em expansão.



Esta conflito soluciona-se com **Ponderação de Bens**

- *Metodologia da ponderação como elemento decisivo* – é próprio da natureza dos direitos chocarem, porque estão em expansão, e aí tem de se fazer uma ponderação para definir qual prevalece.
- Neste modelo, **qualquer que seja o tipo de reserva com que um direito fundamental seja dotado, ele não só pode, como deve ceder às mãos dos poderes constituídos tanto quanto seja exigido pelo peso relativo que, no caso concreto, apresentem os princípios opostos.**

Só após ponderação é que o direito fundamental passa a ter conteúdo definitivo.

- Pois à partida temos direito a tudo, só sabemos a que é que temos direito em concreto quando há colisão de direitos e sequeute ponderação.

*Este modelo garante um sistema de controlo da atuação dos poderes constituídos tão eficaz e transparente quanto o proporcionado pela teoria externa, apresenta uma coerência lógica nos termos da teoria interna e dá uma explicação fundada e operativa para as restrições, especialmente no caso dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente sem reservas.*

Este modelo parte da força expansiva e da exigência de otimização dos direitos fundamentais e obriga a patentear os valores e interesses opostos que eventualmente justifiquem uma compressão ou bloqueio daquela exigência e concentra a incidência do controlo na atuação estatal que impede a plena realização dos direitos fundamentais.

- Nisto não há contradição lógica pois as normas estão em níveis diferentes: o nível do dever-ser das normas-princípios é diferente do das normas-regras.
  - De um ponto de vista material e não meramente formal, **não são as regras emitidas pelos poderes constituídos que, verdadeiramente, transformam eventualmente um direito de prima facie num direito definitivo, na medida em que, se o fazem, é por força da sua fundamentação e vinculação a outros princípios de nível igualmente constitucional.**

Todos os direitos fundamentais, sejam eles DLG ou DESC, exigem, enquanto princípios, a realização mais efetiva possível, bem como todos eles podem ver essa força de realização expansiva ser contrariada legitimamente por valores e interesses opostos.

### Críticas JRN

Ao contrário da proposta de Alexy, **aquilo que é caracterizável pelo caráter gradual da sua realização não é o direito fundamental enquanto princípio mas antes, e apenas, o objeto de proteção do direito fundamental, i.e., o bem jurídico cujo acesso a norma de direito fundamental garante.**

- O mesmo objeto de proteção ou bem jurídico protegido tanto pode ser realizado através de normas-princípio quanto de normas regras. Ex: o bem jurídico “vida humana” tanto pode ser objeto de uma norma-princípio (art. 24º/1 CRP) como de norma-regra (art. 24º/2 CRP).
- Uma distinção forte baseada nesta definição não é sustentável.
  - Esta dicotomia resulta nos casos fáceis, mas, nas situações em que verdadeiramente se deveria revelar a operatividade do modelo (casos difíceis) não tem base sólida, pois não é possível determinar com fronteiras suficientemente nítidas quando é que uma dada norma jusfundamental é um regra, e o direito nela garantido é definitivo, ou um princípio, cujo direito nela contido é de prima facie.

*Os juízes são muito adeptos desta teoria pois facilita a preguiça*

- Pode dar lugar a subjetivismo judicial.
- Basta dizer que os juízes ponderaram, porque é típico haver ponderação.
- Havendo ponderação, decidiram assim porque ponderaram.
  - Isto é assim, na prática, mas não da parte dos autores.
  - Há esforço para se dar caráter científico à decisão de ponderação.
  - Autores arranjam fórmulas matemáticas para explicar esta interação
    - Mas problemas dos Direitos Fundamentais não se podem resolver com fórmulas; e do ponto de vista prático é incomportável.

*Dizer que se parte da ideia de que tudo está contido no direito fundamental pode levar a resultados absurdos.*

- Ex: de prima facie, na liberdade de expressão cabe o direito de insultar outra pessoa. Depois é que se vai ver, atendendo a uma ponderação com outro direito (ao bom nome).
- Pode levar ao absurdo de se dizer que dentro do direito de liberdade pessoal e desenvolvimento da personalidade cabe o direito a torturar outra pessoa e a violar sexualmente outra pessoa.

- Depois na prática é que tem de haver uma ponderação, à partida, toda a liberdade é juridicamente protegida.
- JRN: isto é radicalmente contraditório da ideia de Direitos Fundamentais – **os Direitos Fundamentais são algo valorados positivamente, vistos como “algo de bom”**.
- Para esta teoria há um direito subjetivo fundamental a tudo o que está contido no direito.

JRN: Teoria dos Direitos Fundamentais como Trunfos afetados por uma Reserva Geral Imanente de Ponderação

*JRN não adere a nenhum dos modelos anteriores, mas, tem em conta as vantagens e inconvenientes de cada um deles.*

- Teoria Externa respondia bem ao controlo necessário ao legislador – do ponto de vista do controlo do legislador, esta teoria faz sentido.
  - Teoria construiu todo um conjunto de princípios e meios para realizar um certo controlo.
  - Esta teoria corresponde muito ao sentido da CRP<sup>44</sup>.
  - Teoria falha quanto à fundamentação.
  - Não havia resposta satisfatória quanto às restrições não admitidas expressamente pela CRP.

*Parte da ponderação como metodologia necessariamente presente em qualquer dogmática constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais nos nossos dias.*

- Distingue-se da Teoria Externa pois não são só bens constitucionais que podem justificar restrições aos Direitos Fundamentais, mas sim bens com peso tal que justifiquem uma restrição aos Direitos Fundamentais.

*Para ser admissível a restrição tem de se atender ao peso do bem que está em causa.*

- Ex: podemos restringir Direitos Fundamentais quanto à criminalização dos maus-tratos a animais

**Conceção de partida dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídico-constitucionais, fortes (trunfos contra a maioria), mas constitucionalmente consagradas, em geral, no pressuposto da inevitável eventualidade da sua posterior limitação.**

*O sentido da natureza de trunfos dos direitos fundamentais tem duas diferentes modalidades de consagração constitucional:*

- na qualidade de **regras** – não posterior derrotabilidade, do seu carácter de garantia definitiva, absoluta, insusceptível de cedência.
- na qualidade de **princípio** – posterior limitabilidade, possibilidade de cedência face a outros trunfos que, nas circunstâncias do caso, surjam com maior peso.

---

<sup>44</sup> CRP admite leis restritivas inconstitucionais e leis restritivas constitucionais.

As **normas de direitos fundamentais apresentam a natureza de princípios no sentido em que não fixam um resultado necessário, clara e imediatamente dedutível, já que a solução do caso depende, ainda, de uma indispensável ponderação de razões** e princípios de sentido contrário que, do ponto de vista da Constituição, devem ser igualmente atendíveis.

- Isto vendo o direito como um todo<sup>45</sup>.
  - Se não for visto como um todo e atender-se a faculdades, vemos que a Constituição pode especificar pormenorizadamente o conteúdo de algumas normas em ordem a permitir a sua aplicação de forma meramente subsuntiva.

Os **efeitos jurídicos produzidos pelas normas de Direitos Fundamentais são, independentemente das modalidades concretas de consagração constitucional, condicionados pela necessidade e inevitabilidade da ponderação dos valores** e interesses que visam proteger, com outros valores, interesses ou princípios igualmente atendíveis no caso e que podem estar jusfundamentalmente protegidos.

- Observa-se a **força normativa da Constituição pois é a interpretação desta que nos vai permitir concluir se uma dada norma constitucional pode já ser aplicada subsuntivamente ou carece ainda ou pressupõe ainda novas ponderações** e é, nessa medida, suscetível ou não de ver o bem jurídico por ela protegido ser restringido pela posterior atuação dos poderes constituídos.

Considerando a *ponderação de bens como uma metodologia de concretização e de realização dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, diverge de Alexy em diferentes planos e dimensões*: plano da fundamentação da admissibilidade de restrições a Direitos Fundamentais; plano da metodologia proposta para o controlo das restrições; plano da própria utilização da ponderação de bens, sobretudo no que se refere à forma de conceber a sua relação com o princípio da proporcionalidade.

A **reserva geral imanente de ponderação que afeta os Direitos Fundamentais é o pressuposto lógico assente na própria natureza intrínseca deste tipo de garantias jurídico-constitucionais**, que fundamente a possibilidade de cedência posterior dos direitos fundamentais em face da necessidade de prossecução de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica.

- Mas *nem todas as normas apresentam esta mesma natureza de possibilidade de cedência* – legislador constituinte pode exprimir, a propósito de uma faculdade ou garantia específica de um direito fundamental, todas as ponderações que há a fazer e consagrar um direito já com carácter definitivo e absoluto, sem admissibilidade de quaisquer cedências posteriores.

---

<sup>45</sup> Ex: art. 45º CRP

- Apesar do artigo ser sobre reunião e manifestação o enunciado do art. 45º/1 é diferente do art. 45º/2.
- Para algumas teorias, isto significaria que os direitos têm uma força diferente (como vicissitude de redação do artigo).
- Não é pelo facto de não se repetir no art. 45º/2 o que diz no art. 45º/1 que é possível haver uma manifestação armada e violenta.
- Atende-se à natureza do direito e é óbvio que uma restrição nesse âmbito é mais do que justificada.
- Apesar do texto constitucional, a restrição é a mesma.
- Esta é uma norma constitucional que tem a natureza de norma-princípio.

- *Só se chega a esta conclusão através da interpretação das normas jurídicas constitucionais.*

Na **generalidade** das situações, os **Direitos Fundamentais** estão **consagrados constitucionalmente admitindo a possibilidade da sua cedência posterior em função da necessidade de prosseguir a realização de outros bens, interesses ou direitos por parte dos poderes públicos** – ou seja, consagrados sob reserva geral imanente de ponderação.

Alexy sustenta uma natureza de direitos fundamentais intrinsecamente expansiva, de prima facie ilimitada e aspirando a uma realização otimizada.

- Portanto, uma primeira fase em que se pretende delimitar o conteúdo ou âmbito de proteção do direito em causa, é irrelevante.
  - Ex: está contido o direito subjetivo fundamental a matar e etc.

JRN: se tudo está prima facie protegido, então é desnecessário o trabalho de interpretação normativa por parte do operador jurídico porque tudo tem alguma relação com o direito fundamental e toda a liberdade é jurídico-constitucionalmente protegida.

- *Para a teoria alexyana dos princípios há um direito subjetivo fundamental a tudo, a fazer o que se quiser, a exigir o que se quiser.*
  - Tudo se resolveria nesta ponderação e nada mais havia a fazer.

JRN: isto é **problemático pois a ponderação não é uma metodologia simples, objetiva e capaz de proporcionar resultados racionalmente demonstráveis e, sobretudo, intersubjetivamente reconhecidos como juridicamente devidos.**

*A ideia de direitos como trunfos traduz um princípio de indisponibilidade dos Direitos Fundamentais, considerados que eles o são.*

- Surge um paradoxo.
  - Teve de se fixar que Direitos eram esses e, em **Estado de Direito democrático, quem fixa os contornos desse espaço e quem fixa esses limites (no fundo, quem aprova a Constituição), só pode ser a própria maioria.**
  - Uma *maioria que no momento constituinte se autolimita em função da proteção dos direitos fundamentais ou que aceita a limitação que os direitos fundamentais lhe impõem.*
  - A auto ou heterolimitação da decisão constituinte da maioria priva essa mesma maioria (e as que lhe seguirão na vigência da Constituição) da livre disponibilidade sobre direitos fundamentais.
  - **Assim, o primeiro ato constituinte em que a maioria eleva juridicamente os direitos fundamentais a garantia constitucional é simultaneamente o último ato de disposição livre dos direitos fundamentais.**

**Apesar de os direitos fundamentais terem a natureza de trunfos contra a maioria, eles têm de ser limitáveis e podem ceder e ser restringidos.**

- E cabe ao legislador ordinário proceder a essa limitação – esse legislador é uma maioria.



- Surge outro paradoxo – *direitos fundamentais são trunfos contra a maioria*<sup>46</sup> *mas admite-se a sua limitação pela maioria?*
  - Essa limitabilidade decorre da própria natureza dos Direitos Fundamentais e do sentido da sua consagração constitucional.
  - **Os Direitos Fundamentais, todos eles quando vistos como um todo, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, imaneamente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da indiscutível forma e força constitucionais que lhes são atribuídas, eles podem ter de ceder perante a maior força ou o maior peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de proteção jurídica.**
    - ❖ Cabe à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno e carente de proteção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundividência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria.

JRN: **não há oposição irreduzível entre a ideia de ponderação de bens e de direitos como trunfos** – elas vão necessariamente a par em Estado de Direito democrático. Estas ideias não podem ser configuradas segundo uma lógica excludente.

- A ideia de direitos fundamentais como trunfos sem a necessária integração com a ideia de sujeição dos direitos fundamentais a uma reserva geral imanente de ponderação produziria um absolutismo jusfundamental inviável e, por isso mesmo, meramente retórico e inconsequente.

---

<sup>46</sup> Mesmo não entendendo como trunfos, por serem garantias jurídicas de nível constitucional têm supremacia hierárquica face à atuação dos poderes constituídos.

## Controlo da Constitucionalidade das Restrições aos DF

A *força normativa e constitucional dos Direitos Fundamentais* exige uma **estruturação dos procedimentos de ponderação de bens em ordem à construção dum modelo de controlo das restrições racional e intersubjetivamente acessível.**

Por sua vez, a *aplicação das normas de Direitos Fundamentais*, enquanto garantias jurídicas, não pode prescindir de uma **combinação da ponderação de bens com o recurso aos procedimentos clássicos de interpretação e aplicação das normas jurídicas.**

Temos de **determinar quais são os parâmetros de controlo e as metodologias adequadas nas sucessivas fases em que se verifica se a atuação restritiva atuada pelos poderes constituídos observa os requisitos constitucionalmente exigidos a qualquer restrição a Direitos Fundamentais.**

- Segue-se a lógica de encadeamento dos procedimentos de controlo da Teoria Externa ainda que não aderindo a essa teoria.
  - A partir do momento em que se reconhece a admissibilidade constitucional de restrições implicitamente autorizadas por força da colisão do direito fundamental sem reservas com outro bem igualmente digno de proteção jurídica já estamos fora da Teoria Externa e temos de fazer ponderações.

*Vamos apurar como uma liberdade jusfundamentalmente protegida com suficiente determinabilidade foi desvantajosamente afetada por um ato imputável ao Estado de natureza e intensidade bastantes para suscitar a respetiva judiciabilidade.*

### 1ª Fase: DELIMITAÇÃO do conteúdo protegido pelo DF afetado pela Restrição

Primeiro Momento: **necessidade da delimitação do conteúdo constitucionalmente protegido do direito fundamental para apurar a existência de verdadeira restrição.**

- Procura apurar-se aquilo que está, à partida, protegido ou não pela garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamenta.
- O que resulta nesta fase é *primariamente um problema de interpretação na norma.*
  - Mas nunca é somente um problema técnico de interpretação jurídica através da qual fosse possível apurar os limites do âmbito de proteção de um direito com base em labor hermenêutico incidindo sobre o texto da disposição constitucional.
- Ex: lei que proíbe a difusão de pornografia
  - *É restrição a direitos fundamentais ou não?*
  - Supremo tribunal dos EUA têm vindo a discutir este assunto.
  - O que está em causa é a liberdade de expressão – porque é que uma pessoa quando uma pessoa comunica uma mensagem política ou comercial está protegida pela liberdade de expressão e quem comunica uma mensagem pornográfica não está?
  - Supreme Court considerou que deveria estar protegido pela liberdade de expressão.
    - Por detrás desta discussão está a questão de saber o que delimita os direitos fundamentais.

- Pois há práticas que estão protegidas pelos Direitos Fundamentais e outras que não estão.

### Conceção Restritiva

Própria da *teoria interna*, que concentra todo o processo de controlo na interpretação restritiva do conteúdo protegido do direito fundamental e prescinde do controlo da restrição – controlo de constitucionalidade se esgota nesta fase de delimitação do conteúdo protegido dos direitos fundamentais.

→ **Só se considera como verdadeiro exercício de direito fundamental tudo aquilo que é consensual e indiscutivelmente aceite como tal.**

- Só está incluído no direito fundamental aquilo que é indiscutivelmente considerado como sendo exercício do direito fundamental

*Inconveniente da Conceção Restritiva*: deixa de fora da proteção dos Direitos Fundamentais um enorme espaço relativamente ao qual temos dúvidas se deve ou não ser protegido.

- Se o excluirmos à partida significa que há todo um conjunto de atividades a que lhe não é reconhecida proteção jusfundamental.
- Ex: lei diz que só pode haver manifestações até às 22h. Às 22h05 o grupo de pessoas continua reunido. Estão ainda a exercer direito fundamental? Sim. Ainda é uma manifestação. Mas há dúvidas. Pelo que segundo esta conceção, não considerando direito fundamental, já não sujeita a controlo.

### Conceção Ampliativa

Própria da *teoria dos direitos fundamentais como princípios*, que concentra todo o controlo na ponderação de bens que conduz à imposição de um limite e prescinde da necessidade de prévia interpretação do conteúdo protegido do direito fundamental – esta fase é quase dispensável, uma vez que tudo está, à partida, incluído na proteção jusfundamental, pelo que não há necessidade de interpretar a norma de proteção e tudo se resolverá nas fases seguintes.

→ **Só se exclui como exercício de direito fundamental aquilo que consensual e indiscutivelmente deva ser liminarmente excluído.**

- Só aquilo que consensualmente nunca pode ser considerado exercício de direito fundamental é que fica excluído da proteção de direito fundamental

JRN: *é preferível uma visão ampliativa do conteúdo protegido pelo direito fundamental*

- Não é conceder proteção total, é só interpretar como problema de direitos fundamentais.
- Permite considerar o problema como um problema de Direitos Fundamentais.
  - Após esta identificação é que vamos ver se as intervenções do Estado são legítimas ou não.
  - Estamos somente na fase da interpretação da norma de direito fundamental e saber o que ela protege ou não.

Não se deve atender à pureza concetual das construções teóricas, devendo privilegiar-se as necessidades de controlo da constitucionalidade das restrições, i.e., *procura-se, acima de tudo, fazer incidir sobre todas as atuações estatais que afetam negativamente a autonomia, a*

*liberdade e o bem-estar individuais um escrutínio judicial efetivo – a Estratégia Ampliativa é a melhor.*

- **À partida, deve ser considerado exercício de direito fundamental tudo aquilo que, de forma não desrazoável mantenha uma relação estreita com o programa normativo que levou à consagração constitucional do direito<sup>47</sup>.**
  - Ou seja, à partida, **só deve ser excluído da consideração como exercício de direito fundamental aquilo que constitua um indiscutível ilícito penal em sentido material ou que seja consensual e pacificamente rejeitado como sendo, em quaisquer circunstâncias, comportamento absolutamente inadmissível numa sociedade democrática.**
    - Mas isto afasta-se de uma conceção radicalmente ampliativa proposta por Alexy, pois essa construção é implausível e quase grotesca.
    - *A lógica de proteção dos direitos fundamentais está associada ao facto de se valorar positivamente princípios e bens a eles intimamente associados, como a DPH, liberdade, autonomia, vida e etc.*
    - Portanto, o ato de matar ou violar pode ser uma manifestação de liberdade, mas não de liberdade juridicamente protegida e nunca liberdade protegida por direitos fundamentais
    - E esta fase não pode ser eliminada à partida e o jurista tem de enfrentar este problema.

Ex: no dia de eleições a população fecha o local em que as pessoas iam votar. Estão a exercer o direito de manifestação, que só tem alguma utilidade se for acompanhado pela prática de uma ilegalidade. Apesar das pessoas serem sancionadas não devem ter a atenuante de estarem a exercer um direito fundamental?

- JRN: sim. Já não estamos naquela situação que consideramos ilegítima num Estado de Direito. Já podemos ter essa consideração. A visão restritiva aqui não funcionava.

Ex2: fazer graffiti num carro estacionado na rua é liberdade de expressão? Não, pois consensualmente isso é o cometimento de um ilícito.

**O primeiro passa para apurar da eventual admissibilidade de cedência ou restrição do direito fundamental em causa passa pela necessidade de avaliação e ponderação do peso relativo dos bens em colisão.**

## **2ª Fase: JUSTIFICAÇÃO exigível para a admissibilidade de Restrições aos DF**

*Após a delimitação interpretativa do conteúdo juridicamente protegido de um direito fundamental e verificada a existência de uma restrição ou de uma intervenção restritiva que*

---

<sup>47</sup> Atendendo ao carácter constitutivo do princípio da dignidade da pessoa humana, esse fator tem de convergir no sentido do reforço e da prevalência tendencial da autonomia do titular do direito, refletindo-se **na fixação de um conteúdo protegido do direito fundamental em que, senão determinantes, não pode ser indiferentes as conceções do próprio acerca da forma como entende o seu direito e assume o respetivo exercício.**

- Assim, sem prejuízo de uma obrigação estatal de definição do conteúdo juridicamente protegido da liberdade que, de resto, vem implícita na própria ideia de constitucionalização dos direitos fundamentais, essa definição *não pode deixar de relevar a autonomia e autocompreensão do próprio titular sobre o sentido, conteúdo e escolha das modalidades de exercício.*

sobre ele incidam, *temos de apurar se há uma autorização constitucional expressa para restringir ou, não havendo, se há, com fundamento na reserva geral imanente de ponderação, que afeta, em geral, os direitos fundamentais, uma justificação adequada para restringir, devendo ainda esta justificação ser suficientemente forte para fazer ceder o direito fundamental.*

- Entramos na fase de saber qual a justificação apresentada para restringir o direito.

#### Restrições expressamente autorizadas pela Constituição

**Art. 18º/2/1ª parte CRP** – *CRP tem lógica de que só pode haver restrições legítimas se houver uma menção expressa na CRP*

- JRN: mas é **impossível prever-se todas as situações em que um direito fundamental pode ser restringido** – esta norma é semelhante a dizer “*todos os homens são imortais*”, não é coerente com a natureza das coisas.
- **A natureza dos Direitos Fundamentais tem como imanente a sua limitação. Constituição não permite restrições mas elas têm de ocorrer**<sup>48</sup>.

*Art. 16º/1 CRP contém a cláusula aberta de Direitos Fundamentais – esses outros direitos podem ser limitados?*

- Levando o art. 18º à letra, não havia possibilidade de restringir esses direitos, levando ao absurdo de eles terem maior força jurídica do que aqueles que a CRP consagra.

*Apesar da intenção do legislador constituinte ser proteger os Direitos Fundamentais, não podemos levar à letra o preceito.*

- **Tem de haver restrições expressamente autorizadas e restrições não expressamente autorizadas.**

*O regime das expressamente autorizadas é igual ao regime das não expressamente autorizadas?*

Ex: lei pode limitar o direito à greve dos polícias (está na CRP); mas a lei poderá limitar o direito à greve dos juizes (não está na CRP)?

- Apenas a exigência de controlo é diferente.
- **Quanto ao aspeto de saber se pode haver restrições, a CRP já resolve no caso das expressamente autorizadas.**
  - No caso nas não expressamente autorizadas, os juizes têm de controlar a atuação do legislador de forma mais exigente, pois a CRP nada diz.
  - *Num caso uma primeira fase é ultrapassada, e no outro não.*

#### Restrições não expressamente autorizadas pela Constituição

*No silêncio da CRP há razões que se consideram admissíveis para restringir e outras que não se consideram admissíveis para restringir* – precisamos de encontrar critérios para definir.

---

<sup>48</sup> Muitos constitucionalistas ultrapassavam restringindo o direito mas chamando-lhe outra coisa que não restrição (limites imanentes aos Direitos Fundamentais, condicionamento e etc.).

- JRN: não tem vantagem nenhuma – o objetivo do art. 18º/2/1ª parte é dar proteção reforçada aos Direitos Fundamentais que não têm possibilidade de restrição.
  - O art. 18º/2/2ª parte tem limites que se têm de observar – mas só podem ser observados se forem leis restritivas.
  - Esta doutrina levava a que o legislador não tivesse controlo – se não está a fazer lei restritiva, não está sujeito aos requisitos do art. 18º/2, portanto desprotege os Direitos Fundamentais.

- Tem de haver orientação objetiva e não entregar ao mero subjetivismo dos juízes.
- É admissível a restrição quando ela for fundada na proteção de um outro bem fundamental com relevância constitucional** – se o bem que justifica a restrição tem referência na Constituição ou não.
- Critério muito formal mas que não serve.
    - JRN: lógica que confunde 2 coisas que não vão necessariamente a par – **confunde importância de proteção de um bem com consagração constitucional desse bem.**
    - Parte do princípio que se os bens não estiverem na CRP não tem peso relevante.
      - Não pode ser assim, pois CRP é aprovada num determinado tempo histórico em que se dá importância a certos aspetos e não outros.
      - Não significa que hoje tenhamos de dar mais importância aos direitos que foram consagrados na CRP em 1976.
      - Ex: questão dos animais – se CRP fosse feita agora talvez se consagrasse na CRP
    - *Conceções mudam e sociedade reconhece, de forma geral, importância a bens que não estão positivados na CRP* – essa importância é dada através da aprovação de leis em certo sentido e etc.
      - JRN: não faz sentido esta conceção
      - Ex: festa no Alentejo em que há tourada na praça principal; grupo de manifestantes contra isso impede a festa pois vão para a praça principal. Manifestação é direito fundamental, a festa não. Qual o direito que devia ceder? Na lógica do bem constitucional vs. infraconstitucional o que cedia era a festa. Mas pode fazer-se a manifestação na rua ao lado e não impedir a festa. A manifestação deve ser desviada, pois está a sê-lo não pelo conteúdo da manifestação – ela é desviada porque é razoável que as pessoas tenham a festa, não pelo que estão a dizer.
      - Ex2: grupo quer fazer manifestação em frente à embaixada dos EUA. Governo quer manter boas relações com os EUA e uma manifestação ali é prejudicial. Pode o Governo impedir que se faça manifestação? Não, eles têm direito a fazer a manifestação – neste caso é uma questão de divergência de opiniões políticas, portanto, o desvio da manifestação era pelo conteúdo da manifestação. Aí já não pode ser restringido – restringir o direito por uma razão de conteúdo não pode ser feito – o exercício dos Direitos Fundamentais é reconhecer igual dignidade a diferentes opiniões.

**JRN: Quando juiz controla deve ter em conta as razões invocadas para se limitar o direito – e há razões inadmissíveis para restringir.**

- Não se deve somente atender ao formalismo do bem estar na CRP ou não.
- Ex: querem fazer manifestação de Almada a Lisboa, atravessando a ponte. Governo recusa a manifestação por razões de segurança. TC deve controlar esta recusa de forma exigente? Temos de ter em conta que o Governo não tem problema em permitir a travessia na ponte quando há uma maratona, mas agora tem problemas quando é com uma manifestação. As razões de segurança invocadas pelo Governo podem estar a disfarçar uma outra razão para a restrição (desacordo político). Por isso o tribunal tem de fazer um controlo mais intenso.

- Ex2: Governo justifica o corte de pensões com justiça relativa (para equiparar ao setor privado). Mas depois acrescenta norma que diz que as pensões serão repostas. É contraditório. Apesar da razão invocada, o tribunal tem de fazer um controlo da razão real para a restrição.

Se a razão não for inadmissível, pode deixar-se passar nesta primeira fase e depois há outras fases de controlo da constitucionalidade da restrição.

**Em Estado de Direito há razões reais para a restrição que não são admissíveis.**

Justificações inadmissíveis à Restrição de Direitos Fundamentais em Estado de Direito  
Isto **decorre do princípio da DPH e do direito de cada um ser tratado com igual consideração e respeito por parte do Estado**, bem como a vinculação das entidades públicas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

**A igual dignidade de todos determina que não seja a quantidade das pessoas que apoiam a restrição, mas sim o conteúdo da restrição, o seu peso na ponderação com razões contrárias, que são decisivos para efeitos da determinação da prevalência ou da cedência de um direito fundamental em Estado de Direito.**

- A maioria não se pode fazer prevalecer da força do número para justificar a imposição de limitações à liberdade, à autonomia e ao bem-estar de outrem desde que estes bens estejam jufundamentalmente protegidos.
- Uma razão que não pode ser admissível é o facto de se estar a restringir Direitos Fundamentais porque há uma maioria que foi eleita com o programa de restringir o direito – isso é contrário à própria ideia de direito fundamental, que foi furtado à disponibilidade da maioria política.
  - Isto não significa que a maioria não possa restringir o direito, apenas significa que a maioria não pode restringir o direito só por ser maioria.

**A necessidade de prosseguir a realização ou a proteção de outro bem pode prevalecer sobre um direito fundamental, mas a prevalência deve ser fundamentável em razões compartilháveis por qualquer pessoa razoável e não apenas por aqueles que perfilhem uma dada conceção particular do bem ou da vida virtuosa, i.e., no caso, a conceção do bem dos titulares do poder.**

- *A justiça constitucional vai escrutinar a tentativa de sacrifício da liberdade individual ao fim da imposição de uma particular mundividência da maioria a toda a sociedade, com a conseqüente erradicação, degradação ou desqualificação das conceções alternativas.*
  - **Se por detrás da aparência de prossecução do interesse público se verifica que estão, afinal, intenções de suprimir, inviabilizar, denegrir ou desqualificar uma outra visão de vida boa ou se pretende impedir ou afetar significativamente a possibilidade outros poderem ter e formar diferentes conceções do bem, definir os seus planos de vida em função de outras mundividências e interagir com outras pessoas à luz de conceções próprias, então a justificação da restrição a direito fundamental viria associada à rejeição do outro como ser igual e autónomo – em última análise, à recusa de reconhecimento de uma igual dignidade em todas as pessoas – pelo que tal justificação seria inadmissível.**

**Mesmo quando há razões em abstrato aceitáveis para justificar a restrição de direitos fundamentais, a maioria tem, no reconhecimento obrigatório da igual dignidade das pessoas humanas, de tratar todos com igual consideração e respeito.**

- Assim, sempre que esteja em causa a utilização de meios restritivos em si mesmo violadores da DPH ou estejam em causa limitações ou restrições a direitos fundamentais com presença de categorias ou fatores suspeitos de não atenderem à DPH, o controlo judicial deve ser muito mais denso e exigente.
  - Não deve ser um mero controlo da evidência.

Uma justiça constitucional que releve a **conceção dos Direitos Fundamentais como trunfos sujeitará, à partida, a um escrutínio reforçado o recurso indiscriminado a conceitos indeterminados**, e enquanto tal dificilmente sujeitos a verificação racional, como a moralidade, ordem pública, interesse público, dignidade e etc.

**A força de resistência da concreta pretensão ou faculdade do direito fundamental que está em causa numa concreta situação restritiva não é indiferente para o resultado final da ponderação que visa determinar a eventual prevalência de um interesse contrário.**

- O peso da justificação exigível para fundamentar a restrição deve ser maior ou menor, mais ou menos ponderosa, conforme as situações e conforme a norma em causa (se norma-regra ou norma-princípio).
  - Schauer: *Os direitos fundamentais são garantias protegidas por armaduras, que possuem força e capacidade de resistência diferenciada e, por isso, conferem intensidades de proteção também diferentes, em função das diferentes justificações invocáveis para a respetiva limitação.*
  - Neste sentido, considerados ou como um todo ou em alguma das suas dimensões, **há Direitos Fundamentais que foram constitucionalmente consagrados ou adquiriram um lastro de resistência especialmente dirigido contra tipos especiais de justificação e que tem um fundamento remoto na proteção da DPH e na conceção dos direitos como trunfos.**

concepção dos direitos como trunfos.

Por exemplo, restringir a liberdade de consciência ou de culto de alguém em nome da superior bondade de uma outra dada religião seria, à partida, inadmissível, dado que a liberdade de religião enquanto direito fundamental é expressamente consagrada, em primeiro lugar, para proteger, em absoluto, contra tal tipo de restrições. Ou seja, a liberdade de religião, considerada como um todo, é limitável como qualquer outro direito, pelo que há justificações susceptíveis de constituir fundamento aceitável de restrição, mas nunca aquele tipo de razões. Restringir a liberdade de reunião política por causa das posições políticas que os participantes professam seria inadmissível, exactamente porque a consagração constitucional do direito protege definitivamente, em primeira linha, contra restrições baseadas nesse fundamento<sup>228</sup>.

Em sentido inverso, **também há justificações neutras**, em que as restrições aos Direitos Fundamentais, embora produzam um efeito adverso na liberdade de expressão, **não têm a intenção de discriminar, restringir, favorecer ou prejudicar com base no tema, na orientação ou no ponto de vista veiculado.**



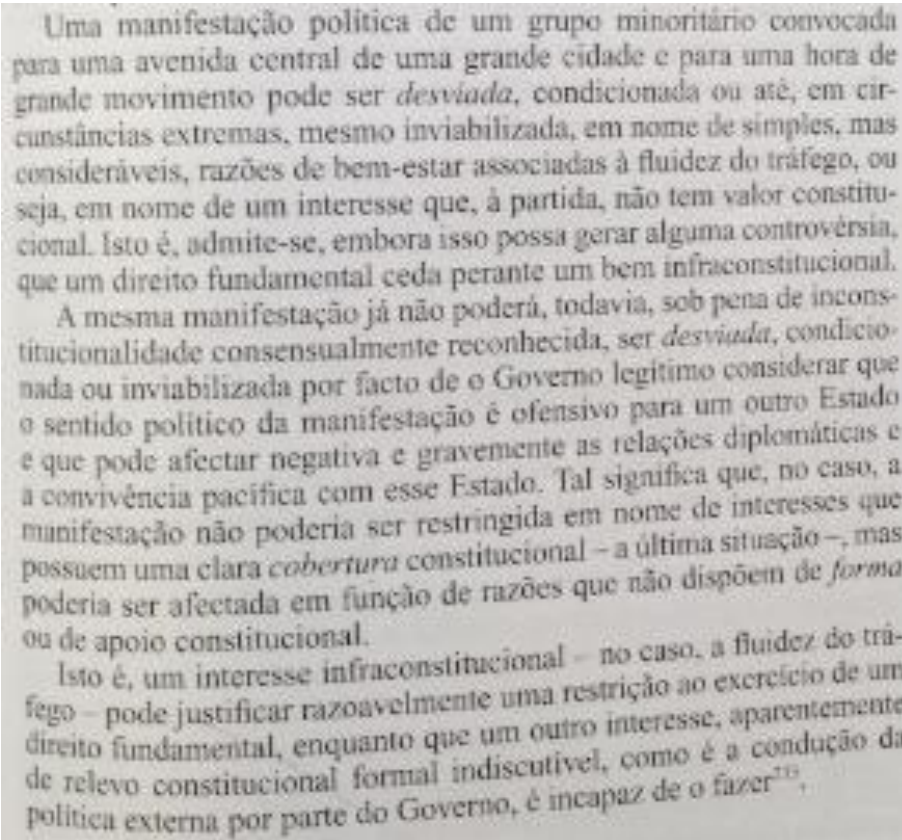
Também **há razões justificativas inadmissíveis para restringir certos direitos, mas não já outros.**

Ex: razões paternalistas para proteger o próprio titular – não podem ser invocadas para restringir a liberdade à informação mas podem ser invocadas para proteger certas dimensões do desenvolvimento da personalidade (impondo a utilização de cinto de segurança nos carros).

#### Bens Suscetíveis de Justificar a Restrição a Direitos Fundamentais

*A presença de um bem na Constituição confere-lhe, à partida, uma força especial, mas bens fora da Constituição podem indiferentemente dispor do mesmo ou de superior peso.*

- **Forma constitucional e peso substantivo não se equivalem necessariamente.**



Uma manifestação política de um grupo minoritário convocada para uma avenida central de uma grande cidade e para uma hora de grande movimento pode ser *desviada*, condicionada ou até, em circunstâncias extremas, mesmo inviabilizada, em nome de simples, mas consideráveis, razões de bem-estar associadas à fluidez do tráfego, ou seja, em nome de um interesse que, à partida, não tem valor constitucional. Isto é, admite-se, embora isso possa gerar alguma controvérsia, que um direito fundamental ceda perante um bem infraconstitucional.

A mesma manifestação já não poderá, todavia, sob pena de inconstitucionalidade consensualmente reconhecida, ser *desviada*, condicionada ou inviabilizada por facto de o Governo legítimo considerar que o sentido político da manifestação é ofensivo para um outro Estado e que pode afectar negativa e gravemente as relações diplomáticas e a convivência pacífica com esse Estado. Tal significa que, no caso, a manifestação não poderia ser restringida em nome de interesses que possuem uma clara *cobertura* constitucional – a última situação –, mas poderia ser afectada em função de razões que não dispõem de *forma* ou de apoio constitucional.

Isto é, um interesse infraconstitucional – no caso, a fluidez do tráfego – pode justificar razoavelmente uma restrição ao exercício de um direito fundamental, enquanto que um outro interesse, aparentemente de relevo constitucional formal indiscutível, como é a condução da política externa por parte do Governo, é incapaz de o fazer<sup>133</sup>.

**Gomes Canotilho critica Reis Novais** por dissolver a força normativa da Constituição e entregar os Direitos Fundamentais a quem, no concreto, tem de ponderar a respetiva aplicação.

- JRN: tem de se assumir esta posição, pois há sempre bens dignos de proteção jurídica que não encontram acolhimento expresso na CRP. Exemplo: animais.
- É desrazoável não poder ser considerado inconstitucional qualquer restrição a direitos fundamentais não sustentada por um bem constitucional.
- Essa teoria sacrifica tudo no altar do formalismo concetual.
- E quanto ao controlo dos Direitos Fundamentais, ele cabe ao juiz, que utiliza um critério material do peso dos bens ou interesses em colisão.

Nestas primeiras fases há uma **certa contenção no controlo jurisdicional.**

- Só as situações mais evidentes é que ficam logo resolvidas.
  - Portanto, a maior parte dos casos difíceis só se resolve na última fase.

### **3ª Fase: LIMITES aos Limites**

No **plano seguinte, mesmo quando se admite a cedência de um direito fundamental**, seja porque a Constituição expressamente o admite, seja porque as razões invocadas pelo Estado não sejam constitucionalmente excluídas e, portanto, a prossecução de determinado interesse público se situe dentro da margem reconhecida de livre conformação política do legislador ou do governo democrático, **será, por fim, necessário apreciar a eventual inconstitucionalidade da restrição ou da intervenção restritiva concretamente atuadas pelos poderes públicos.**

- *Verificar se a intervenção restritiva observou ou não os princípios constitucionais estruturantes (limites aos limites).*
  - Direitos Fundamentais têm como defesa os princípios estruturantes – são limites aos limites.
  - Se não fossem estes limites os Direitos Fundamentais seriam muito soft e ficariam na lógica da boa vontade do legislador.

*Mesmo quando se admite que a limitação de um direito fundamental não é, em princípio, ilegítima, ainda assim a modalidade, a forma, a extensão ou o alcance da restrição ou da afetação negativa do direito em causa carecem de um controlo de constitucionalidade que, no fundo, é direta ou indiretamente orientado e conformado pela Dignidade da Pessoa Humana.*

- É também pelo **reconhecimento da DPH que se sujeita que um EDD aos outros princípios estruturantes** (igualdade, proporcionalidade e etc.).
  - Há Direitos Fundamentais pois existe igual dignidade em todas as pessoas – todos têm igual dignidade, portanto o Estado deve tratar todos com a mesma consideração e respeito.
  - **Todos os princípios decorrem da DPH** – embora historicamente certos princípios tenham chegado às Constituições antes da DPH.

**O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como critério de delimitação de mínimos necessariamente garantidos nas várias dimensões em que os direitos fundamentais projetam a sua força normativa em Estado de Direito social e democrático.**

- Este patamar de garantia mínima exigido pela DPH tanto pode ser perspectivado na qualidade de conformação de um âmbito nuclear de proteção em cada um dos diferentes direitos fundamentais elencados na Constituição, como pode assumir uma relevância autonomizável em direitos de dignidade próprios e específicos.

**A natureza absoluta da proteção da DPH significa a insusceptibilidade de cedência e, logo, de sujeição a eventual ponderação daquele núcleo determinado pela DPH com outros valores.**

- Portanto, podendo um direito fundamental ceder perante a necessidade de proteção de outros bens, interesses, direitos, haveria, todavia, segundo essa conceção, um núcleo que em caso algum poderia ser afetado porque era, precisamente, constituído pelo conteúdo normativo do princípio da DPH.

**Também é por força do princípio da DPH que os poderes públicos têm de respeitar os restantes limites aos limites, ou seja, os princípios estruturantes de Estado de Direito cuja necessária observância confere aos direitos fundamentais a sua derradeira natureza de trunfo num Estado de Direito constitucional.**

- Uma conceção em que os indivíduos, o seu bem-estar, a sua autonomia e a sua dignidade sejam considerados o fim último de toda a atuação do Estado reflete-se necessariamente numa determinada e exigente matriz de relacionamento em que o

Estado só se legitima enquanto Estado de Direito quando age como pessoa de bem que oriente e condiciona toda a sua atuação no respeito e em prol daqueles valores.

- **A DPH e a matriz genérica dos restantes princípios constitucionais.**
- O Estado de Direito assenta na DPH, garantindo que todas as pessoas sob a sua jurisdição têm acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos.
- Qualquer Estado de Direito, enquanto tal, orienta-se à garantia dos Direitos Fundamentais, que têm de respeitar os princípios estruturantes, sob pena de inconstitucionalidade, cabendo à jurisdição constitucional o papel de assegurar a sua observância.

● *Os princípios estruturantes, além de pautas de conformação e controlo judicial de toda a atuação estatal, desempenham um papel de padrão de controlo da atuação ou da omissão estatal restritiva dos direitos fundamentais.*

### Princípios Estruturantes

Existem em qualquer Estado de Direito, independentemente do conteúdo e texto da respetiva Constituição (ou até mesmo que não disponha de Constituição em sentido formal), qualquer que seja o regime político e o sistema de governo instituídos, independentemente de quais sejam os direitos constitucionalmente consagrados como direitos fundamentais e qualquer que seja o modelo de fiscalização da constitucionalidade acolhido.

→ **Traduzem, no domínio jurídico-constitucional, a existência de valores sem o reconhecimento dos quais não há Estado de Direito e que, no seu conjunto, só podem existir em Estado de Direito.**

- Independentemente de consagração constitucional expressa, aqueles princípios **vigora**m em qualquer Estado de Direito enquanto Estado que **prossegue como objetivo essencial da sua existência o respeito, proteção e promoção dos Direitos Fundamentais e que assenta, em primeira linha, na Dignidade da pessoa Humana**, havendo uma associação entre os princípios estruturantes e os Direitos Fundamentais.

*Em cada um dos princípios há um conteúdo normativo objetivo que permita a sua invocação de forma transparente e intersubjetivamente partilhada, ainda que com a consciência da inevitabilidade de subsistência de uma margem residual de indeterminação e algum desacordo quanto à aplicação a casos difíceis.*

- Assentar em critérios e parâmetros gerais e abstratos objetivos não garante a sua aplicação consensual e pacífica, mas, a inexistência desses parâmetros significaria a maior insegurança e pura arbitrariedade na utilização jurídica dos princípios estruturantes.

**Princípios estruturantes funcionam na qualidade de limites aos limites das ações estaduais restritivas de Direitos Fundamentais ou das omissões estatais que afetem os bens jusfundamentalmente protegidos**

- *É através da proteção conferida pelos princípios estruturantes que os Direitos Fundamentais adquirem, em Estado de Direito, a natureza de garantias jurídicas fortes e indisponíveis.*
- **Princípios estruturantes são parâmetros de um controlo de constitucionalidade da atuação dos poderes públicos, que deve ser tão mais denso e intensivo quanto mais grave se apresenta a afetação de um direito fundamental.**

Da classificação de Dworkin e Alexy, JRN prefere entender como:

- **“Normas-Regra”** – normas constitucionais às quais o legislador constituinte procedeu a todas as ponderações que havia a fazer e procurou esgotar no momento constituinte a questão da natureza da vinculatividade jurídica do comando em causa (tendo força absoluta, definitiva).
- **“Normas-Princípio”** – normas constitucionais às quais o legislador constituinte remeteu para ponderações de caso concreto a decisão derradeira acerca da prevalência ou da cedência do bem em causa, pelo que consagrou a norma em termos tais cuja interpretação permite essa eventualidade.

**Os princípios estruturantes não são consagrados com a natureza de princípio, pois a sua prevalência ou cedência não pode ser remetida para ponderações de caso concreto e a sua força vinculativa prevalece sempre.**

- Se um ato contradiz o princípio da igualdade, então esse ato é sempre inconstitucional.
- O que pode acontecer é ter que verificar se há efetivamente uma contradição do princípio da igualdade.

**Os princípios estruturantes valem sempre com uma natureza absoluta e têm sempre de ser observados e respeitados, sob pena de inconstitucionalidade.**

- A dificuldade reside em saber quando, nas circunstâncias do caso concreto, eles foram ou não observados/respeitados, sendo necessário proceder à avaliação de todas as circunstâncias e ao peso dos bens relevantes, das alternativas disponíveis e etc.

*Princípios Estruturantes não são Direitos*

- **A força vinculativa destes princípios é total e absoluta** – quando se trata de Direitos Fundamentais não há essa característica de absolutismo.
- Os **Direitos Fundamentais, considerados como um todo, têm a natureza de princípios** – são garantias jurídicas fortes mas sujeitas a ceder perante a maior força ou peso que, no caso concreto, apresentem os bens, interesses ou direitos dignos de proteção.
  - **Enquanto os princípios estruturantes apresentam uma força vinculativa inquestionável e definitivamente vinculativa, se fossem considerados direitos apresentariam tendencialmente uma natureza de garantias sujeitas a ponderação e a conseqüente cedência em função das circunstâncias do caso concreto.**

*Normas de Ação e Normas de Controlo*

Conceção muito difundida de que os **princípios constitucionais assumiriam uma dupla face** (e um duplo conteúdo normativo) consoante se dirigissem a uns ou a outros dos poderes públicos estatais.

- Assim, a proporcionalidade funcionaria como norma de ação (com um certo conteúdo), relativamente ao legislador, mas já teria um conteúdo diferente, aí já como norma de controlo, quando fosse aplicado pelo juiz.

JRN: *forma equivocada de perceber o sentido da imposição de limites constitucionais aos poderes públicos.*

- **Quando consagra os princípios estruturantes e vincula o Estado à sua observância, a Constituição coloca limites (negativos e positivos) ao legislador e aos restantes poderes públicos.**
- Se a norma constitucional proíbe a imposição de restrições excessivas aos direitos fundamentais dos cidadãos, essa limitação abrange todos os poderes estatais: do legislador ao juiz, nenhum deles pode restringir excessivamente a liberdade individual.
  - Em função da existência desse limite da proibição do excesso, o papel do juiz constitucional é verificar se a norma constitucional que o consagrou foi ou não violada. Não há duas normas, mas apenas a que proíbe o excesso na atuação dos poderes públicos.
  - Se assim não fosse, poderíamos dizer que todas as normas, sem exceção, seriam normas de ação relativamente aos seus destinatários primários e normas de controlo relativamente ao juiz que verifica a legalidade da atuação desses destinatários. Não há aí nenhuma especificidade relativamente às normas decorrentes dos princípios estruturantes.
    - **A norma constitucional que serve de parâmetro para o juiz verificar a existência de inconstitucionalidade é só uma: o princípio, enquanto princípio estruturante, e, na situação específica, enquanto limite aos limites dos Direitos Fundamentais.**

*Princípios Estruturantes e Restrições a Direitos Fundamentais*

**Sem a intervenção dos princípios estruturantes, os Direitos Fundamentais não seriam mais que tópicos de ponderação ou de apelos virtuosos à boa vontade dos poderes públicos.**

Os Direitos Fundamentais são intrinsecamente dotados de uma reserva geral imanente de ponderação, sendo suscetíveis de cedência perante a invocada necessidade de o Estado ter de prosseguir a realização de outros bens, interesses ou direitos igualmente dignos de proteção jurídica.

Enquanto garantias constitucionais fortes, trunfos que os titulares podem jogar a seu favor contra a maioria, os Direitos Fundamentais só podem ceder perante razões justificativas igualmente fortes, perante interesses de realização premente que não contradigam a própria necessidade de garantia e de consequente consagração constitucional dos Direitos Fundamentais.

**As concretas medidas restritivas têm de observar as garantias constitucionais, respeitando as exigências, condicionamentos e limitações impostos pelos princípios estruturantes – limites aos limites dos Direitos Fundamentais.**

- São estes **princípios que, na prática, asseguram a prevalência dos Direitos Fundamentais.**
- *São os princípios estruturantes que formam os dentes dos direitos fundamentais, que lhes garantem uma efetividade que vai para além de um mero apelo à ponderação e à boa vontade dos agentes políticos.*

*Em todas as situações de restrições, o que acaba por ser decisivo é a instância de densidade ou de intensidade de controlo jurisdicional a que se recorre e, sendo possível maior ou menor deferência para com as opções dos poderes políticos, sendo possível maior ou menor contenção judicial, a densidade do controlo deve acompanhar a importância e a gravidade do interesse jusfundamental que está em causa.*

- A simples presença de um direito fundamental impõe, sob pena de subversão das razões que presidiram à respetiva constitucionalização, uma densidade de controlo jurisdicional intensiva na utilização dos princípios estruturantes.
  - Mas, por outro lado, dada a vastidão do mundo dos Direitos Fundamentais e a extrema diversidade de importância da proteção por eles conferida, mesmo quando falamos de um único direito fundamental visto como um todo, deve essencialmente ter-se em conta, quando se trata de determinar a intensidade do controlo judicial, a importância e gravidade do que está em jogo.

## Limites aos Limites: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao longo do *séc. XXI* os *Tribunais Constitucionais* e *Supremos Tribunais* familiarizaram-se com a *utilização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* que, não obstante a indefinição que o viu nascer, se transformou em argumento e fundamento de uso corrente na jurisprudência constitucional.

### **DPH, Direitos Fundamentais e Princípios Estruturantes**

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, até pela sua indefinição de partida, *apresenta-se na ordem jurídica num largo espetro de possibilidades de aplicação e de desenvolvimento de diferentes dimensões normativas, em geral igualmente associadas aos Direitos Fundamentais e aos outros Princípios Estruturantes.*

- **É fundamento dos Direitos Fundamentais constitucionalmente consagrados**
  - Podem surgir situações em que a **DPH está ao lado dos Direitos Fundamentais** – atua em sua defesa e protegem a liberdade, autonomia e bem-estar individuais contra eventuais afetações negativas ou desvantajosas que sobre eles incidam. Atua como limite aos limites.
    - i. Filtra e exclui razões potencialmente invocáveis como **fundamento para restringir** Direitos Fundamentais.
    - ii. Filtra e apura a **forma, medida e o alcance das concretas medidas** restritivas adotadas.
  - Podem surgir situações em que a **DPH está contra os Direitos Fundamentais** – atua como justificação da necessidade de restringir um direito fundamental. Atua como fundamento material de justificação da restrição.

*Estas funções só podem ser cabalmente desempenhadas no pressuposto de que a DPH tem um conteúdo próprio diverso do sentido normativo que apresentam os Direitos Fundamentais em causa.*

- Se assim não fosse, a DPH acabaria por ser somente identificada com o conteúdo dos próprios Direitos Fundamentais, pelo que a sua utilização seria meramente retórica.
- JRN: **não há préstimo numa conformação do conteúdo normativo da DPH em sobreposição ao conteúdo dos próprios Direitos Fundamentais.**
- Uma excessiva abrangência de conteúdo normativo atribuído à DPH, implicando a sua identificação com os Direitos Fundamentais, redundaria em enfraquecimento e banalização do princípio<sup>49</sup> - se já temos norma específica, não é preciso recorrer ao princípio, a não ser com função retórica de apoio.

---

<sup>49</sup> Seria mais plausível uma identificação da DPH, não com os Direitos Fundamentais em toda a sua potencial extensão, mas apenas com o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais. Mas saber qual a essência da liberdade, autonomia e bem-estar individuais e quais as consequências jurídicas da proteção constitucional que lhe é garantida redundaria na delimitação de um conteúdo normativo próprio para o princípio da DPH.

Mais, se identificamos a DPH com todos os direitos fundamentais, como os Direitos Fundamentais podem ceder, isso teria como **consequência que a DPH também poderia ceder.**

- JRN: *isso enfraquece o princípio da DPH, que é o pilar da construção jurídica da República Portuguesa.* Se pudesse ceder então já não seria o pilar fundamental do Estado de Direito.
- JRN: DPH tem valor absoluto, senão não faz sentido a construção – mas para isso não podemos identificar a DPH com tudo o que é Direitos Fundamentais.

- **É fundamento material dos Princípios Estruturantes**, tendo uma função normogenética.
  - Independentemente da positivação constitucional expressa de cada um dos princípios, um Estado de Direito pauta a sua atuação por esses princípios devido a ser um Estado que atua na forma do Direito que ele próprio cria com o fim último de assegurar a DPH.

Ou seja, **um Estado de Direito fundado na DPH, para além de obrigar a garantir todas as pessoas as condições mínimas de bem-estar e de desenvolvimento da personalidade e de possibilidade de exercício efetivo dos Direitos Fundamentais, observa necessariamente o princípio da Igualdade, da Proporcionalidade, Proibição do Défice, Proteção da Confiança e etc.**

### Como determinar um conteúdo normativo constitucionalmente adequado para a Dignidade da Pessoa Humana?

*Cada pessoa tem a sua própria ideia do que deverá ser uma vida digna ou de quais são as exigências que decorrem do respeito pela dignidade humana.*

- Como diz respeito às convicções mais genuínas de cada um é difícil determinar quais os comandos normativos que se retiram deste princípio.

A **captura sectária do princípio**, decorrente de qualquer imposição unilateral de um pretensão conteúdo da DPH, **impedi-lo-ia de desempenhar adequadamente as funções próprias da natureza de um princípio constitucional estruturante de um Estado de Direito democrático, pluralista e inclusivo.**

- Permitir que tivesse um conteúdo segmentário era permitir que uma parte da sociedade impusesse a outra os seus valores.
- Deve haver uma exigência de consenso para que possa ser imposto como norma jurídica – se não haveria uma parte da sociedade a recorrer ao edifício coercivo do Estado de Direito para impor concepções fundamentais em que nem toda a gente se revê.

### Delimitação tendencialmente consensual do conteúdo da DPH no espaço de um pluralismo razoável

Rawls: numa sociedade democrática e aberta, a simples vivência da liberdade de consciência humana determina que pessoas racionais, razoáveis, sinceramente empenhadas na cooperação social e numa coexistência baseada no respeito mútuo, diverjam significativamente e de forma irreconciliável sobre o bem, sobre o sentido de uma vida boa, e esse desacordo é estrutural, no sentido de que não é superável.

**Nos quadros dessa sociedade aberta, plural, inclusiva e tolerante, qualquer princípio jurídico (como a DPH) só pode desenvolver as suas virtualidades como princípio estruturante quando for dotado de um conteúdo em que tendencialmente todos se possam, à partida, reconhecer.**

- O conteúdo normativo tem de ser **delimitado de forma intersubjetivamente generalizável**, o que pressupõe, pelo menos, o **acordo em torno dos critérios normativos de identificação das eventuais violações do princípio** – acordo formado em torno dos **parâmetros normativos de controlo**, tanto no plano geral e abstrato, quanto no da estruturação de modalidades típicas da sua aplicação previsível.



**O conteúdo normativo da DPH tem de ser acolhido por todas as correntes e concepções próprias de um pluralismo razoável.**

- Adaptação da ideia de Rawls de pluralismo razoável.
- **Limita-se a busca de um consenso a um espectro de concepções já construtivamente confinadas a um pluralismo razoável** – há uma primeira filtragem, mas que implica uma clarificação sobre o que se considera razoável.
  - É razoável quando se reconhece a reciprocidade da DPH – *o critério do reconhecimento de reciprocidade é uma condição mínima de inclusão.*
    - **O círculo do que é pluralismo razoável é a ideia de reciprocidade** – eu não posso pretender ter um direito que não reconheço a outrem.
    - Ideia de igual dignidade e reciprocidade.
  - Não integra o círculo de razoabilidade, não contando para o consenso requerido, quem não reconheça todas as pessoas como livres e iguais em dignidade.

O círculo de um *pluralismo razoável* não inclui as ideias de alguém que rejeite intrinsecamente o princípio de liberdade, de igualdade entre todos os cidadãos, alguém que sustente para a esfera pública ideias de exclusividade ou de verdade religiosa imperativa ou de superioridade racial, de género ou de orientação sexual. Por definição, tais ideias não satisfariam o critério da reciprocidade e, enquanto tal, seriam estruturalmente incompatíveis com o princípio de igual dignidade de todas as pessoas tal como foi constitucionalmente acolhido.

**Parâmetros normativos de controlo assentam em razões que todos, dentro do pluralismo razoável, se possam rever, possam aceitar ou que não possam razoavelmente rejeitar.**

Ora, uma justificação ou uma proposta de delimitação assentes nos pressupostos de uma única doutrina compreensiva, por exemplo a cristã, não poderiam ser razoavelmente aceites por quem perfilha outra ou nenhuma religião. Se um princípio constitucional ou um seu conteúdo particular são justificados sobre razões que só podem motivar a adesão de quem segue uma determinada doutrina compreensiva, então todos os demais ficariam sujeitos ao conteúdo de um princípio constitucional insusceptível de gerar a sua adesão consciente e voluntária.

**Dentro do pluralismo razoável<sup>50</sup> (da divergência, da diferença), é possível chegarmos a compromissos consensuais.**

- Parte-se de uma redução, não de toda a sociedade, mas sim dentro de um pluralismo razoável.

---

<sup>50</sup> Mas tem de ser um pluralismo razoável e não dos extremos – **temos de partir do postulado que toda a pessoa, pelo facto de ser pessoa, tem igual dignidade.**

- *Não podemos partir das correntes extremistas* que não entendem que todos tem igual dignidade por serem pessoas humanas.

Conceção RESTRITIVA de utilização do princípio da DPH e uma conformação do seu conteúdo pela NEGATIVA

Princípio deste relevo deve ser princípio com consenso social, atendendo ao pluralismo razoável.

### **Conceção RESTRITIVA**

A *autonomia do sentido jurídico* da DPH deve ser procurada, não tanto no lado do bem protegido, quanto no da *natureza ou da densidade da proteção conferida*.

- Apesar de igualmente protegidos por Direitos Fundamentais ou outros princípios, esses bens encontram na garantia proporcionada pela DPH a sua proteção derradeira e absoluta.

**DPH tem conteúdo útil quando só a aplicação deste princípio termina definitivamente a violação ou a ameaça**, identificando a gravidade do ato e assinalando prospectivamente a relevância do ilícito e a necessidade da sua absoluta proscrição e erradicação.

→ APLICAÇÃO INCREMENTAL

Também a **DPH tem sentido quando há situações objetivas ou posições individuais carentes de proteção jurídica em que só a DPH pode servir para a sua defesa**, não havendo outros princípios ou direitos aplicáveis.

→ APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

- Se houver norma de direito fundamental, então não precisamos de recorrer à DPH porque há algo que já resolve, só se deve utilizar nas situações mais graves.

***Conteúdo normativo do princípio deve adequar-se ou à sua aplicação a situações extremas (situações que careçam, pela gravidade do que está em causa, de uma fundamentação demolidora) ou aos casos em que a argumentação jusfundamental típica é deficitária.***

### **Conteúdo delimitado pela NEGATIVA**

*Delimitação negativa do conceito de Dignidade da Pessoa Humana*

Preocupação central não é a de apurar quais são, positivamente entendidos, os elementos ou atributos que preenchem o conceito de DPH, mas sim **quais são as situações, os atos ou as omissões que constituem violações da DPH.**

- O objetivo não será o de procurar construir ou determinar positivamente o conteúdo do valor-dignidade, **mas o de identificar as situações típicas da violação do princípio jurídico-constitucional da DPH.**
  - Cada um tem uma ideia diferente do que é ser digno, mas, apesar de todas as diferenças, há mais possibilidades de convergência na identificação do que seja indigno, mesmo que sejam diversas as razões porque a qualificamos como tal.
  - É mais fácil chegar a acordo sobre o que é uma violação da DPH do que chegar a acordo sobre o conteúdo que tem a DPH.
  - É mais fácil chegar a um consenso pela negativa – estratégia é a de, em vez de discutirmos um conteúdo positivo, verificar quais as violações em que todos estão de acordo.

*Estratégia com interesse prático efetivo.*

- **Lógica orientada para um preenchimento negativo do conceito, estabelecendo limites ou contornos de conteúdo funcionalmente capazes de proporcionar a identificação das respetivas violações.**
- Isto potencia as possibilidades de convergência por parte de todas as correntes de um pluralismo razoável de Estado de Direito.
  - Parte-se de um conteúdo que, à partida, dentro do pluralismo razoável, todos se reconhecem.

***Esta conceção procura corresponder, no plano normativo, às exigências de um sentido de justiça mínimo e basilar de que comungam todas as conceções e mundividências próprias de um pluralismo razoável.***

## Conteúdo Normativo do Princípio Constitucional da DPH

*Dignidade como humanidade presente em cada pessoa* – associa-se ao **necessário respeito do estatuto qualificado que se traduz, normativamente, na garantia da capacidade especificamente humana de autodeterminação e de programação da própria vida.**

➤ Frustrar essa capacidade específica e exclusivamente humana de regular, conformar e programar a própria existência seria não reconhecer nos humanos aquilo que mais profundamente os distingue das restantes espécies de seres vivos, não respeitando uma dimensão essencial da integridade humana da pessoa.

*Mas não se esgota nessa vertente.*

- Atribuímos dignidade a quem não possui requisitos de racionalidade que lhe permitam a autodeterminação responsável ou quem se encontre em situação de limitação legal ou fáctica que perca a capacidade de autodeterminação individual.
  - Logo, **há outras dimensões de humanidade que não se resumem à capacidade de autonomia e que integram igualmente o estatuto qualificado que reconhecemos à pessoa humana.**

**É o sentido de justiça que nos impõe a atribuição a qualquer pessoa humana, pelo simples facto de o ser, um igual valor, uma igual dignidade e um igual direito à consideração dos seus interesses.**

- Há, em cada pessoa individualmente considerada, mas independentemente dos seus atributos e capacidades particulares, uma dimensão irreductível de humanidade que apela ao respeito intransigente da parte de todos os outros, e particularmente dos poderes públicos a quem impõe, ainda, especiais deveres de proteção e promoção.
- *Este é o mesmo sentido de justiça que reconhece a todos igual dignidade implicando reconhecimento jurídico da possibilidade de cada um poder prosperar e desenvolver as suas capacidades, próprias ou adquiridas, num ambiente otimizado que não contradiga o pressuposto de reciprocidade ínsito naquele mesmo sentido de justiça.*

### 1. Dignidade como Integridade

*A Dignidade da Pessoa Humana assenta, muito significativamente, naquilo que distingue as pessoas dos outros seres-vivos e qualquer outra entidade.*

- **A humanidade presente nas pessoas humanas permite sustentar que há uma integridade humana diferenciadora que deve ser respeitada.**

Aqui encontram-se várias dimensões/subprincípios:

#### A. Dignidade como respeito da Humanidade Intrínseca da pessoa

Há **violação da DPH quando alguém**, independentemente das suas capacidades intrínsecas, das suas opções ou dos seus atos, **é desrespeitado na sua humanidade**.

- Quando alguém é tratado em termos que, **de acordo com o sentido de justiça próprio do nosso tempo evidenciam um não reconhecimento ou um desrespeito que denigrem a sua qualidade especificamente humana ou o seu valor de pessoa, ou lhe infligem uma humilhação objetiva e potencialmente destrutiva do auto-respeito**, mesmo que a própria vítima não disponha de condições de racionalidade, de experiência ou de cultura que lhe permitam ter consciência do facto.

Têm de ser **lesões tão intoleráveis que sejam imediatamente reconhecíveis como atentatórias dos valores de humanidade comumente aceites**.

- Há uma violação de uma dimensão objetiva da dignidade humana com este desrespeito extremo.
- Situações mais extremas que em caso algum se reconheceria como de acordo com a DPH

Ex1: escravatura; tráfico de seres humanos; enjaular pessoas

Ex2: canibal de Rotenburgo – JRN entende que a DPH foi violada neste caso, porque se tem de reconhecer uma dimensão de humanidade intrínseca.

Ex3: atirar anões

- Havia discoteca em que se atiravam anões, por divertimento.
- Houve proibição administrativa que proibia o lançamento de anões.
- Anão foi para tribunal pois com essa proibição ele deixaria de ter emprego, e ele tinha dado consentimento para ser atirado.
  - Problema quanto ao consentimento

#### B. Dignidade da pessoa como Sujeito

*Além do reconhecimento e consideração devidos ao estatuto e valor próprio de humanidade, a cada pessoa humana tem de ser reconhecida e materialmente garantida a autonomia, a liberdade e as condições materiais mínimas que lhe assegurem a possibilidade de se assumir como sujeito da própria vida.*

- O desrespeito ou a não garantia destas dimensões configura outras tantas violações do princípio da DPH.

#### DIGNIDADE COMO AUTONOMIA

Associada à **consciência que cada pessoa tem de si enquanto ser com uma identidade e com um passado, mas também com a potencialidade de um futuro que pode ser programado e livremente prosseguido**, vem a inerente capacidade de autodeterminação e autonomia:

- a capacidade de projetar e fazer planos e escolhas de vida, a capacidade de estabelecer relações sociais, familiares, íntimas e etc., mas também a capacidade de empatia e reciprocidade, de avaliação das consequências que os atos próprios têm sobre os outros e a capacidade de autocontrolo, com a consequente responsabilização moral.

**Ser pessoa**, na plenitude da aceção objetiva e independentemente da presença pontual em cada indivíduo e em cada momento, **significa a capacidade de escolha moral e de reflexão crítica sobre a programação da própria vida.**

→ *Cada pessoa é o sujeito da própria vida, pela qual é responsável*

- Capacidade de fazer **opções racionais**, implicando relativamente a cada ser humano o reconhecimento e a atribuição de uma essencial responsabilidade pessoal nas escolhas, plano e decisões fundamentais sobre a condução da sua vida de acordo com os próprios valores.
- Capacidade de **prestação e de representação da própria dignidade** não admite interferências estatais na autodeterminação individual.

O simples reconhecimento de uma igual dignidade a cada pessoa significa que **é a essa mesma pessoa que cabe decidir da sua vida e que reconhecer-lhe essa capacidade e respeitar as suas opções é uma consequência jurídica imediatamente decorrente do princípio da DPH.**

➤ *Há violação da DPH sempre que, sem uma razão justificativa grave e séria, uma pessoa é proibida ou impedida de exercer aquelas capacidades e competências naquilo que têm de mais essencial e premente para o próprio ou quando não lhe é dada oportunidade, dentro das possibilidades e disponibilidades existentes, para as desenvolver.*

- **Uma pessoa só é plenamente sujeito quando os aspetos essenciais da própria vida são tomadas por si próprio** – se há faculdades mentais para tal, é o próprio que tem de decidir o que considera uma vida boa para si.
  - Autonomia no sentido de ser conhecimento livre e esclarecido

No plano da inserção comunitária do indivíduo, *também há violação da DPH quando se nega à pessoa a possibilidade de participar na vida pública e na tomada de decisões que a afetam.*

➤ **Dimensão de autonomia significa que se proíbe todas as formas de subjugação e exclusão** – quando outrem faz as escolhas por si próprio e se impede o próprio de decidir (o que inclui a exclusão da participação coletiva).

#### DIGNIDADE COMO PROIBIÇÃO DE COISIFICAÇÃO – A Fórmula do Objeto

*Se alguém é reconhecido como sujeito, não pode ser tratado como se fosse objeto, coisa, ou simples meio para alcançar fins que lhe são estranhos.*

#### Dürig + TC Alemão: **Fórmula do Objeto**

- Critério de verificação da eventual **violação da DPH em torno da proibição da pessoa ser coisificada, ser degradada à condição de apenas mero objeto.**
  - É o parâmetro de controlo porventura mais utilizado no preenchimento do conteúdo normativo do princípio da DPH.
- Tem uma herança kantiana, no sentido de **reconhecimento da independência e valor intrínseco da pessoa como ser** com autonomia moral e capaz de se dotar da sua própria lei sendo, por isso, um fim em si mesma, mas adequa-se à natureza jurídico-constitucional do princípio: **inconstitucionalidade advém do facto de a pessoa ser utilizada só como meio, sendo degradada ao nível do mero objeto do atuar estatal.**

**Há inconstitucionalidade quando a pessoa deixa de ser considerada como sujeito autónomo e fim em si e é degradada à condição de algo fungível, tão só instrumento ou simples meio de realização de fins alheios.**

- Mas a Fórmula do Objeto *não pode reivindicar uma aplicação mecânica ou meramente subsuntiva, sem atender à subjetividade e à necessidade de contextualização.*
  - Na realidade quotidiana, as necessidades da convivência social determinam que haja circunstâncias, plenamente justificadas, em que o indivíduo seja instrumentalizado.
  - Ex1: lâmpada está fundida e usa-se pessoa como apoio para mudar a lâmpada.
  - Ex2: está a chover e carros salpicam água; pessoa esconde-se atrás de outras para não ser molhado.
  - Ex3: casal tem filho com doença grave e que precisa de transplante de medula. Casal decide ter outro filho para este ser dador do irmão e através de inseminação artificial escolhiam o embrião compatível.
    - Este caso já é mais complexo, pois o filho que vai nascer está a ser utilizado como meio para salvar o irmão, e tal poderia violar DPH.
  - Ex4: chamar canalizador não viola DPH.
    - Haver uma casta específica para limpar latrinas, já viola a DPH.
  - Ex5: utilizar alguém da equipa como apoio para chegar a algum lado não viola DPH.
    - Utilizar sempre a mesma pessoa como apoio, por ser de raça diferente dos outros da equipa, já viola a DPH.

- **A objetivização proscria pela Fórmula do Objeto só releva, para efeito de significar violação da DPH, quando nela está decisivamente presente um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo ou degradação da pessoa.**

- Só nessa altura se pode falar com propriedade em instrumentalização relevante para efeitos de violação deste princípio.
- Quando o instrumentalizado é utilizado de forma humilhante, de desrespeito e de consideração como inferior.

*A instrumentalização que viola a DPH tem sempre esta nota degradante de tratar como inferior.*

- **Uma instrumentalização degradante tanto pode resultar objetivamente do contexto da situação como pode estar inscrita na específica intenção desrespeitadora que esteve na sua origem.**

Se, no exercício das funções, um polícia dá a um subordinado a ordem de se ajoelhar para que um seu colega o utilize como *escada* para aceder a uma janela de outra forma inacessível, há utilização como meio, como objecto, há de certa forma uma coisificação pontual da pessoa, mas não há violação da dignidade da pessoa humana. É que a uma tal factualidade falta o elemento desrespeitador da pessoa e da individualidade do subordinado que, a existir, determinaria a *coisificação/degradação*. Já se, por exemplo, esse tipo de ordem fosse sistemática ou intencionalmente dirigido a alguém cuja cor de pele é distinta da dos restantes elementos do grupo, o elemento degradação/humilhação transformaria o mesmo acto/ordem em violação da dignidade da pessoa humana.

Chamar a casa um canalizador para reparar um entupimento numa casa de banho que a deixou inundada de dejectos não constitui violação da dignidade da pessoa humana; reservar socialmente a limpeza de fossas higiénicas a uma etnia ou a uma casta particulares viola a dignidade da pessoa humana.

Exemplo do Anão: a coisificação do anão viola a sua DPH apesar da sua vontade em ser atirado?

- Uma sociedade que admita aquele caso estaria a considerar um certo grupo como inferior, apesar do próprio anão que é atirado não se sentir ofendido.
- O que este espetáculo significava era um reflexo do tratamento como inferior desta categoria de pessoas.
  - Mas isso não é instrumentalizar o anão, não para o proteger a ele, mas para proteger o grupo?
  - Caso muito difícil.

## DIGNIDADE COMO CONTROLO SOBRE A IDENTIDADE, RESERVA DA ESFERA ÍNTIMA E APRESENTAÇÃO DA PESSOA

### *Dimensão dos Direitos de Personalidade*

- Podendo a DPH ser perspetivada enquanto critério de conformação e delimitação de um conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais, essa qualidade é particularmente ajustada quanto aos Direitos de Personalidade.
- Ou seja, **o conteúdo essencial dos Direitos de Personalidade que em caso algum poderia ser afetado seria aquele núcleo de interesses pessoalíssimos cuja proteção é exigida pela DPH.**

**Há violação da DPH quando a pessoa é impedida de conhecer e de ter domínio sobre a sua identidade e de se apresentar publicamente com a sua identidade.**

Também há essa violação quando a pessoa **fica decisivamente privada do controlo sobre a conformação, preservação e reserva** do que pode ser designado como o seu reino interior – **sobre a definição e delimitação do eu na relação com a sociedade, sobre o que, de si própria, pretende ou aceita revelar aos outros e sobre a imagem que quer dar de si.**

- Cada pessoa deve ter direito à sua reserva de identidade.
- Cada um tem o direito da reserva do seu eu.
- Cada pessoa escolhe o que apresenta aos outros.

Pinker: a *dignidade é um fenómeno de perceção.*

- Em que para cada um é relevante a imagem que os outros fazem de si, em que cada um, como sujeito, é livre de determinar a própria personalidade e a imagem social que pretende construir, o que pretende ou aceita revelar de si e da sua intimidade perante os outros.

Ex: **anonimato nas adoções e cedência de gâmetas.**

- TC tinha entendido que qualquer pessoa tinha direito a conhecer a sua identidade genética mas não em concreto quem são os pais biológicos.
- Em 2018 o TC inverteu a sua posição e diz que a pessoa tem direito a conhecer a pessoa em concreto, não sendo possível o anonimato – não viola a DPH, mas viola o direito à identidade da pessoa criada por procriação medicamente assistida.
  - JRN: esta decisão do TC levanta muitas questões e polémica.
  - Decisão do TC pode levar a que se obrigue todos os pais a fazerem testes de ADN – pois nunca há 100% de certezas quanto a quem é o pai.
  - É estranho dizer que todos os que nascem por PMA têm o direito absoluto a saber quem é o pai e não considerar o mesmo para os outros.

- Esta é uma decisão que invade a esfera da família, pois o critério de revelar um nascimento por PMA é delas; a decisão do TC implica que a família tenha logo de contar à família.

### C. Dignidade como capacitação da pessoa para ser Sujeito

Na afirmação da pessoa como sujeito, **tão importante quanto a garantia de autodeterminação individual é a capacidade real de desenvolvimento dos atributos que distinguem o ser humano e lhe conferem a qualidade de sujeito da própria vida.**

- Devem assegurar-se, sob pena de inconstitucionalidade, as oportunidades de realização humana, pelo menos num patamar mínimo, objetivamente determinável no contexto a que se refere, tendo em conta as disponibilidades e recursos existentes, e de acordo com as diferentes possibilidades, limitações e carências de cada pessoa considerada como fim em si mesma.

**Há violação da DPH quando um indivíduo, sem uma justificação comumente aceite, é colocado involuntariamente em condições de ausência de capacidade ou possibilidade de autodeterminação e de responsabilização individual, pela própria vida ou quando, havendo condições materiais para o evitar, a pessoa é afetada ou privada de um mínimo de existência condigna ou é abandonada numa situação de penúria em que está objetivamente privada dessa possibilidade.**

- Ex: quando grupo recusa que os filhos, a partir de certa idade, vão à escola está a limitar-se a capacidade desses filhos de serem autónomos, o que viola a DPH.

### 2. Dignidade como Igualdade

Põe em causa outra dimensão do estatuto de pessoa que o nosso sentido de justiça considera intocável: **há violação da DPH, na dimensão da igual dignidade, quando alguém é humilhado ou estigmatizado como ser pretensamente inferior.**

- Quando há tratamento desigualitário e especialmente desqualificante, no sentido de colocar decisiva e drasticamente em causa a imagem e o reconhecimento da pessoa como igual.

*Parte de uma ideia de igual dignidade em que qualquer pessoa, pelo facto de o ser, tem igual dignidade.*

- JRN: esta é uma ideia que a nossa sociedade facilmente reconhece, devido à herança cultural e religiosa (de tradição judaico-cristã<sup>51</sup>).
  - É uma ideia imanente à nossa sociedade.
  - É uma ideia fácil de chegar a consenso.
  - Esta ideia é uma ideia fundadora e que toda a gente está de acordo.

Além das situações de diferenciação injustificada adequadamente qualificáveis como violações do princípio da igualdade e resolvidas juridicamente como tal, haverá, ainda, **violação autónoma da dignidade quando a pessoa sofre um tratamento desigual ou especialmente**

---

<sup>51</sup> Pois todos eram filhos de Deus. Apesar de sistematicamente a religião não o ter feito, ao longo de séculos.



**denegridor, quando a igualdade de tratamento desqualifica ou pretende desqualificar quem a sofre, quando a discriminação pretende induzir, evidenciar ou corresponde objetivamente a uma recusa prática da ideia de igual dignidade.**

- Um *tratamento diferenciador, que coloca problemas ao princípio da igualdade, é também violação da dignidade quando nessa diferenciação há um sentido estigmatizante e de humilhação e desqualificação da pessoa que é objeto desse tratamento.*
  - Pode haver intenção de o fazer ou então ter como resultado social essa situação (socialmente assume esse caráter diferenciador).
- Isto acontece quando a pessoa é publicamente humilhada ou discriminada de forma estigmatizante, sendo tratada como inferior ou como intrinsecamente digna de menor consideração e respeito e, designadamente, quando esse tratamento se fundamenta simplesmente naquilo que a vítima é, no que pensa ou como vive.

Um tratamento desigual de uma empresa no acesso a um concurso público é inconstitucional por violação do princípio da igualdade, tal como são essencialmente violações deste princípio as diferenciações arbitrárias ou não suficientemente fundadas. Mas se, noutro caso, o tratamento desigual vem acompanhado do referido efeito estigmatizante (por exemplo, discriminação em função da raça), será mais do que mera violação da igualdade, é também, e sobretudo, consideração de uma pessoa, por aquilo que ela é, como ser inferior, como não digna da mesma consideração, respeito e valorização dos interesses por parte das

*Casos em que a pessoa é publicamente tratada como ser inferior ou como ser errado em si mesmo, por aquilo que é, sem remissão*

**Há violação da DPH quando o tratamento inigualitário visa ou tem como efeito o desrespeito da humanidade intrínseca, a discriminação desqualificante ou humilhante e é justificado em função do ser, da natureza da pessoa, da presença de características independentes da vontade e responsabilidade do próprio e/ou devido a escolhas íntimas, nucleares e constitucionalmente protegidas da pessoa.**

#### Síntese Conclusiva

Dimensão de Dignidade enquanto INTEGRIDADE: **há violação da DPH quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou é abandonada numa situação ou num estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana.**

Dimensão de Dignidade enquanto IGUAL DIGNIDADE: **há violação da DPH quando a pessoa é humilhada ou é estigmatizada como ser pretensamente inferior.**

Violação da DPH em situações especialmente qualificadas ou gravosas:

- (i) **desrespeito:** alguém ou a vida humana são desrespeitados na sua humanidade intrínseca;
- (ii) **subjugação ou de exclusão:** alguém, com condições subjectivas e objectivas de genuína autodeterminação e sem responsabilidade sua, é activa e decisivamente impedido de prosseguir os seus próprios desígnios e as suas escolhas ou planos de vida em domínios essenciais para a sua independência ética – e tal impedimento se deve a razões não exclusivamente decorrentes da necessidade de protecção dos direitos fundamentais dos outros – ou é impedido de participar, directa ou indirectamente, na tomada das decisões colectivas da comunidade;
- (iii) **degradação:** alguém é substancialmente coisificado de forma denegridora ou é degradado, em situações relevantes da sua vida, à condição de mero objecto ou instrumento de realização de fins que lhe são estranhos;
- (iv) **alienação identitária:** alguém é impedido de ter e de se apresentar com uma identidade pessoal ou é privado do acesso ao conhecimento das suas origens e da sua história ou do controlo sobre a sua identidade;
- (v) **devassa e de humilhação:** alguém é devassado na esfera de intimidade que pretende preservar do conhecimento dos outros ou é humilhado com desconsideração da imagem de si que o próprio pretende construir e apresentar publicamente, sem que a devassa ou a humilhação objectivamente resultantes sejam meio estritamente necessário para a protecção de direitos e interesses legítimos dos outros ou efeito necessário dessa protecção;
- (vi) **descapacitação ou de incapacitação:** alguém é privado de recursos mínimos para uma existência condigna ou é involuntariamente colocado, mantido ou abandonado numa situação de penúria material ou num estado de falta de oportunidades de educação que não lhe permitem uma sobrevivência em condições não degradantes ou com condições mínimas de autodeterminação pessoal, num contexto real em que o Estado ou a sociedade dispõem de recursos bastantes para o evitar;
- (vii) **estigmatização:** alguém é discriminado de forma estigmatizante ou é tratado com desrespeito e desigual consideração de interesses e de forma a sugerir socialmente, objectiva ou intencionalmente, dever ser-lhe atribuída uma natureza ou um estatuto de inferior ou de digno de menor consideração e respeito.

#### Relevância do Consentimento

Em princípio, **atendendo à dimensão essencial da DPH como autonomia, o consentimento livre, informado, esclarecido e atual da potencial vítima retira-lhe o carácter de violação da DPH**, ainda que se admita a **existência excepcional de contextos e situações** de especial sensibilidade em que o **consentimento não deva relevar em toda a sua extensão**.

- Ou seja, **haverá situações em que o consentimento do próprio que consente, no sentido de aceitar ou promover agressões a bens e direitos vitais da sua esfera pessoal, não é juridicamente reconhecido por for força do necessário respeito pela DPH.**
- Ex: é difícil admitir que no caso do Canibal de Rotenburg o consentimento salve a prática de canibalismo da imputação de violação da DPH.

*Há correntes que identificam DPH como autonomia e autodeterminação, pelo que a autorização muda tudo.*

- Tudo se reduz à autonomia e só se viola a DPH quando se viola a autodeterminação.
  - JRN: Mas é discutível que DPH seja só autonomia e é difícil defender esta conceção.
  - Isto porque nós reconhecemos DPH a pessoas que estão numa situação intelectual em que não podem/conseguem ter autonomia.
  - Apesar de não ter capacidade de autonomia, a pessoa tem Dignidade.
  - **Há um sentido de justiça próprio da sociedade que nos leva a atribuir igual dignidade a pessoas que não tenham todas as capacidades de inteligência e intelecto, portanto não se pode reconduzir DPH somente a esta situação de autonomia.**

**Apesar de, na generalidade das situações, a dimensão de dignidade que se expressa na consideração da pessoa como sujeito da sua própria vida nos obrigar a atribuir plena relevância jurídica ao seu consentimento livre e esclarecido, há situações excepcionais em que a extrema gravidade do que está em causa obriga a colocar limites à autonomia individual, desde que esses limites sejam derivados da necessidade de respeito ou de proteção da DPH.**

Assim, haverá ainda violação da dignidade quando, sem que tal seja impreterivelmente ditado por razões de consciência, de independência ética ou de sobrevivência, e independentemente de haver consentimento do próprio,

- (i) alguém é colocado ou se coloca numa situação ultrajante, objectivamente denegridora da humanidade intrínseca da pessoa; ou
- (ii) quando, sem razão objectiva atendível do ponto de vista do interesse real e da vontade genuína do próprio, ficam anuladas ou irremediavelmente afectadas capacidades significativas da sua autodeterminação actual ou futura.

## Princípio da IGUALDADE

Conservando, no essencial, a mesma ligação à ideia de justiça, à luta contra os privilégios e à DPH – que, do ponto de vista substancial, presidiam já o seu acolhimento nos primórdios do Estado de Direito – **o princípio da igualdade, tal como é atualmente entendido, na generalidade dos Estados democráticos, reúne, por um lado, as diferentes dimensões que foram sendo apuradas ao longo da sua evolução secular, mas, por outro, abre-se a novas e discutíveis utilizações que fazem dele um princípio sempre aberto, controverso e de compreensão não linear.**

- O princípio da igualdade não pode ser visto como algo de perfeitamente estabilizado e indiscutido e que a jurisprudência constitucional sobre o tema, por mais generalizada ou consensual que aparente ser, não deverá nunca deixar de ser criticamente avaliada e testada.

**Princípio da Igualdade no Estado de Direito Liberal:** todos são iguais perante a lei – a lei tinha de ser aplicada a todos os seus destinatários por igual, sem olhar a quem, sem distinguir em função da posição social, títulos ou convicções.

- *A lei é igual para todos e todos são iguais perante ela – a própria lei e o princípio da legalidade asseguravam a igualdade.*

Esta vertente não perdeu a razão de ser, o que se alterou profundamente foi que, anteriormente a este problema, deve *ponderar-se a igualdade no conteúdo da lei.*

- No advento do Estado Social estava a ideia de que a generalidade da lei, não raras as vezes encobria ou era ela própria fonte das maiores injustiças.
  - Começou a ponderar-se no próprio plano da criação da lei e do seu conteúdo, no sentido de que também o legislador se deveria sujeitar materialmente ao comando constitucional da igualdade.

**Princípio da Igualdade no Estado de Direito Social:** mais do que tratar tudo e todos da mesma maneira, passa a entender-se como *igualdade material no sentido de tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*<sup>52</sup>.

- Além das preocupações de igualdade jurídica, há preocupações de igualdade fáctica, no plano da igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida.
  - O legislador do Estado Social pode, ou até deve, em nome da justiça redistributiva e da igualdade matéria, compensar as situações de desigualdade fáctica e repor ou criar as condições de verdadeira igualdade – *para isso pode ter de introduzir fatores dinâmicos de compensação ou de equalização que, no imediato, se traduzem em tratamentos privilegiados*<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> JRN: só por si este chavão não nos ajuda muita – estão a admitir-se diferenciações que não violem a igualdade ou que surjam por exigência dela. Mas não explica quando é que uma diferenciação é admissível à luz da igualdade ou não.

<sup>53</sup> Isto em favor dos tratamentos que, por força de discriminações sistematicamente sofridas ao longo dos tempos e dos preconceitos e inércia sociais, as pessoas são vítimas, à partida, de desvantagens fácticas tão profundamente enraizadas que não lhes permitem obter resultados iguais apenas através da garantia de igualdade de oportunidades.

## Igualdade nos Enunciados Constitucionais

**Art. 13º CRP** acolhe expressa e eloquentemente **todas as dimensões da igualdade** e procura, tanto quanto possível, determinar normativamente a solução das dúvidas jurídicas de igualmente inevitavelmente suscitadas pela complexidade deste princípio nos dias de hoje.

- **Art. 13º/1:** consagra o princípio e associa-o materialmente à DPH
- **Art. 13º/2:** proíbe expressa e especificadamente modalidades mais comuns, relevantes ou consensualmente rejeitadas de discriminação.

**Art. 18º/3 CRP** quando refere que as leis restritivas de Direitos Fundamentais têm de ter carácter geral e abstrato *está a preocupar-se com a igualdade* (na vertente que vem desde o Estado Liberal).

- JRN: *esta identificação entre a exigência da observação do princípio da igualdade nas restrições aos Direitos Fundamentais e a exigência de generalidade e abstracção das leis restritivas não é absoluto.*
  - A solução restritiva individual pode não ser arbitrária e até justificar-se por razões de igualdade, mas, por força da rigidez formal do art. 18º/3, tal lei seria, à partida, inconstitucional (mesmo fundada em razões ponderosas, incluindo as de busca ou garantia de igualdade material).

Como se viu, pode acontecer que, por razões de justiça material ou, se se quiser, por exigências de igualdade axiologicamente concebida em termos materiais, as particularidades de uma dada situação concreta mereçam um tratamento diferenciado e individualizado, eventualmente incluindo medidas que afectam desvantajosamente direitos, liberdades e garantias de um destinatário ou de destinatários determinados ou determináveis. Nessa altura, a proibição do artigo 18º, nº 3, da Constituição, se entendida em termos estritos, definitivos e absolutos, impede a satisfação, por parte do legislador, de exigências de justiça e de igualdade que, de resto, haviam estado, como vimos, na génese daquela proibição.

Noutras ocasiões, é a própria natureza das coisas que produz situações individuais e concretas, eventualmente isoladas, irrepetíveis ou não generalizáveis e que, todavia, carecem de uma regulamentação pelo Direito ou de uma decisão juridicamente sustentada. Por exemplo, uma expropriação para que se exija, segundo a lei geral em vigor, a forma de acto legislativo, configura-se, necessariamente, como lei individual e concreta que afecta desvantajosamente direitos fundamentais de um particular e não é por esse facto que é inconstitucional.

Por último, a acrescer a estas dificuldades, mas não menos considerável, a importância da imposição contida no artigo 18º, nº 3, mesmo quando entendida em termos de proibição estrita e definitiva, acaba por ser objectivamente relativizada quando se atenda à extrema facilidade com que o legislador pode camuflar de gerais e/ou abstractos comandos que, na realidade, são individuais e/ou concretos. De facto, de há muito que a doutrina intuiu a fragilidade das definições de individualidade/ /generalidade e concreteza/abstracção da lei quando se procurem apurar critérios rígidos de distinção com a virtualidade de conferir sentido prático vinculativo à imposição do artigo 18º, nº 3, da Constituição.

Isto pode levar à colisão com outro princípio estruturante: **o legislador, impelido a evitar a proibição de lei restritiva individual, vê-se obrigado a contruir formalmente a restrição em termos mais amplos, mas substancialmente desnecessários, atentando, assim, contra o princípio basilar da proibição do excesso.**

Nos CASOS DIFÍCEIS em que uma intervenção restritiva, individual e/ou concreta, justificada por razões ponderosas e excepcionais, seja feita por lei e independentemente da forma sob que essa intenção restritiva individualizada se dissimula, ela deve ser sujeita a um controlo agravado e especialmente atento às questões de igualdade, de discriminação e de arbítrio.

## A densidade do controlo jurisdicional de observância do comando constitucional da igualdade

*Exigências constitucionais da igualdade e possibilidades de controlo da atuação das entidades públicas.*

- Até onde pode ir o juiz constitucional no controlo da observância do princípio da igualdade?
  - Não se trata da existência de duas normas de igualdade (uma norma de ação e outra, diferente, norma de controlo), mas de um **problema de densidade ou de intensidade do controlo jurisdicional de eventuais violações do comando constitucional de igualdade por parte dos poderes públicos.**

*Quais os critérios admissíveis da diferenciação e qual a densidade do controlo a que as diferenciações feitas em seu nome podem ser sujeitas por parte do juiz que garante a observância do princípio constitucional da igualdade?*

- Determinar o que é igual ou desigual exige o recurso a seleção de características e escolha de terceiros em termos de comparação não intersubjetivamente reconhecíveis de forma inteiramente objetiva e comprovável.
- Além disso, determinar qual a justa medida da diferenciação ou da equiparação entre o que é desigual e o que é igual envolve valorações e avaliações essencialmente subjetivas que nunca podem pretender uma adesão universal.

Na linha de Dworkin: **o princípio da igualdade não garante a todos o mesmo tratamento, não é esse o sentido normativo do comando constitucional, antes se deve assegurar de que todos são tratados como iguais e, nesse sentido, com justiça.**

- Art. 13º/1 CRP: *é porque todos têm igual DPH que devem ser tratados como iguais.*

Assim, **só são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas.**

- *Todas as restrições que se baseiem exclusivamente em atributos sobre os quais as pessoas não têm qualquer possibilidade de controlo ou com base em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar, atentam contra a igual dignidade das pessoas e, enquanto tal, são ilegítimas à luz da Constituição de um Estado de Direito.*

**É por haver um precipitado imediatamente reconhecível das discriminações mais frequentes e de resultados historicamente desastrosos que o art. 13º/2 CRP proíbe expressamente algumas das discriminações.**

- Essa enumeração, devido à sua natureza, **não pode ser considerada taxativa**, pelo que importa indagar que outras discriminações devem igualmente, por razões análogas, ser também vedadas.
  - Desloca-se o problema da igualdade para o plano do controlo (da separação de poderes) – até onde poderiam as decisões do legislador democrático ser sindicáveis pelo juiz constitucional.

**Julgador tem de atender a juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou critérios que pretendem justificar a suposta violação da igualdade.**

- Há uma autocontenção judicial, dado o amplo espaço de conformação reconhecido ao legislador democrático, mas com gradações, sob pena de risco de esvaziamento do próprio princípio constitucional.

Recentemente, a *jurisprudência norte-americana tem evoluído para uma escala móvel (sliding scale)* da densidade do controlo baseada fundamentalmente na ponderação dos interesses.

- Há três escalões de controlo (three-tier) atendo aos grupos/categorias: não suspeito, quase-suspeito, suspeito

#### CONTROLO MÍNIMO: IGUALDADE IDENTIFICADA COM PROIBIÇÃO DO ARBÍTRIO

**Papel minimalista do juiz que só pode invalidar as diferenciações arbitrarias** – aquelas para as quais o *legislador não pudesse apresentar* qualquer fundamentação ou, pelo menos, *qualquer fundamentação racional compatível com os critérios constitucionais e onde não haja um mínimo de coerência entre os objetivos prosseguidos e os resultados previsíveis ou verificados*.

Princípio da igualdade exclui as **diferenciações não racionalmente compreensíveis**, ou que, sendo compreensíveis, são inadmissíveis em Estado de Direito.

- Vamos indagar se há réstias de racionalidade.

Atendendo à indeterminação do que é a arbitrariedade, o **legislador continua a dispor da mais ampla margem de conformação com o simples limite da não-arbitrariedade**.

- O legislador é apenas controlado quanto às suas decisões arbitrarias e tudo o mais é remetido para o plano de uma mera vinculação política, não devendo o efeito jurídico do princípio da igualdade ir além da proscrição do arbítrio, da exclusão do intolerável por ser insustentável e evidentemente desigual.

**Pode ser insuficiente** – pode ser insuficiente a proteção dos Direitos Fundamentais, sendo estes restituídos à disponibilidade do legislador democrático, frustrando substancialmente a sua vocação de trunfos contra a maioria que presidiu à respetiva consagração constitucional.

#### CONTROLO INTERMÉDIO: NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA DA DIFERENCIAÇÃO DE TRATAMENTO

*Nova ambição de controlo jurisdicional, desenvolvido na Alemanha no final do século XX.*

O **controlo jurisdicional da violação da igualdade centra-se no plano da justificação**, das **razões invocadas para proceder à diferenciação**, quanto da **medida de diferenciação e respetiva adequação às motivações**.

- O comando constitucional da *igualdade é violado se diferentes categorias ou grupos de destinatários fossem tratados de modo diferente sem que existissem, entre os dois grupos, diferenças de tal natureza e de tal peso que pudessem justificar a diferença de tratamento* (e, no mesmo sentido, haveria violação se fossem tratados da mesma maneira quando houvesse razões suficientemente importantes para os tratar diferencialmente).
- Exige-se uma adequação substancial do sentido e da medida da diferenciação produzida às razões que justificavam.

**Esta densidade de controlo deve acompanhar a gravidade, importância e grau de afetação resultantes das (in)diferenciações produzidas.**

- As afetações menores podem continuar a satisfazer-se com a existência de uma razão não arbitrária.
- As afetações relevantes só podem satisfazer-se com novos e mais exigentes padrões de controlo.

**O controlo é mais intensivo quanto maior for a importância da afetação desvantajosa gerada pela (in)diferenciação.**

- A própria gravidade da afetação está contextualmente condicionada, sendo tanto mais atendível quanto maior fosse o agravamento das desigualdades reais e fácticas produzidas e quanto menor fosse a possibilidade real ou jurídica de os afetados poderem escapar à desvantagem assim provocada.

**Tem de haver uma justa medida entre a (in)diferenciação produzida e as razões que a fundamentam, sendo varável a densidade e exigibilidade de justificação em função da gravidade da afetação que resulta da (in)diferenciação de tratamento.**

- Há uma ineliminável e intrínseca dimensão de relatividade, proporcionalidade ou de equilíbrio associada à ideia de justa medida.
- Mas o que se pondera não é a intensidade ou “carga” da intervenção restritiva, mas a própria (in)diferença de tratamento – apura-se a existência de iniquidade.

Há sempre dificuldades, pois lidamos com *avaliações subjetivas, juízos de prognose, comparação de alternativas reais ou idealmente configuradas de ponderação*.

#### CONTROLO MÁXIMO: CONTROLO DAS CATEGORIAS/CLASSIFICAÇÕES SUSPEITAS

**Há tipos de diferenciação tão repetidamente identificados como discriminações repudiáveis à luz dos princípios do Estado de Direito que se presumem, à partida, como arbitrárias ou injustificadas.**

- Casos do art. 13º/2 e outros – enumeração não é taxativa.
- Identificam-se *Fatores de Suspeição*

**Temos de atender ao argumento histórico-teleológico para entender os critérios do alargamento deste artigo.**

- Olhando para as características de facto que permitem analogia do art. 13º/2 com uma categoria fora dele.
  1. Ser características sobre as quais não há inteiro controlo



2. Haver histórico de discriminação – fatores que ao longo da evolução da sociedade sempre foram objeto de discriminação e, hoje, à luz das nossas conceções, são considerados inadmissíveis (porque a discriminação com base nos mesmos viola a DPH).

*Estando presente estas características podemos enquadrar os deficientes no art. 13º/2.*

Estamos perante uma **categoria suspeita** – daí começarmos logo pelo art. 13º/2 e fazermos um controlo denso.

Estas **discriminações são mais evidentemente configuráveis como eventuais violações da DPH.**

- A inconstitucionalidade subjacente tem maior gravidade.

*Ao verificar-se diferenciações associadas à presença de algumas destas categorias temos de indagar as motivações do legislador.*

- Se o **legislador só puder alegar razões fundadas exclusivamente nesses fatores suspeitos, a discriminação é tida como constitucionalmente ilegítima à luz do princípio da igualdade.**
- Se o legislador puder demonstrar que, **apesar da associação à categoria suspeita, a diferenciação é essencialmente justificada por fatores objetivos não relacionados diretamente e motivados pela pertença à categoria, então aquela presunção pode ser ilidida.**

*Isto é uma mera presunção.*

- **Se se confundisse presunção de inconstitucionalidade com inconstitucionalidade, então seriam erroneamente consideradas inválidas** quaisquer diferenciações produzidas nestes domínios, mesmo quando constituíssem um meio efetivo, necessário e adequado a produzir uma igualdade real entre grupos onde impera uma anterior situação discriminatória.
  - A categoria suspeita só se transforma em inconstitucionalidade se não houver uma justificação racional – razões essas que não têm por detrás uma intenção desqualificadora da DPH.

*A desigualdade quanto a grupos suspeitos pode surgir por uma de duas vias:*

- **Intenção discriminatória** direta e abertamente dirigida a produzir uma diferenciação de tratamento em função da pertença a alguma daquelas categorias;
- **Discriminação resulta do impacto** diferenciado e desvantajoso que uma norma, à partida neutral (não especialmente dirigidos, na sua aparência ou intenção, contra algum dos grupos integrados nas categorias suspeitas), produz especialmente nos integrantes de um grupo ou de uma categoria suspeita.
  - **Discriminação Indireta** – quando os integrantes de uma categoria suspeita têm muito mais dificuldades que os não integrantes de preencher um requisito ou de satisfazer uma exigência ou um dever que lhes é imposto.
  - *Quando a proporção de desvantajosamente afetos integrantes do grupo suspeito é significativamente maior que a dos não integrantes de uma categoria suspeita, o efeito discriminatório objetivo especial dos integrantes de uma categoria suspeita produz-se em situações nas quais não apresenta qualquer justificação razoável concreta, estamos igualmente perante discriminações indiretas.*

- É pelo facto de ter ou vir *associado a determinada característica*, aquela que o torna integrante de um grupo ou categoria suspeitos, que alguém que se vê numa situação desvantajosa relativamente aos que não possuam essa característica e que, para feitos de avaliação da desvantagem produzida, possam funcionar como termo relevante de comparação na situação concreta.
- *O que releva é o resultado objetivo da aplicação da norma.*

**Tem de se atender à intenção da lei em causa e o contexto da sociedade.**

Ou seja, embora a religião, o sexo ou a raça sejam, em si mesmas, *categorias suspeitas*, dificilmente poderiam, por exemplo entre nós, um católico, um homem ou um branco alegar sustentadamente estarem a ser vítimas de preconceito desqualificante por parte do legislador democrático comparativamente aos fiéis de outras religiões, às mulheres ou aos negros. Não significa que, num caso concreto, tal não possa existir, mas não se justificaria a referida presunção de inconstitucionalidade ou, como se diz nos Estados Unidos, a aplicação judicial de um *strict scrutiny* que, ali, resulta invariavelmente em invalidação da lei em causa.

**Quanto à política de quotas – no que respeita a chamada “discriminação positiva”**

Já no âmbito jurídico-constitucional, a questão é relativamente simples: não estando presente a referida intenção de estigmatização ou de desconsideração dos negativamente afectados, tudo reside em saber se há um fundamento racional para uma política diferenciadora orientada à compensação, à equalização ou equiparação de oportunidades. Desde que esse fundamento racional exista, a referida política só seria constitucionalmente questionável se os prejuízos dela resultantes em domínio de direitos fundamentais dos afectados fossem excessivos, desrazoáveis, mas aí já nos encontraríamos em domínio de controlo de proporcionalidade, não da vantagem compensatória proporcionada pela política de quotas, mas da desvantagem imposta aos afectados, da restrição dos seus direitos fundamentais; a vantagem proporcionada a algumas categorias, não suscitando verdadeiros problemas *difíceis* de igualdade, funcionaria aqui como justificação daquela restrição.

Dada a **enumeração do art. 13º/2 não ser taxativa, cabem lá outras situações e/ou categorias não expressamente referidos**<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Em 2004 introduziu-se como fator a “orientação sexual”

- Então se a enumeração não é taxativa faz sentido introduzir esse fator?
  - JRN: faz sentido introduzir-se para acabar com qualquer dúvida que existisse

- **A suspeição pode ser ativada, para além das discriminações tradicionalmente tidas como injustificadas (já positivadas), sempre que a diferenciação resultar em afetação séria de Direitos Fundamentais e<sup>55</sup>:**
- (i) a diferença de tratamento for dirigida ao reforço das posições, correntes ou concepções maioritárias, distorcendo, em favor dos que já dispõem de condições objectivas à partida mais favoráveis, as regras de uma competição livre entre ideias, grupos ou posições em concorrência (na democracia representativa dos nossos dias uma diferenciação é, em princípio, suspeita sempre que for eleitoralmente compensadora por força do apelo aos interesses e sentimentos mais imediatos da maioria);
  - (ii) ou, como diz DWORKIN, sempre que a diferença negativa de tratamento resulta da especial vulnerabilidade de um grupo a preconceitos, hostilidade ou estereótipos e se projecta na conseqüente diminuição do seu *status* na comunidade política.

### Igualdade Proporcional – novo princípio constitucional?

Podemos utilizar um controlo intermédio, embora nem sempre possa solucionar tudo.

Podemos utilizar este conceito da igualdade proporcional, em que recorreremos a juízos típicos do princípio da proporcionalidade para avaliar a medida da diferença.

- **Ideia que surge pois no controlo da igualdade tem de se fazer ponderações e avaliações de caso concreto, que tenham em conta a comparação e justa medida (proporcionalidade) da diferenciação, em função da justificação apresentada<sup>56</sup>.**

Tribunal Constitucional tem transcrito este tipo de preocupações através da invocação de um parâmetro de controlo de “igualdade proporcional”.

- Em sequência da jurisprudência da crise.
- A reiterada persistência governamental na imposição de sacrifícios acrescidos a certos trabalhadores viola a igualdade proporcional – uma *imposição diferenciada de sacrifícios, no início (em 2011) ainda era tolerada, mas, perdia a justificação constitucional com a persistência e o agravamento da diferenciação nos sucessivos orçamentos dos anos seguintes.*

**O Estado invocava razões não arbitrárias para adotar medidas de austeridade que se traduziam a restrições sérias a Direitos Fundamentais, pelo que a gravidade de tais medidas exigia a sua sindicabilidade, atendendo ao princípio da igualdade, com um grau de Controlo Intermédio.**

<sup>55</sup> JRN: até entende que em período eleitoral, favorecer uma maioria é um fator de suspeição. Não está na CRP, mas sendo eleitoralmente compensador, deve ser ponderado. Isto faz com que se exija ao autor da medida o porquê de fazer a medida e uma justificação mais forte da mesma. Ex: redução dos passes. Pode ser considerado medida eleitoralista, pelo que há fator de suspeição, portanto tem de se exigir ao autor da medida uma justificação acrescida.

<sup>56</sup> Os autores que são contra o princípio da igualdade proporcional tendem a ser a favor da conceção da igualdade como norma de controlo e norma de ação.

- JRN: é contra a conceção de igualdade como norma de controlo e norma de ação, mas também é contra o conceito de igualdade proporcional

- JRN: *não haveria necessidade de se inventar o pretense princípio da igualdade proporcional.*
  - Não há igualdade desproporcional.
  - Não se ganha em clareza nem rigor os dois princípios surgirem combinados.

Esta invenção surge por inspiração do **Acórdão 39/88**.

JRN: A confusão é que não entendem bem que a **natureza da proporcionalidade decorre de um standard mínimo de justiça que permeia todos os princípios estruturantes.**

- O recurso aos supostos controlos típicos da proporcionalidade constituiria a fórmula científica que permitiria escapar às dificuldades de controlabilidade intersubjetivamente verificável. Esse caminho é substancialmente improdutivo pois falha a própria compreensão do controlo de proporcionalidade.

Jorge Reis Novais: basta socorreremo-nos do Princípio da Igualdade

- Que tem diferentes níveis de densidade ou intensidade quanto ao controlo jurisdicional feito a estas violações do comando constitucional da igualdade.

Neste caso não estamos perante categorias suspeitas – **não vamos recorrer ao Controlo Máximo**

*Temos é de ver se vamos recorrer ao Controlo Mínimo ou ao Controlo Intermédio*

Recorrendo ao **Controlo Mínimo**

- Papel minimalista do juiz que só pode invalidar as diferenciações arbitrárias
  - É arbitrário se o legislador não pudesse apresentar qualquer fundamentação ou, pelo menos, qualquer fundamentação racional compatível com os critérios constitucionais e onde não haja um mínimo de coerência entre os objetivos prosseguidos e os resultados previsíveis ou verificados.
- Princípio da igualdade exclui as diferenciações não racionalmente compreensíveis, ou que, sendo compreensíveis, são inadmissíveis em Estado de Direito.

*É insuficiente*

- Insuficiente proteção dos Direitos Fundamentais, sendo estes restituídos à disponibilidade do legislador democrático, frustrando substancialmente a sua vocação de triunfos contra a maioria que presidiu à respetiva consagração constitucional.

Recorremos ao **Controlo Intermédio**

- *Necessidade de justificação adequada da diferenciação de tratamento.*
- Comando constitucional da igualdade é violado se diferentes categorias ou grupos de destinatários fossem **tratados de modo diferente sem que existissem, entre os dois grupos, diferenças de tal natureza e de tal peso que pudessem justificar a diferença de tratamento.**
- Esta **densidade de controlo deve acompanhar a gravidade, importância e grau de afetação resultantes das diferenciações produzidas.**
  - Como o que está em causa no caso
  - O **controlo é mais intensivo quanto maior for a importância da afetação desvantajosa gerada pela diferenciação.**
  - A própria gravidade da afetação está contextualmente condicionada, sendo tanto mais atendível quanto maior fosse o agravamento das desigualdades reais e fácticas produzidas e quanto menor fosse a possibilidade real ou jurídica de os afetados poderem escapar à desvantagem assim provocada.

Tem de haver uma justa medida entre a diferenciação produzida e as razões que a fundamentam, sendo varável a densidade e exigibilidade de justificação em função da gravidade da afetação que resulta da (in)diferenciação de tratamento.



Há uma **ineliminável e intrínseca dimensão de relatividade, proporcionalidade ou de equilíbrio associada à ideia de justa medida.**

- Mas o que se pondera não é a intensidade ou “carga” da intervenção restritiva, mas a própria (in)diferença de tratamento – apura-se a existência de iniquidade.

*Daí não ser necessário o conceito de Igualdade Proporcional*

- A reiterada persistência governamental na imposição de sacrifícios acrescidos a certos trabalhadores viola a igualdade proporcional – uma imposição diferenciada de sacrifícios, no início ainda era tolerada, mas, perdia a justificação constitucional com a persistência e o agravamento da diferenciação nos sucessivos orçamentos dos anos seguintes.
- **O Estado invocava razões não arbitrárias para adotar medidas que se traduziam a restrições sérias a Direitos Fundamentais, pelo que a gravidade de tais medidas exigia a sua sindicabilidade, atendendo ao princípio da igualdade, com um grau de Controlo Intermédio.**
  - JRN: não haveria necessidade de se inventar o pretense princípio da igualdade proporcional.
    - Não há igualdade desproporcional.
    - Não se ganha em clareza nem rigor os dois princípios surgirem combinados.
  - **A confusão é que não entendem bem que a natureza da proporcionalidade decorre de um standard mínimo de justiça que permeia todos os princípios estruturantes.**

**MNB:** *A integração dos 3 segmentos da proporcionalidade na estrutura da igualdade apresenta resultados diversos.*

- Não há problemas quanto à adequação ou idoneidade
- Pode haver problemas quanto à necessidade – não se pode dizer que um tratamento alternativo mais igualitário se apresenta como menos restritivo ou oneroso para os destinatários da norma, nos mesmos termos em que se poderá dizer que uma determinada medida alternativa se afigura menos restritiva de um direito de liberdade do que aquela que foi adotada pelo legislador.
  - Tribunal diz que só devem ser aceitáveis as medidas diferenciadoras impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar.
  - O tratamento diferenciado dos trabalhadores do setor público não pode justificar-se através do carácter mais eficaz destas medidas face a outras alternativas possíveis.
    - É esta exigência de alternativas que se afigura problemática e ainda o mais é quanto o Tribunal não estabelece sequer uma comparação com outras medidas menos gravosas.
    - O tribunal como que reconhece a sua incapacidade para fornecer qualquer indicação minimamente precisa sobre medidas alternativas, sem que isso o impeça de exigí-las do legislador.

**Duarte de Lacerda e Guilherme da Fonseca Teixeira:**

- A necessidade de introduzir uma racionalidade jurídico-económica nas políticas públicas – através de considerações de sustentabilidade, solidariedade e justiça intergeracional – recomenda um controlo mais abrangente da margem de livre decisão do legislador no âmbito do princípio da igualdade e, portanto, reconhece-se campo de aplicação ao princípio da igualdade proporcional, exigindo-se tal no parâmetro das avaliações das diferenciações imposta pelos poderes públicos (quanto à “medida da diferença”).

## Princípio da PROPORCIONALIDADE

*Terminologia deste princípio é muito oscilante.*

JRN: prefere **PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO**, que normalmente surge descrito como elemento da proporcionalidade em sentido lato, por sua vez considerado integrado, constitutivamente, por diferentes subprincípios.

- Independentemente da oscilação semântica, este *princípio é hoje a referência fundamental do controlo de atuação dos poderes públicos, assumindo o papel de instrumento de controlo da atuação restritiva.*
  - Tiago Fidalgo Freitas: língua franca de todo o Direito público de todos os Estados de Direito – multiplicam-se os entendimentos do princípio da proporcionalidade e as visões dos subprincípios.
  - Há uma **omnipresença do princípio que, atualmente, se entende como decorrente da ideia de Estado de Direito.**
    - No entanto, o *princípio tem sido objeto de uma banalização de invocação e de simplificação, que o degradam em termos de pura retórica de legitimação que, se fosse aplicado nos termos propostos pela vulgarização, não teria préstimo efetivo nem interesse dogmático.*

*Porque é que existe este princípio?*

- No **Estado de Direito Liberal** a lógica era a do afastamento máximo de qualquer intervenção pública nos Direitos Fundamentais.
- Com o avanço para o **Estado Social de Direito**, temos um modelo que autoriza e até exige intervenções estaduais, mas, essas intervenções estaduais devem conter-se no mínimo e indispensável.

*Tem-se entendido o princípio da proporcionalidade em sentido lato como sendo composto por 3 subprincípios:*

- Adequação – meios devem corresponder aos fins
- Necessidade – devem utilizar-se os meios menos restritivos para atingir os fins
- Proporcionalidade em sentido estrito – ponderação entre os bens ou interesses em colisão
  - **JRN discorda desta formulação simplista pois tal não permite resolver os casos difíceis e surge como dogmaticamente improdutivo.**

Críticas:

**1. Não é ajustada a distinção terminológica entre proporcionalidade em sentido lato e proporcionalidade em sentido estrito.**

- A prática refere-se indiscriminadamente ao termo “proporcionalidade” para designar um e outro sentido.

**2. A palavra “adequação” resulta de uma má tradução e deveria ter sido traduzida para Aptidão.**

- Aptidão e adequação são coisas distintas (ex: uma escuta não autorizada é um meio apto para obter uma informação, mas é um meio inadequado).
- Ao entendermos este subprincípio temos de o entender de forma objetiva como mera aptidão.

**3. Subprincípio da necessidade, definido naqueles termos seria inutilizável**, pois em praticamente todas as circunstâncias há sempre meios menos restritivos que aquele que foi utilizado para prosseguir o mesmo fim, então, todos os meios escolhidos seriam inconstitucionais, já que existiria sempre uma alternativa menos restritiva.

**4. A proporcionalidade em sentido estrito só passou a identificar-se com ponderação aquando da proposta da teoria dos direitos fundamentais como princípios**, de Alexy.

- Só após os anos 80 é que passou a funcionar como técnica de ponderação de bens funcionalmente orientada para determinar qual dos bens em conflito deveria prevalecer em função do respetivo peso.

**5. É erróneo ter-se uma metodologia de controlo da proibição do excesso procedendo a uma mera verificação sucessiva da observância ou violação de cada um daqueles subprincípios, embora seja essa a abordagem dominante.**

- Tem de se entender o princípio de forma a se alcançar uma compreensão adequada do significado da proibição do excesso – temos de recorrer às dimensões do controlo e da necessidade, mas nunca em termos de controlo autónomo, sucessivo e/ou linear.

*Princípio da Proibição do Excesso tem duas dimensões jurídicas distintas que são dois parâmetros autónomos de identificação de inconstitucionalidade:*

- A. Dimensão de proporcionalidade
- B. Dimensão de razoabilidade
  - **Algo que produz efeitos desvantajosos na esfera jurídica de alguém é inconstitucional ou por ser desproporcional ou por ser desrazoável** – é em torno destas duas dimensões que assenta o princípio da proibição do excesso.

**REQUISITO PRELIMINAR: fins do ato sob controlo e os meios utilizados não podem ser constitucionalmente ilegítimos**

- Maioria da doutrina inclui este requisito no âmbito do subprincípio da adequação.
  - *Legitimidade dos fins visados pela ação sujeita a controlo é o pressuposto lógico da aptidão de um meio para alcançar um fim, pelo que haveria de garantir, previamente, tanto a legitimidade de tais fins quanto a admissibilidade dos próprios meios, vistos em abstrato*
    - JRN: não obstante a relevância decisiva dessas questões, elas **não dizem respeito verdadeiramente a um controlo de aptidão dos meios utilizados para atingir um fim, mas antes a uma fase prévia que se coloca preliminarmente, não apenas com relação ao controlo da proibição do excesso, mas também relativamente a quaisquer outros princípios estruturantes.**
    - Se um fim ou um meio **não são constitucionalmente legítimos**, não há lugar para os sujeitar, sequer, aos controlos e requisitos decorrentes dos vários princípios estruturantes e a **inconstitucionalidade é liminarmente apurada.**

Num exemplo fácil: mesmo que a tortura se destinasse a prosseguir um fim legítimo, tratando-se, todavia, de um meio constitucionalmente inadmissível, o acto seria, pura e simplesmente, inconstitucional. Assim, comprovando-se a existência de tortura, não haveria sequer necessidade de passar ao controlo da violação da proibição do excesso, incluindo a respectiva aptidão para alcançar o fim visado. E o mesmo se passaria com qualquer outro princípio estruturante, isto é, não haveria necessidade nem oportunidade para proceder aos respectivos controlos.

Esta é uma **primeira fase e só após a passagem por este primeiro requisito é que se passa para a análise do princípio.**

- Esta filtragem pode ser relativamente fácil quando o parâmetro constitucional é uma norma-regra (como no caso da proibição de tortura), mas pode ser mais complexo e de comprovação intersubjetiva quando não existem regras aplicáveis.
  - *Neste caso, a filtragem só pode ser feita com recurso a uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequada que permita filtrar razões inadmissíveis para restringir um direito fundamental.*
    - Nesta fase preliminar não relevam os parâmetros de controlo específico da proibição do excesso.
    - Uma coisa é a ponderação de bens e meios e outra, qualitativamente distinta, é o controlo de proibição do excesso, mesmo se em ambos possa haver uma necessidade de valorar, comparar e ponderar.

**SUBPRINCÍPIOS: elementos ou máximas integráveis no princípio da proibição do excesso**

- Este princípio é **muito abrangente e integram-se nele diferentes elementos constitutivos**, entre os quais o da proporcionalidade.
- Neste domínio, a ideia-chave deve ser a de que, num Estado baseado na Dignidade da pessoa Humana, as relações entre os particulares e o Estado estão sujeitas a um princípio basilar de liberdade e autonomia desses particulares, enquanto que a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é excecional e limitada ao preenchimento de requisitos pré-estabelecidos.
- Nestes termos da **relação Estado-cidadão, as eventuais intervenções restritivas dos poderes públicos na esfera de autonomia dos cidadãos, mesmo quando admitidas, nunca podem ir além do estritamente necessário ou daquilo que seja adequado** – ou seja, desse tipo de relacionamento entre o Estado e os indivíduos deve ser excluída a imposição estatal de cargas, ónus ou sacrifícios excessivos aos particulares.

**A dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade conferem aos particulares, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afetada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido** pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de proteção jurídica.

- Independentemente das concretizações constitucionais do princípio, a sua aplicação ao controlo da constitucionalidade das restrições à liberdade e autonomia individuais



decorre, diretamente, da particular configuração que os direitos fundamentais e as relações entre Estado e indivíduos cobram em Estado de Direito.

Apesar da influência da teorização germânica, a *Constituição Alemã não consagra expressamente o princípio mas tem uma jurisprudência desenvolvida pelo TC que decorre do princípio do Estado de Direito e a própria essência dos direitos fundamentais.*

- JRN: não interessa muito se está explícito na CRP ou não, porque faz parte do património comum do Estado de Direito. Faz parte da natureza das coisas.
  - TFF: ideia perigosa pois pode haver contaminação do Direito com ideologias

Em **Portugal há reconhecimento expresso no art. 18º CRP**, como princípio-base em que se integram os diferentes elementos constitutivos.

- JRN: *Decomposição em elementos constitutivos permite uma compreensão das várias dimensões que há que ter em conta quando se recorre ao princípio para resolver problemas de direitos fundamentais, mas tem inconvenientes se não se tiver plena consciência dos limites dessa tradicional (tri)partição.*

Cria-se a **ideia de que a aplicação do princípio se faz através de um escalonamento dos controlos num processo de filtragem** – inicialmente processam-se os testes mais objetivos relacionados com os controlos de idoneidade e indispensabilidade para se chegar ao momento de avaliação da justa medida, que estaria dependente de procedimentos de avaliação subjetiva, racionalmente acessíveis, mas de valoração não objetiva e inequívoca.

- Este escalonamento permitia a diversificação das exigências e das margens de densidade ou intensidade do controlo jurisdicional para cada um dos elementos sindicados.
  - JRN: *este escalonamento pode ser ilusório e a filtragem pode só resultar em casos fáceis, pois nos casos difíceis, um tipo de controlo faseado perde alcance efetivo pois os candidatos superariam os requisitos cujo preenchimento lhes fosse pedido fase a fase.*

Os subprincípios clássicos correspondem ao controlo da dimensão da proporcionalidade. Mas, além destes subprincípios clássicos, temos de considerar outros que correspondem ao controlo da razoabilidade

## A. Controlo da Dimensão da Proporcionalidade

### 1. Princípio da Aptidão ou Idoneidade (Adequação)

**As medidas restritivas da autonomia individual têm de ser aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição.**

- Mais rigorosamente: **as medidas restritivas devem contribuir para alcançar o fim prosseguido com a restrição numa forma sensível**

**TC 632/2008:** as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

- **Apenas se afere se um certo meio é, em abstrato e enquanto meio típico, idóneo ou apto para a realização de um certo fim.**

- A formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes.
- Para a demonstração de que certa medida legislativa é, pelo seu conteúdo típico e abstratamente considerado, um **instrumento inidóneo ou inapto** para a realização do fim que com ela se pretende alcançar exige uma prova: **em última instância, necessário é que se comprove que o meio usado se revela em si mesmo como algo de inócuo, indiferente ou até negativo por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos.**

*Controlo que se refere exclusivamente à aptidão objetiva ou formal de um meio para realizar um fim (e não a qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida restritiva).*

- Relação objetiva e empiricamente comprovável entre um meio e a aproximação de um fim.

**Uma medida é idónea quando é útil para a consecução de um fim, i.e., quando permite a aproximação ao resultado pretendido, quaisquer que sejam a medida e o fim e independentemente dos méritos correspondentes.**

- Basta a possibilidade do meio proporcionar uma aproximação sensível, ainda que parcelar, do fim pretendido.
  - Assim, nesta fase, **a medida restritiva só será liminarmente invalidade por inidoneidade/inaptidão quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes/inócuos ou até negativos, tomando como referência a aproximação do fim prosseguido com o meio em causa.**

Para apurar a existência de inconstitucionalidade, o **responsável pela restrição teria de prevenir a inaptidão da medida no momento em que a decidiu ou a atuou.**

- É um *controlo ex ante* que incide sobre a prognose realizada pelos poderes públicos responsáveis pela criação ou concretização da restrição a direitos fundamentais no momento em que a decidiram.
  - Momento relevante para a adoção da medida é o momento de tomada de decisão pelo legislador, tendo em conta as informações que o legislador dispunha nesse momento, de acordo com um juízo de prognose póstuma feito nesse momento.
- JRN: Não se pode ser condescendente para os poderes públicos a partir do momento em que, por circunstâncias da vida, verificam objetivamente que uma medida que era idónea para certo fim deixou de o ser, tendo eles de anular a situação.
  - Portanto, apesar do momento relevante ser o da tomada de decisão, não é irrelevante para o juiz constitucional que a norma tenha atingido o seu objetivo ou não.
  - A partir do momento que se verifica que a medida é inidónea, o legislador deveria ter revogado a medida.
  - A inconstitucionalidade não tem retroatividade total, pois a inidoneidade é superveniente (não tem efeitos retroativos *ex tunc*).

Devemos ter em atenção, **na ponderação, se o legislador está a utilizar um meio que alcança integralmente o fim visado ou um meio que só nos aproxima dele numa escala mínima** – esta situação não deve ser considerada indiferente na valoração do respetivo eventual excesso.

- Os fatores referentes ao grau ou intensidade de realização do fim relevam, necessariamente, quando se compara o benefício alcançado e o sacrifício imposto pela restrição e, designadamente, quando se pondera a constelação em apreço com constelações alternativas em que aqueles termos sofressem variações.

## 2. Princípio da Necessidade, Indispensabilidade ou Meio Menos Restritivo

Isto é diferente do princípio da proibição do excesso – princípio lato que proíbe que a restrição vá mais além do que o estritamente necessário ou adequado para atingir um fim constitucionalmente legítimo.

O princípio da necessidade é um **subprincípio/elemento constitutivo** desse princípio amplo e tem um alvo bastante mais específico: **impõe que se recorra, para atingir esse fim, ao meio necessário/exigível/indispensável no sentido do meio mais suave ou menos restritivo que precise de ser utilizado para atingir o fim em vista.**

**TC 632/2008:** as medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato.

- *Avalia a existência – ou inexistência –, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, in casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares.*
- **Medida de valor da necessidade – deve aferir-se em função do que é indispensável, ou exigível, para a salvaguarda de outros interesses ou bens constitucionalmente protegidos.**
- Obriga a que se proceda a uma **específica forma de ponderação**, ou de avaliação, do modo pelo qual a restrição legislativa de um direito procede à necessária realização da tarefa de concordância prática entre bens ou interesses conflitantes.
- Do que se trata, aqui, é de **averiguar se existem, no caso, meios alternativos para a realização do mesmo fim**; se entre esses meios havia, ou não, diferenças quanto ao grau da sua onerosidade para os destinatários das medidas restritivas; e se, finalmente, se tinha ou não escolhido, de entre eles, o meio mais benigno ou menos oneroso.
- Para tanto, *é necessário que, diferentemente do que ocorre a propósito do exame da adequação, se desça neste momento à análise das especificidades do caso concreto.*
  - É que importa agora averiguar o modo pelo qual, numa certa situação da vida, o legislador ‘pesou’ diferentes bens ou interesses constitucionalmente protegidos, e entre si conflitantes, de modo a restringir o direito que um deles protege em benefício de outro, também constitucionalmente tutelado.

**Depois de se ter determinado, em momento logicamente anterior, a idoneidade do meio para atingir o fim, agora controla-se a indispensabilidade desse meio.**

- Verifica-se se haverá, relativamente ao meio efetivamente escolhido, um outro meio que sendo, em princípio, tão eficaz ou idóneo como aquele para atingir o fim, seja, todavia, sensivelmente menos agressivo.

**A desnecessidade da agressão afere-se em relação aos prejuízos provocados pelas medidas restritivas idealmente em comparação, avaliando-os em função dos seus efeitos materiais, espaciais, temporais ou pessoais – tem a ver com a intensidade da agressão.**

- Tem-se em conta não só o direito fundamental diretamente atingido, como qualquer outra afetação desvantajosa da liberdade, dos direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente relevantes do mesmo titular ou de outros.

*Se se puder fazer a prova de que existia um outro meio alternativo menos restritivo ou agressivo que o utilizado e que era igualmente apto para atingir o fim, então o meio efetivamente escolhido foi excessivo e, como tal, inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso (nos termos do subprincípio da indispensabilidade ou da obrigação de recorrer ao meio mais suave para atingir o fim).*

O controlo da indispensabilidade **assenta em relações de meio-fim, traduzindo-se numa comparação entre diferentes constelações ou complexos de relações meio-fim.**

Porém, para poder corresponder à racionalidade subjacente a tal critério, o controlo de exibilidade tem de estar subordinado às seguintes linhas de orientação: em primeiro lugar, pressupõe-se a possibilidade de determinar rigorosa e precisamente o fim ou fins prosseguidos; segundo, pressupõe-se a idoneidade dos meios em comparação; em terceiro lugar, pressupõe-se a igual aptidão desses meios na realização do fim ou fins pré-determinados.

*Depende do caso em concreto.*

*A avaliação é complexa porque raramente dois meios revelam, de forma evidente, um preciso grau de aptidão em termos de se poder concluir pela sua equivalência, mas também porque uma variação no grau de realização do fim prosseguido será normalmente acompanhada de variações correspondentes nos efeitos restritivos por eles provocados.*

- A variabilidade dos efeitos restritivos e da diferente sensibilidade na respetiva perceção também introduzem elementos acrescidos de subjetividade e indeterminação.
- Assim, *aquilo que à partida era um controlo objetivo e de fundamentação intersubjetivamente demonstrável, na prática acaba por remeter inevitavelmente para juízos decisivos de valoração e de ponderação.*

Esta dificuldade é evidente se traduzirmos as constelações numa expressão numérica.

A solução aparenta ser evidente quando um abrandamento praticamente insensível na eficácia de consecução do fim é acompanhado de uma redução significativa dos efeitos restritivos, quando, por exemplo, numa escala de eficácia e de efeitos restritivos de zero a dez, o meio A apresenta um grau oito de realização do fim e efeitos restritivos de grau dez, enquanto que o meio B tem sete de eficácia e três de agressividade. Aí, independentemente da qualificação do meio A como *desnecessário*, *desproporcionado* ou *excessivo*, a opção por B parece óbvia. Porém, a situação pode ser muito mais complexa; por exemplo, as alternativas podem consistir num meio A com quatro de eficácia e três de efeitos restritivos; no meio B, com nove de eficácia e sete de efeitos restritivos; e no meio C, com dois de eficácia e dois de efeitos restritivos.

*A apreciação destes vetores depende da sensibilidade subjetiva dos próprios interessados.*

A avaliação é complexa e depende das circunstâncias mutáveis de cada caso, onde se comparam utilidades, se elegem interesses determinantes e se privilegia o plano da eficácia, o da apreciação objetiva ou a própria sensibilidade dos interessados.

- São escolhas de intersubjetividade dificilmente demonstrável.

**É quase sempre possível invocar a possibilidade de utilização de um meio menos restritivo desde que o Estado condescenda em perder alguma eficácia na realização do fim.**

- *Mas quando se está a valorar um incremento margina de liberdade individual obtido só através de uma diminuição de eficácia, o tribunal entra num domínio em que os seus juízos de valor incidem sobre alterativas e concorrem aí com os juízos eventualmente divergentes realizados pelo legislador ou pela administração.*
  - O ponderar de alternativas de restrição tem implicações com a questão dos limites funcionais de legislador e juiz e da correspondente especial perícia ou habilitação que cada um deles pode oferecer a este tipo de decisão.
  - Nos problemas difíceis de situações mais complexas, insuscetíveis de uma aplicação isenta de ponderação e de valorações e que pressuponham uma comparação subjetiva de utilidades, o poder judicial tem de observar uma maior contenção, nomeadamente quando lida com as ponderações realizadas pelo legislador democraticamente legitimado.

**Princípio da Necessidade em aceção tradicional é só ver se uma medida é mais apta que a outra.**

- As considerações quanto à aptidão e restrição são só na proposta JRN.
  - Doutrina tende a reduzir esta aplicação ao controlo de indispensabilidade com casos em que é possível uma comparação objetiva entre meios igualmente idóneos na prossecução de um fim indiscutível.
  - JRN: essa redução garante a objetividade do controlo mas leva a que este princípio só possa ser invocado em casos evidentes e não nos casos difíceis.

A estruturação de uma tabela<sup>57</sup> depende de uma análise empírica e por isso faz-se na Necessidade.

- **Mas pode ser feito na Proporcionalidade, sendo valorativo.**
  - Forma adequada de fazer controlo da proporcionalidade é considerar as dimensões (A. e B.) que estão em causa – considerações em conjunto.
  - Interessa ponderar o acréscimo de benefício e o acréscimo de sacrifício.

**Pode haver uma questão ligada ao princípio da determinabilidade** – mas a exigência de determinabilidade das normas restritivas não remete, apenas, para uma racionalidade derivada da ideia da proibição do excesso.

Neste plano de necessidade e de proibição do excesso, a ideia geral, que desenvolveremos nesse outro quadro, é que as normas proibitivas, restritivas, devem assinalar com clareza, precisão e determinabilidade aquilo que proíbem, que condicionam ou que, em geral, restringem. Quando não o fazem, isto é, quando apresentam um conteúdo indeterminado, os destinatários dessas normas, incapazes de perceber, com certeza, o que lhes está a ser vedado ou imposto, tendem a conformar ainda mais restritivamente os seus comportamentos por razões de segurança própria, o que acaba por conformar, na prática, a proibição em causa com um âmbito que vai para além da intenção que a justificava. Ou seja, a indeterminabilidade gera desnecessidade, gera inibições não exigíveis e, enquanto tal, gera excesso.

- Quanto à Determinabilidade, deve ser feito isoladamente e mesmo que se chegue que a indeterminabilidade gera desnecessidade, não vai afetar o princípio da Necessidade (que tem de ser analisado individualmente sem influência da determinabilidade).

### 3. Princípio da Proporcionalidade

*Elemento da proporcionalidade em sentido estrito.*

Trata de **indagar acerca da adequação (proporção) de uma relação entre dois termos ou entre duas grandezas variáveis e comparáveis.**

- Pondera-se de um lado a **importância dos benefícios ou a premência dos fins que se pretendem alcançar com a medida restritiva e, do outro, a gravidade do sacrifício que se impõe com a restrição.**
  - Indiretamente, *quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jusfundamental agredido que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado.*
  - TFF: princípio do equilíbrio em que temos de pegar nas duas variáveis em confronto e ver se há proporção/adequação entre as duas.
    - Bilan coûts-avantages.

---

<sup>57</sup> Na tabela, quando falamos em “Eficácia” estamos a ver Aptidão; quando falamos em “Restrição” estamos a ver o sacrifício nos Direitos Fundamentais (atendendo à proporcionalidade e etc.).

b) Nesta aproximação de definição podem intuir-se, em primeiro lugar, a relativa imprecisão e fungibilidade dos critérios de avaliação; em segundo lugar, o permanente apelo que eles fazem a referências axiológicas que possam funcionar como terceiros termos de comparação e onde está sempre presente um sentido de *justa medida*, de *adequação material* ou de *razoabilidade*; por último, a importância que nesta avaliação assumem as questões competenciais, mormente o problema da margem de livre decisão ou os limites funcionais que vinculam legislador, Administração e juiz.

**TC 632/2008:** não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos.

- **O que aqui se mede, na verdade, é a relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar.**

Tem uma **forte componente de avaliação subjetiva**, já que se condiciona a conclusão de (in)constitucionalidade ao que se entende e se avalia como sendo o justo, aquilo que deve ser, naturalmente dependente do sentido de justiça ou da ideia de Direito daquele que decide e daquele que julga.

- Este subprincípio está associado a uma **ideia de ponderação de bens**.
  - Verifica-se se os sacrifícios não são desproporcionais aos benefícios – voltamos à situação de que só medidas evidentemente inconstitucionais é que não superam este teste.

Os restantes controlos, cuja dimensão empírica assegura um preenchimento aceitável de requisitos mínimos de objetiva, não esgotam todo o âmbito de garantias potencialmente proporcionadas pelo princípio da proibição do excesso.

- Há uma dimensão de garantia do não excessivo que não é integralmente preenchida pelos controlos de aptidão e necessidade, sendo preciso controlar a proporcionalidade.

*Apesar das fragilidades, este controlo é imprescindível na prevenção do excesso.*

Há que apurar agora **quais as margens relativas de que dispõem, de um lado, o poder constituído autor da restrição, e, do outro, o poder jurisdicional de controlo.**

- Tem que se saber se o princípio da proporcionalidade exige que o meio restritivo escolhido seja o mais proporcional ou apenas que não seja desproporcionado.
  - Doutrina e jurisprudência entendem que o meio apenas não pode ser desproporcionado.
    - Havendo vários meios igualmente restritivos e não desproporcionados, deve caber ao poder constituído autor da restrição a escolha do que considera ser o mais adequado, até porque, dada a precedência dos outros controlos, o órgão jurisdicional de controlo, se chamado a intervir, já teria assegurado não haver outros meios menos restritivos. Importa só que a restrição não seja desproporcionada.

- Se se desse ao órgão jurisdicional o poder de optar pelo meio que considerasse substancialmente mais adequado, os poderes constituídos seriam desapossados de qualquer margem de livre decisão. Esse juízo é político e extravasa os limites dos poderes do juiz.
  - ❖ **Juiz não pode escolher qual é a mais adequada.**
  - ❖ **Apenas pode verificar se a que foi utilizada é adequada ou não.**

*Apesar dos riscos de subjetivismo e decisionismo que afetam a metodologia subjacente ao princípio, a densidade de controlo subjacente à verificação jurisdicional da desproporcionalidade é variável em função da importância dos bens jusfundamentais que são afetados e da gravidade da lesão.*


**Nunca é possível ultrapassar, na configuração abstrata do controlo de proporcionalidade, esta dificuldade atinente à imprecisão de parâmetros substanciais de apreciação e de fluidez de critérios de diferenciação da intensidade do controlo.**

*Como se faz a ponderação?*

Robert Alexy: **identifica proporcionalidade com ponderação e propõe uma fórmula do peso**<sup>58</sup>.

- Não foi feito para que os juízes utilizassem nas decisões, mas para ajudar a perceber o raciocínio intelectual que alguém tem de fazer quando analisar uma restrição.
- Há uma série de variáveis que temos de ponderar quando há restrição – é a interação das variáveis que determina o resultado da ponderação.
- São somente fatores a ponderar.

○ Daqui surge **lei da ponderação** (quanto maior for a afetação do direito, maior tem de ser o grau de satisfação do direito contraposto) e **lei epistémica da ponderação** (quanto maior a interferência na norma maiores têm de ser as certezas epistémicas sobre os factos que fundamentam essa afetação).



*JRN não segue este raciocínio*

JRN: A construção, comum noutros ordenamentos jurídicos, de que a proporcionalidade em sentido restrito traduzir-se-ia integralmente num **comando de ponderação entre o direito fundamental que deveria obter uma realização otimizada e o bem, interesse ou princípio que se opusesse à sua realização no caso concreto é muito discutível e insustentável no plano de separação de poderes do Estado de Direito.**

- Viola a separação de poderes pois ao juiz que controla a constitucionalidade da atuação dos poderes públicos caberia reproduzir exatamente o mesmo tipo de procedimento a que também estariam obrigados os restantes poderes, ou seja, caber-lhe-ia, para resolver o problema subjacente de constitucionalidade, proceder à mesma ponderação de bens (i.e., mesmo juízo de proporcionalidade e o mesmo esforço de otimização dos

<sup>58</sup>  $N1 \leftrightarrow N2 = I1 W1 R1 / I2 W2 R2$

- N1 – norma direitos fundamentais
- N2 – norma direitos fundamentais
- I – intensidade da restrição
- W – peso abstrato das normas (pode ser em abstrato na CRP ou em concreto, atendendo às especificidades)
- R – fiabilidade das assunções empíricas (quanto ao grau de certeza)



princípios envolvidos) a que estavam igualmente obrigados o legislador, a administração ou o juiz comum anteriormente chamados a decidir a questão.

- Juiz constitucional realiza permanentemente uma política de Direitos Fundamentais alternativa à política do legislador democrático.

#### Crítica JRN conceção tradicional

*Reduzido Alcance Normativo da Proibição do Excesso quando aplicada segundo a conceção tradicional*

- **Fórmula tradicional**<sup>59</sup>: verificar, sucessivamente, se uma restrição a um direito fundamental era apta para alcançar o fim que a justificava; se não haveria um outro meio menos restritivo para o alcançar; e caso a medida restritiva tivesse passado nestes dois primeiros testes, deveria apurar-se, finalmente, se ainda assim os sacrifícios que se haviam imposto não eram desproporcionados ou desrazoáveis relativamente aos benefícios visados ou alcançados.
  - JRN: **fórmula por si só é improdutiva e não resolve os casos difíceis em que há diferentes níveis de eficácia e diferentes graus de imposição de sacrifícios.**

*Aplicação isolada de subprincípios:*

- **Princípio da Aptidão** – apenas elimina as restrições puramente arbitrárias em que as medidas nada contribuem para o fim que as justifica. Em Estado de Direito raramente os poderes públicos impõem aos cidadãos esse tipo de sacrifícios, pelo que a utilidade deste princípio é puramente residual.
- **Princípio da Necessidade** – em geral há medidas alternativas menos restritivas, mas simultaneamente menos eficazes, o que significa que, na prática, como raramente existem medidas disponíveis alternativas com o mesmo grau de eficácia, as diferenças obrigam a remeter a avaliação decisiva para o terceiro teste.
- **Princípio da Proporcionalidade stricto sensu** – a separação de poderes e autocontenção do juiz perante as escolhas dos poderes públicos implica que aqui só possam ser consideradas inconstitucionais as medidas que sejam evidentemente desproporcionadas e claramente excessivas.

#### **Acórdão TC 187/2001**

---

<sup>59</sup> **TC 632/2008**: Ordem lógica de aplicação dos subprincípios – relacionam-se entre si segundo uma regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto (ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia)  
Adequação < Exigibilidade/Necessidade < Proporcionalidade.

Na altura, a lei portuguesa reservava o acesso à propriedade de farmácias apenas aos licenciados em farmácia, o que constituía, naturalmente, uma pesada restrição ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa económica privada, uma vez que, sendo à época a actividade extremamente lucrativa, só uma quantidade ínfima de portugueses possuía aquelas condições de acesso.

Como se dizia num voto de vencido de um dos juizes do Tribunal Constitucional, a situação era tão insustentável quanto o seria a da hipotética reserva da propriedade das clínicas privadas aos médicos, a das empresas de comunicação aos jornalistas ou a dos colégios privados aos professores. Obviamente, a reserva a favor destes profissionais seria admissível, mas apenas quanto ao papel, respectivamente, de directores clínicos, de chefes de redacção ou de directores de turma, nunca na qualidade de proprietários. Ora, o que acontecia com a propriedade das farmácias era que a lei, além de exigir a presença de um farmacêutico como director técnico, exigia igualmente a habilitação da licenciatura em farmácia para se poder ser proprietário da empresa.

*TC decidiu pela não inconstitucionalidade da restrição atendendo ao modelo clássico*

- JRN: mostra as insuficiências do modelo.
- No caso havia uma diferente intensidade na prossecução do fim por parte das duas medidas alternativas:
  - 1) exigência que proprietário da farmácia e diretor técnico fossem farmacêuticos;
  - 2) exigência que só diretor técnico fosse farmacêutico – pelo que em seguida haveria que decidir se o incremento marginal de eficácia garantido pela reserva de propriedade justificava a anulação integral da liberdade de acesso dos não farmacêuticos à propriedade da farmácia.
    - É um novo plano, num domínio de ponderação, em que a decisão do legislador podia e devia ser sindicada.

## B. Controlo da Dimensão da Razoabilidade

O controlo de proporcionalidade tem essencialmente a ver com comparação.

- Apurar se algo é ou não desproporcionado não pode determinar-se sem comparar, sem pôr em relação.

No CONTROLO DE PROPORCIONALIDADE tem de haver uma **avaliação comparativa de alternativas restritivas**, sendo essa comparação finalisticamente orientada ao apuramento de eventual existência de excesso ou de desproporcionalidade entre benefícios pretendidos e sacrifícios impostos pelos poderes públicos aos particulares.

Já o CONTROLO DE RAZOABILIDADE tem a ver exclusivamente com a **avaliação do estado ou da situação em que ficam os particulares após a imposição de medidas restritivas**, sendo essa **avaliação finalisticamente orientada ao apuramento de eventual existência de um resultado desrazoável à luz dos critérios próprios de uma sociedade aberta de Estado de Direito**.

- *Controlo da situação em que fica o afetado por uma medida.*
- Não se considera a relação entre benefícios e sacrifícios e olha-se apenas para a pessoa que sofre a medida e vemos se a situação em que ela fica é razoável ou não.

- Já não é lógica de comparação, mas sim lógica de olhar especificamente para a situação de uma pessoa.
- Não está em causa relação benefícios-prejuízos e olhamos só para a situação do afetado – pode ser por razões quantitativas e qualitativas.

*Esta distinção é necessária e indispensável a uma compreensão cabal do significado jurídico-constitucional de excesso em Estado de Direito.*

### 1. Controlo de Proporcionalidade

**O fim visado com a restrição ao direito fundamental deve ser suficientemente ponderoso para justificar a cedência desse direito fundamental.**

- Essa decisão é tomada pelo poder público mas compete ao juiz constitucional a última palavra sobre isso.
- Na maior parte das vezes, a Constituição não dá orientações decisivas sobre qual dos bens em conflito deve prevalecer, pelo que o juiz constitucional raramente poderá determinar se a decisão de cedência do direito é ou não constitucional sem recorrer à realização de juízos de ponderação, ainda que orientados à luz da interpretação das exigências constitucionais, na decisão qual dos bens em conflito deve ter precedência.

**Já não estamos nesta fase.**

- Trata-se agora de **avaliar em que medida a concreta intervenção restritiva no direito fundamental, fundamentada no resultado daquela ponderação de bens, não é excessiva (desproporcionada) e não vai mais além do que aquilo que é necessário para prosseguir a realização do bem ou do interesse a que se atribuiu precedência.**
  - *Não é verificar qual dos bens em apreço tem maior peso – isso já foi feito – mas apenas há um sentido instrumental exclusivamente orientado para a determinação do eventual excesso ou desproporcionalidade da medida restritiva.*
  - Uma coisa é apurar se essa relação de preferência estabelecida com a restrição do direito fundamental é constitucionalmente legítima; outra é analisar a medida restritiva concreta escolhida pelos poderes públicos para concretizar a relação de preferência previamente estabelecida.
  - Ou seja, **vai-se verificar se o prejuízo ou sacrifício imposto é desproporcionado em relação ao benefício que se espera obter – juiz concentra-se no eventual excesso da medida que foi tomada em consequência do resultado daquela primeira ponderação.**

*Controlo de proporcionalidade não pode resumir-se a uma prática de controlo parcelar e sucessivo da observância dos vários subprincípios ou máximas da proibição do excesso.*

- JRN: não podemos fazer um tipo de controlo teste a seguir a teste, segundo uma lógica de verificação sucessiva. Temos de nos orientar para uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respetivas eficácia e grau de sacrifício produzidos – é neste contexto que a metodologia da ponderação pode relevar enquanto metodologia constitucionalmente adequada.

O controlo deve ser estruturado em termos de comparação, de um pôr em relação, de medidas alternativas concretas: *a medida restritiva (e situação resultante) efetivamente adotada ou em vias de adoção pelo órgão que interveio restritivamente num direito fundamental sujeita a*

*controlo judicial, comparada com uma medida alterativa, que tanto pode ser a que então vigorava (a situação estabelecida) ou aquela que o juiz constitucional intelectivamente configure enquanto alternativa à que existe ou à que foi ou se pretende adotar.*

- Aquilo que resulta desta comparação e que revela o que é excessivo ou desproporcionado é a relação entre o benefício ou a vantagem marginal que a medida restritiva em apreciação acrescenta relativamente à alternativa com que intelectivamente se confronta.
- Quando esse incremento marginal é comparado com o acréscimo marginal de restrição ou de sacrifício na liberdade que a medida em apreciação também produz relativamente àquela outra alternativa.

**Se uma nova medida restritiva que se pretende adotar proporcionar um benefício marginal mínimo para o fim visado, mas, simultaneamente, produz na ordem jurídica um acréscimo significativo de sacrifícios na liberdade, autonomia ou bem-estar, então a ponderação entre essas grandezas e as que resultam das medidas alternativas atualmente em vigor pode revelar uma relação claramente desproporcionada em desfavor da nova medida; daí, a sua inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade.**

- Da mesma forma, se a restrição da liberdade que vigora só garante um benefício marginal mínimo face a um sacrifício de liberdade significativo quando comparada com uma hipotética medida restritiva alternativa que poderá ser adotada, então a medida atualmente em vigor pode vir a ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso.

**Não se supera o inevitável subjetivismo, mas é atenuado pois comparamos grandezas comparáveis (o sacrifício e o benefício produzidos por cada uma das medidas).**

- Não se vai pretender a composição ótima de interesses, mas apenas avaliar se a relação entre o que se ganha e o que se perde com medida em análise é ou desproporcionada.

**Se nesta comparação aquilo que se perde com a alteração legislativa é evidentemente desproporcionado na comparação entre benefícios e sacrifícios marginais respetivos, então a desproporção é inconstitucional.**

- Só não resultaria em inconstitucionalidade se o poder político responsável fosse capaz de justificar, em função da especial valia da natureza do fim em causa, no sentido de que um benefício, ainda que ínfimo, relativo a um bem tão especialmente valioso justificava o acréscimo marginal de sacrifício comparativamente significativo num bem jusfundamentalmente protegido.

Medida restritiva	Aptidão	Sacrifício
A	4	7
B	3	2

Ou seja, a medida anteriormente em vigor (*B*) era, de facto, menos eficaz que a nova medida, mas, em contrapartida, era muito menos agressiva para a liberdade. Portanto, quando se comparam o acréscimo marginal de benefício (prosecução do fim) introduzido por *A* relativamente a *B* com o acréscimo marginal de sacrifício na liberdade que a introdução da nova medida provoca, a relação surge claramente desproporcionada: para progredir um mínimo na obtenção do fim (de 3 para 4), a medida *A* acrescentava um enorme aumento de sacrifício na liberdade (de 2 para 7).

Assim, numa situação normal de valorização da liberdade em Estado de Direito (naturalmente as circunstâncias variam e pode haver situações em que o valor eficácia, tendo em conta, como dissemos, a especial relevância do bem prosseguido, seja tão determinante que altere aqueles dados), a conclusão seria, em princípio, a da inconstitucionalidade de *A*, ou seja, um resultado radicalmente diverso daquele a que se chegara quando se *controlara* a constitucionalidade da medida isoladamente considerada e num processo de sucessiva superação dos testes da proibição do excesso.

Se tivesse sido esta a lógica aplicada no **Acórdão TC 107/2001**

Porém, quando se considera o sacrifício na liberdade e no direito referidos, o sacrifício imposto por aquela primeira lei era bastante pesado, já que, como dissemos, para a esmagadora maioria da população o sector da propriedade de farmácias seria inacessível; logo, não seria desrazoável atribuir-lhe uma notação de 9, enquanto que à lei actual, que liberou completamente o acesso, atribuiríamos a notação de 0 (não seria 0 considerando a imposição de contratação de um director técnico licenciado em farmácia, mas esse sacrifício pode, para este efeito, ser desconsiderado, uma vez que esta imposição é comum às duas leis).

Representando as duas alternativas, sendo *A* a lei de 2001 (a que teve a sua constitucionalidade apreciada pelo Tribunal Constitucional) e *B* a alternativa actualmente em vigor, teríamos, portanto:

Medida restritiva	Aptidão	Sacrifício
A	8	9
B	7/7,5	0

Ou seja, um benefício marginal mínimo – relativamente ao qual se pode mesmo duvidar se, na prática, chega sequer a existir – tem, como contrapartida, um sacrifício marginal enorme e, logo, desproporcionado, excessivo. Então, apesar do relevo do fim prosseguido com a restrição, considerando, igualmente, a importância do sacrifício, diríamos, ponderando o que se ganha e o que se perde nas duas alternativas, que a primeira opção é inconstitucional por impor um sacrifício evidentemente desproporcionado, excessivo.

*TC estava apegado à formulação tradicional e exigia que a eficácia/aptidão fosse equivalente ou superior à da medida em apreço.*

- **Tiago Fidalgo de Freitas: TC não sabe utilizar o princípio da proporcionalidade, pois utilizando da forma correta o subprincípio da necessidade, atendendo-se à proporcionalidade, esta medida não seria considerada proporcional.**

**Não se trata de uma ponderação entre bens, interesses ou direitos, mas uma ponderação entre o que se ganha e o que se perde com constelações restritivas alternativas e, mesmo aí, tendo em conta e respeitando a margem de avaliação do legislador democrático a quem cabe encontrar as melhores soluções.**

*Há uma redução do subjetivismo e há a possibilidade de fundamentar de forma racionalmente consistente e intersubjetivamente partilhável o resultado a que se chega.*

## 2. Controlo de Razoabilidade

*Dimensão autónoma da garantia da proibição do excesso e que não se esgota no sentido material da relação de proporção/desproporção entre duas grandezas, sejam estas um fim e um meio ou sejam alternativas em competição*

O sentido é o de na situação concreta, **avaliar a razoabilidade da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade, na exclusiva perspetiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afetado.**

- **É desrazoável, numa perspetiva individual, quando a medida em causa coloque os afetados, ou algum deles, numa situação quantitativa ou qualitativamente desrazoável à luz dos ditames da proteção da liberdade, autonomia individual e do relacionamento Estado/cidadão em Estado de Direito.**
- Pode ser desrazoável sem violar o princípio da DPH.

*É um controlo que se concentra exclusivamente no plano do sacrifício imposto, da situação ou do estado em que a imposição desse sacrifício deixa o lesado.*

- A intolerabilidade ou desrazoabilidade do sacrifício pode resultar do montante do sacrifício imposto, portanto, vir associado a uma perspetiva de avaliação quantitativa, mas que pode ser simplesmente fruto da natureza da imposição, da sua qualidade que, para uma pessoa pode até ser perfeitamente normal e, para outra, ser inadmissível.

**Ex (com base nos Acórdãos TC 67/2007 e 221/2009):** lei que regula acesso a cuidados médicos no SNS impõe que apresente cartão de utente do SNS para beneficiar da gratuitidade do mesmo. Se não apresentarem logo têm de apresentar em 15 dias, sob pena de pagar o custo real dos tratamentos.

- Não é desproporcionada, tendo em conta os benefícios burocráticos e de racionalização de funcionamento – passa o teste do controlo da proporcionalidade.
- No entanto, pode ser desrazoável se algum legítimo utente do SNS, com situação financeira precária não cumpre, por razão justificada ou não, a obrigação imposta. Não é razoável que lhe sejam cobrados milhares de euros em tratamentos apenas porque o cartão não foi emitido a tempo.

**Ex2:** lei confere benefício fiscal a certa religião para fins de beneficência ou impõe que contribuintes destinem 0,05% dos seus impostos para uma certa religião à escolha.

- Não é desproporcionada, dado o contributo de beneficência
- Não é razoável haver uma imposição, num Estado de Direito que garante a liberdade de ter e de não ter religião, compelir contribuintes a dar dinheiro à igreja.

**Uma norma que, em abstrato, pode ser tida como razoável, é suscetível de uma aplicação excessiva, desrazoável, na medida em que a exigência ou o encargo que se impõe a alguém surja, nesse específico contexto, como excessivo, demasiado grave ou injusto.**

- Nesse sentido, o *controlo da razoabilidade tanto pode ser aplicado à lei restritiva na projeção das suas possíveis aplicações, como às intervenções restritivas individuais e concretas propriamente ditas.*
  - Não é um problema de lei (não) inconstitucional em abstrato, mas de lei que se pode revelar desproporcionada no caso concreto.
  - O controlo da proporcionalidade pode operar segundo uma perspetiva geral e abstrata, dirigida especialmente ao controlo das opções do legislador, como

segundo uma perspetiva concreta e individual orientada para o controlo das intervenções restritivas atuadas pela Administração ou pelo juiz do caso concreto.

Estamos a **concentrarmo-nos na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva prova na esfera do(s) afetado(s)**, havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação dos fins prosseguidos pelas restrições aos direitos fundamentais, a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoa em Estado de Direito.

- Já não é adequação da relação entre bens que é averiguada, mas a razoabilidade da relação entre um dever de direito público e a pessoa do obrigado.

**Dimensão valorativa essencialmente referida à situação em que a medida em apreciação coloca pessoas individualmente consideradas** e que é funcionalmente orientada à garantia da quantidade e qualidade de um espaço de liberdade individual remanescente que as intervenções restritivas num Estado de Direito devem observar.

- É sempre relativo, flexível, dependente dos argumentos invocáveis na situação em apreço – nunca se dispensa a contextualização no âmbito dos interesses relevantes no caso concreto.

### **Casos Práticos**

*Identificação do Direito Fundamental em causa (pelo texto da CRP)*

1ª coisa a fazer: identificar o fim/objetivo prosseguido com a medida

2ª coisa a fazer: verificar se o fim é conforme à CRP. Se não for, nem vale a pena fazer a relação entre meio e o fim.

3ª coisa: análise dos subprincípios

- **Princípio da Aptidão** – análise se a medida atinge o fim na totalidade ou só parcialmente. Temos de ver se há uma aproximação sensível ao resultado – só há 2 circunstâncias em que não se preenche este subprincípio: quando se fica no mesmo sítio ou quando se anda para trás. É de fácil preenchimento. É essencialmente um princípio empírico, quando há perceção se a medida torna possível o fim que visa realizar.
- **Princípio da Necessidade** – comparação com outras medidas. Compara-se a eficiência na obtenção do objetivo e o nível de restrição que impõe aos Direitos Fundamentais. Fazer quadro. Temos de ponderar soluções parecidas, pois essa é que foi a lógica do legislador. É juízo comparativo e temos de ver quanto à comparação entre um e outro. Surge o problema de não saber até onde podemos descortinar medidas alternativas, pois o juiz não pode substituir-se ao legislador. Não se sabe até que ponto pode o tribunal second guess o legislador.



## Princípio da PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A construção doutrinária desenvolvida no séc. XIX que concebe o Estado como pessoa jurídica teve um elemento decisivo na teorização da limitação da soberania estatal e na normalização da ideia de *submissão ao Estado de Direito*.

- O relacionamento entre Estado e indivíduos é um relacionamento entre pessoas jurídicas igualmente sujeitas ao Direito.
- Há direitos subjetivos contra outros particulares e contra a pessoa jurídica-Estado (direitos subjetivos públicos).
  - Na relação com os indivíduos sob sua jurisdição, não como súbditos, mas como pessoas jurídicas titulares de Direitos Fundamentais, o **Estado tem de ser, por adesão a uma pauta material de valores, uma pessoa de bem.**
    - Daí deriva a sujeição dos **poderes públicos ao princípio geral da boa fé e à garantia da segurança jurídica e da tutela da confiança que os particulares depositam na palavra do Estado.**

### Boa fé e Segurança Jurídica

O Estado de Direito tem o **dever de atuar de boa fé no relacionamento com os particulares, que podem esperar que o Estado se comporte como pessoa em quem se pode confiar, podendo planear a sua vida num ambiente de previsibilidade, de paz e de segurança jurídica.**

- A tutela jurídica da confiança dos particulares pode surgir como observância da boa fé, mas, apresentar também, noutras situações, desenvolvimento dogmático e um âmbito de aplicação substancialmente distintos.

**A tutela das expectativas e da confiança dos particulares é garantida, desde logo, quando os poderes públicos estabelecem específicas e concretas relações jurídicas com os indivíduos.**

Além dessas relações, a tutela da confiança dos particulares **abrange toda a atuação do Estado**, incluindo a atuação legítima do legislador na prossecução geral e abstrata do interesse público.

- Com este alcance, enquanto padrão normativo que vincula a atuação dos poderes públicos em Estado de Direito, o princípio da proteção da confiança pode ser violado mesmo quando a atuação estatal não é censurável do ponto de vista da boa fé dos seus agentes.

Por exemplo, o legislador pode alterar um dado regime jurídico porque, ponderando todos os interesses em causa, essa é, em seu entender, a forma adequada e necessária de prosseguir o interesse público – portanto, não estando em causa a respectiva boa fé – e, todavia, frustrar de forma intolerável a confiança que alguém havia justificadamente depositado na continuidade do regime legal anterior. Então, o princípio da protecção da confiança desenvolve aí efeitos normativos próprios, autónomos e independentes do princípio da boa fé.

**A violação das expectativas constitui uma afronta direta à segurança, mas, também, à continuidade e estabilidade dos regimes jurídicos vigentes.**

*Estes princípios são essenciais a uma Constituição material de um Estado de Direito, enquanto fatores imprescindíveis a uma estruturação da vida social em paz jurídica.*

- Na perspetiva dos particulares, tais princípios são condição da previsibilidade da atuação estatal enquanto pressuposto de autonomia individual na conformação de planos de vida próprios.

Este **princípio deduz-se do art. 2º CRP e projeta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado**, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade da atuação estatal, de certeza, clareza e densidade normativa das regras jurídica e de publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos, até às mais específicas de observância concreta e pontual dos direitos, expetativas e interesses individuais legítimos dignos de proteção.

**A tutela da confiança dos particulares relativamente à continuidade das garantias e limites que a ordem jurídica estabelece, bem como à prática de atos em conformidade aos precedentes estabelecidos pela atividade estatal pretérita é o lado subjetivo da garantia mais geral de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.**

Na sua dimensão objetiva, o **princípio da segurança jurídica vale para todas as áreas da atuação estatal**, desdobrando-se por exigências dirigidas à Administração (caso decidido), poder judicial (caso julgado) e ao legislador.

- Quanto ao legislador, a garantia objetiva de segurança jurídica requer:

- (i) tanto quanto possível, a transparência e publicidade do processo de elaboração das leis (o que encontra refração constitucional expressa na reserva de lei parlamentar e nos diferentes institutos de apreciação parlamentar dos diplomas aprovados pelo Executivo) e, em qualquer caso, exige a necessária publicação antes da entrada em vigor (sob pena de ineficácia jurídica ou, associada a outros institutos como a promulgação ou a referenda, a própria inexistência jurídica);
- (ii) clareza das normas jurídicas e sua suficiente determinabilidade, sobretudo quando essas normas desenvolvem efeitos restritivos sobre os direitos dos particulares (cf., *infra*, o princípio da determinabilidade), sem prejuízo, porém, da possibilidade ou, até, necessidade de o legislador recorrer normalmente a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados;
- (iii) a normatividade do ordenamento jurídico e a sua estabilidade, enquanto garantias estruturais de uma paz jurídica assente no império da lei, mas que pressupõe também a existência de um interesse público no reconhecimento e observância dos direitos e posições individuais juridicamente protegidos;
- (iv) autolimitação e autovinculação do Estado relativamente às normas vigentes aprovadas pelos seus órgãos, o que neste domínio significa que podendo o legislador, observadas as disposições e competências constitucionais, alterar as normas em vigor, ele próprio está submetido e obrigado à respectiva observância enquanto elas vigorarem. Esta exigência significa, por exemplo, que se uma lei dispuser acerca do processo de elaboração e formação de outras leis – e, com esse sentido de *lei-quadro* tiver o estatuto, expressamente reconhecido ou implícito, de lei de *valor reforçado* –, a aprovação de novas normas nesse domínio estará viciada de *ilegalidade* ou, no caso de reconhecimento constitucional expresso daquela relação de subordinação, estará viciada de *inconstitucionalidade indirecta* se o processo de elaboração legalmente fixado na *lei-quadro* não for devidamente observado pelo legislador.

### Proteção da Confiança como Dimensão Subjetiva da Segurança Jurídica

*Às expectativas de continuidade, estabilidade e segurança jurídica opõem-se exigências de sentido contrário, genericamente derivadas da ideia de natural revisibilidade das leis e da ampla margem de conformação que deve ser reconhecida ao legislador democrático em Estado de Direito.*

O quadro típico de intervenção do princípio da proteção da confiança é caracterizado pela confluência de 2 fatores, que, perante o caso concreto em presença, podem assumir diversas modalidades e intensidades diferentes:

- **Necessária existência de uma base que tenha gerado a confiança dos particulares** – dado existir facto ou ato da responsabilidade ou sob controlo dos poderes públicos com potencialidade objetiva para gerar no particular interessado uma esperança convicta de que no futuro se verificarão determinadas consequências jurídicas.
  - *Essa confiança traduz-se geralmente numa expectativa quanto à simples continuação em vigor do enquadramento jurídico que confere estabilidade a uma posição jurídica já constituída ou a constituir, mas pode também dizer respeito à prática futura de um ato ou à subsistência de uma omissão por parte de poderes públicos de que resultem vantagens para o particular.*

- **Confiança foi frustrada por força de atuação comissiva ou omissiva inesperada dos poderes públicos no sentido contrário às expetativas anteriormente geradas e que provoca um sacrifício ou prejuízo na esfera do particular.**

Os particulares têm não apenas o direito a antecipar minimamente o que podem esperar da parte do Estado como, também têm o direito a não ver frustradas as expetativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, se tais expetativas forem legítimas (tendo sido estimuladas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado) no sentido de que os particulares não preveem razoavelmente alterações radicais no curso do desenvolvimento legislativo normal.

*Mas o legislador do Estado de Direito está vinculado à prossecução do interesse público, tendo aí margem ampla de conformação da ordem jurídica<sup>60</sup>.*

- Perante a igual dignidade constitucional destes valores em causa, o alcance prático do princípio da proteção da confiança está dependente de uma avaliação ad hoc que tenha em conta as circunstâncias do caso concreto e permite concluir, com base na avaliação do peso variável dos interesses em disputa, qual dos interesses deve merecer a prevalência.

## Retroatividade e Retrospectividade

*Para efeitos de apurar a eventual violação da confiança, há que distinguir 3 modalidades de aplicação da lei no tempo:*

- **Leis aplicáveis só a situações jurídicas que se venham a constituir no futuro/Leis Prospetivas** – *só se aplicam a factos, posições ou situações que venham a surgir e desenvolver-se depois da entrada em vigor da norma.*
  - Liberdade de conformação do legislador é quase total,
  - À partida, uma lei com esta natureza é, do ponto de vista do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, inatacável.
- **Leis Retroativas** – *lei que é aprovada num dado momento mas que ficciona a sua entrada em vigor em momento anterior e pretende produzir integralmente os seus efeitos, incluindo efeitos restritivos, a partir desse momento ficcionado.*
  - À partida é constitucionalmente ilegítima, de tal forma que afeta desvantajosamente posições de particulares já estabilizadas ou resolvidas no passado, de uma forma com que estes não podiam razoavelmente contar.
    - A não ser assim, os cidadãos ficavam incapacitados de desenvolver qualquer plano de vida, pois não sabiam o que o Estado iria fazer e decidir de forma retroativa.
  - A retroatividade não é, em si mesma, inconstitucional (pois pode ser ampliativa e dar vantagens aos particulares), mas, a Constituição determina a proibição de leis retroativas naqueles domínios em que será mais contundentemente ofensiva das expetativas dos particulares.

---

<sup>60</sup> A expectativa política não é tutelável.

Nem tudo o que o legislador decide foi falado nas campanhas eleitorais. Desde que não viole a CRP, o legislador tem uma margem de livre conformação para o futuro.

- **Leis Retrospectivas** – *lei nova só reclama uma vigência ex nunc<sup>61</sup>, ainda que com a virtualidade de afetar direitos, situações ou posições que, embora constituídos no passado por força ou com a cobertura de lei anterior, se prolongam no presente.*
  - À partida, pode ser constitucionalmente ilegítima por violação do princípio da proteção da confiança.
  - Não há norma constitucional expressa a vedar a retrospectividade, mas, este princípio estruturante pode ter como virtualidade proteger os particulares neste âmbito, dada a caracterização do Estado de Direito como pessoa de bem.
  - Aqui surgem os casos difíceis, uma vez que a plena consolidação das situações vindas do passado, a que a lei nova se pretende aplicar, ainda não ocorreu, gerando uma diminuição do peso dos interesses relativos à segurança jurídica e à proteção da confiança dos cidadãos.
    - Retrospectividade não pode ser sempre inconstitucional – vão sempre haver afetações do passado e legislador ficaria impossibilitado de legislar.
    - E não podia dizer que não se aplicava às situações que vinham do passado, pois isso levava a outro problema: na nossa ordem jurídica iriam existir diversas posições jurídicas que objetivamente são idênticas mas com regimes diferentes.
      - ❖ Afetava o princípio da igualdade – aplicação de inúmeros regimes jurídicos a situações que são material e objetivamente idênticas.
  - *Resistência à retroatividade apresenta uma menor intensidade normativa: o juízo de inconstitucionalidade não poderá ser afirmado sem prévia avaliação e ponderação de bens ou interesses em confronto.*
  - JRN: não se pode conferir uma rigidez injustificada a grandes domínios da ordem jurídica ordinária
    - É que, do Código Civil ao Código Comercial, do Código Laboral ao direito de família, não há praticamente quaisquer hipóteses de alteração legislativa sem que, com isso, de alguma forma se estejam a afectar situações ou posições jurídicas constituídas no passado e que permanecem activas e em desenvolvimento quando da entrada em vigor da nova lei. Vedar a possibilidade de o legislador alterar a legislação em vigor ou obrigá-lo a considerar, excluir ou tratar diferenciadamente todas as posições ou situações provindas do passado, seria fragmentar de uma forma praticamente inadmissível a ordem jurídica ordinária, suscitando problemas sérios de observância do princípio da igualdade e degradando inconstitucionalmente a própria posição do legislador democrático.

## Conteúdo Normativo do Princípio da Proteção da Confiança

*Fatores de racionalização e parâmetros de controlo da ponderação.*

---

<sup>61</sup> Retrospectividade: *legislador aprova norma restritiva hoje, que vale para o futuro, mas, valendo para o futuro vai aplicar-se a relações jurídicas e direitos que já vêm em desenvolvimento do passado.*

- Afetação de direitos que vêm do passado e se encontram em desenvolvimento.
- Quando se aplica a norma agora abrange situações que nasceram no passado.

Tentamos discernir: retrospetividade admissível da retrospetividade inadmissível.

**A ponderação tem de ser feita atendendo ao peso do interesse público prosseguido pelo legislador quando pretendeu alterar a lei em vigor e a força de resistência das expetativas e direitos dos particulares.**

- O juiz constitucional tem de verificar se as expetativas dos particulares, por serem dignas de tutela, foram devidamente tidas em conta aquando da realização do interesse público.
- Contrapõe expetativas dos particulares e a necessidade de prossecução do interesse público.
- Não se pode resolver de forma geral e abstrata e temos de olhar para o caso concreto – **ponderação do peso das expetativas dos cidadãos e peso da premência da prossecução do interesse público.**
  - Temos de ter em conta os principais fatores que, influenciando o peso relativo dos interesses em confronto – *expetativas dos particulares e interesse público* – podem auxiliar na racionalização do inevitável procedimento de ponderação.
  - Temos de atender a vetores que nos auxiliam na aplicação e interpretação do peso das expetativas dos particulares e o peso da premência da prossecução do interesse público – há fatores objetivos que influenciam estes pesos.

### 1. Expetativas dos Particulares

**A possibilidade constitucional de invocação bem sucedida do princípio da proteção da confiança implica a reunião cumulativa de certos pressupostos quanto às expetativas dos particulares.**

#### A. NATUREZA E SOLIDEZ DAS EXPETATIVAS OU DIREITOS DOS PARTICULARES

A alteração do regime jurídico em vigor pode ter **afetado meras expetativas ou direitos em formação, mas também podemos estar perante direitos já constituídos** e consolidados na esfera jurídica dos particulares, apesar de serem de realização continuada e de atualização permanente.

Assim, mantendo-nos no exemplo das pensões de sobrevivência – área sujeita a grande instabilidade nas crises do Estado social dos últimos anos e, por isso mesmo, domínio privilegiado de invocação do princípio da protecção da confiança–, não é a mesma coisa a nova lei alterar o valor da próxima pensão a atribuir a alguém que ainda não se aposentou ou “cortar” no montante e nas condições da pensão já atribuída e em pagamento. Não apresenta a mesma gravidade a alteração do regime

**As expetativas têm de ser legítimas e não podem ser fundadas em ilegalidades.**

Mas, mesmo quando as decisões são legítimas, **há expetativas que surgem de privilégios privados, injustificados ou extravagantes pelo que a frustração das mesmas não se traduz verdadeiramente na imposição de um sacrifício, mas simplesmente na supressão ou diminuição de um privilégio** eventualmente chocante, pelo que não tem peso suficiente para contrariar a reposição legislativa de tratamento equitativo dos cidadãos em Estado de Direito.

- Então, sem prejuízo da eventual natureza legítima da expectativa do particular na sua manutenção, esta terá uma força de resistência enfraquecida ou, em última análise, até inexistente perante a correção da iniquidade por parte das novas decisões dos poderes públicos.

#### B. PAPEL E INTERVENÇÃO DO ESTADO NA CRIAÇÃO DAS EXPETATIVAS

O **papel e atitude do Estado na criação da base de confiança que alimenta as expectativas dos particulares** pode ser muito diferente e essa diferenciação é um fator da maior relevância no peso das expectativas dos particulares.

Num alinhamento de reforço progressivo das expectativas dos particulares, podemos ter posições de vantagem individual que os poderes públicos simplesmente desconheciam; posições criadas sem verdadeira consciência do alcance da decisão por parte dos seus responsáveis; situações que, embora conhecidas, foram sendo simplesmente toleradas, eventualmente por inércia ou por omissão dos poderes públicos responsáveis; situações criadas com a intenção pública ou com finalidade objectiva de continuidade e de estabilidade; e, finalmente, as expectativas dos particulares podem ter sido estimuladas ou alimentadas pelo próprio Estado que, por exemplo, criou regimes de incentivos ou convidou

#### C. INVESTIMENTO DE CONFIANÇA POR PARTE DOS PARTICULARES

*A força de resistência das expectativas dos particulares depende também da reacção que um determinado enquadramento jurídico ou situação de relacionamento com o Estado provocou ou era objetivamente suscetível de ter provocado.*

Uma coisa é uma **expectativa se desenvolver ou uma posição jurídica resultar da produção objectiva de efeitos das normas em vigor** ou das decisões dos poderes públicos sem que o particular seja chamado a intervir; outra coisa, é a **situação em que o particular, reagindo a uma decisão ou estímulo públicos, modifica os seus planos de vida**, toma decisões para o seu futuro em função do que lhe está a ser dito ou prometido pelo Estado, havendo um Investimento de Confiança.

- **Pessoas fazerem por livre iniciativa** (formam expectativas porque fazem juízos próprios) **é diferente de Estado incentivar a fazer** (formam expectativas devido a ações do Estado).

**O investimento de confiança deve ser mais relevado quando foi a resposta dos particulares a um estímulo ou um convite de realização feito pelos poderes públicos.**

- Casos em que o particular não teria agido dessa forma se não tivesse havido o referido incentivo do Estado.

Em sentido diverso, **se uma lei que introduz um novo regime está envolta em controvérsia e contestação política, ainda que sem prejuízo da legitimidade das expectativas dos particulares na sua continuidade, eles não podem alegar a seu favor o carácter inesperado da alteração ou da mudança de posição, uma vez que essa possibilidade já era conhecida de origem.**

- *Investimento de confiança existiu mas foi feito com consciência da precariedade da posição, por exclusiva conta e risco dos interessados.*

#### D. IMPORTÂNCIA DA PASSAGEM DO TEMPO NA CONSISTÊNCIA DAS EXPETATIVAS

Têm **diferente consistência expetativas solidificadas ao longo dos anos e estabilizadas por força de uma aceitação reiterada no tempo** comparadas com meras esperanças que benefícios precários, recentes ou conjunturais não venham a ser retirados.

O *caráter inesperado* da alteração da norma ou de comportamento que frustra as expetativas dos particulares tem *diretamente a ver com o tempo de vigência* de determinado regime jurídico.

#### E. MONTANTE OU GRAVIDADE DO PREJUÍZO SOFRIDO COM A FRUSTRAÇÃO DE EXPETATIVAS

O **Estado-pessoa de bem tem de considerar os sacrifícios que uma sua atuação, mesmo legítima e destinada a prosseguir o interesse público, provoca na esfera dos particulares afetados.**

- Uma coisa é um prejuízo insignificante, facilmente recuperável; outra coisa é um prejuízo enorme para quem já não tem condições de adaptar os seus planos à nova realidade jurídica e a quem, por isso, a frustração de expetativas provoca danos potencialmente irreparáveis.

O *elemento de avaliação relacionado com o montante/gravidade dos sacrifícios projeta diretamente a sua relevância na dimensão de valoração/ponderação dos fatores a considerar do outro lado da relação*, ou seja, atinente ao peso da prossecução do interesse público tal como venha definido pelos poderes públicos responsáveis.

## 2. Interesse Público

*Apurado o peso relativo das expetativas dos particulares, tal deve ser tido em conta na ponderação com o interesse público que pretende justificar a alteração jurídica que motivou a quebra da confiança que os particulares depositavam na continuidade de um dado regime ou na estabilidade de uma posição jurídica.*

- Do lado do Estado, cabe valorar a importância e a premência de realização desse interesse público.
- Há uma ampla margem de conformação, mas, nunca uma deferência total às escolhas e justificações do legislador.
  - Em última análise o juiz pode contrariar o legislador, mas ele tem sempre de deixar uma margem de prognóstico para o legislador democrático legislar.

**Cabe ao poder judicial, sem pôr em causa os objetivos legítimos do legislador, verificar se a premência de realização do interesse público tem uma base real, se a fundamentação é consistente e sobretudo se, no caso, se justifica a frustração das expetativas dos particulares.**

### Disposições de Direito Transitório

*Proteção da confiança, proibição do excesso e a importância de disposições transitórias que compatibilizem os interesses em tensão*

- **Reconhecendo o juiz a preponderância do interesse público há casos em que, sem prejuízo dessa preponderância, é possível garantir que se mantenham as situações que vêm de trás e o regime mantém-se para certas pessoas**
  - Prossegue-se o interesse público quase totalmente mas atende-se às expetativas dos particulares.



A especificidade do controlo da observância do princípio da proteção da confiança sustenta-se na combinação de duas dimensões:

- **Interesse público prosseguido pelo legislador tem de superar o peso das expectativas dos particulares na continuidade de um dado quadro legislativo/situação jurídica.**
  - Há uma ampla margem de conformação do legislador democrático mas, essa margem de conformação será substancialmente reduzida se em causa estiverem, do lado dos particulares, expectativas relacionadas com a salvaguarda de direitos fundamentais, caso em que o próprio legislador está constitucionalmente vinculado à respetiva observância e deve ser especialmente relevada a dimensão e gravidade do sacrifício imposto.
  - Associação do controlo da proteção da confiança a juízos relacionados com a proibição do excesso.
- **A prevalência da realização do interesse público sobre as expectativas dos particulares, ainda assim será necessário verificar se não era possível, sem pôr em causa a prossecução do interesse público, ou afetando-a apenas minimamente, proteger também as expectativas e a confiança dos particulares.**
  - Neste âmbito são necessárias disposições transitórias que salvaguardem as posições vindas do passado.
  - Também podem ser necessárias compensações indemnizatórias atenuadoras do sacrifício imposto.
  - Se tal for razoavelmente possível, a não observância determinará inconstitucionalidade por força da aplicação combinada dos princípios da proibição do excesso e da proteção da confiança – a emissão de disposições transitórias que salvaguardem as esferas dos particulares de bruscas alterações são uma possível concordância prática dos interesses contrapostos.

Há, aí, uma óbvia associação ao princípio da proibição do excesso, o que, de resto, nada tem de surpreendente pois não se pode esquecer que se trata de princípios genética e materialmente derivados do mesmo princípio geral, o princípio da dignidade da pessoa humana em que se sustenta o Estado de Direito. A estratégia de comparação de alternativas restritivas é comum, como vimos, aos dois princípios, ainda que a autonomia do princípio da proteção da confiança justificativa da sua consideração autónoma se expresse, tanto na específica ponderação a que se procede neste contexto, como na referência permanente de todos os juízos de eventual inconstitucionalidade ao parâmetro da violação das expectativas dos particulares.

### **Casos Práticos**

1º qualificar a retroatividade em causa

2º pressupostos da proteção da confiança:

- 1) haver confiança;
- 2) haver investimento na confiança;
- 3) haver justificação da confiança;

4) não haver interesse público.

## Princípio da PROIBIÇÃO DO DÉFICE

*Princípio relativamente recente na história do Constitucionalismo – anos 1980 e 1990 na Alemanha<sup>62</sup>*

### **DIREITOS POSITIVOS E INCONSTITUCIONALIDADE**

*Numa situação em que se parte do princípio de que a Constituição obrigaria a atuar, a fazer ou a prestar algo, em caso de incumprimento a eventual censura constitucional é dirigida a um não-ato, um non facere.*

- A omissão é **mais facilmente reconhecível quando o próprio texto da CRP impõe expressamente** aos poderes públicos a realização de algo através de um comando específico que não foi cumprido.
- Mas **mesmo não havendo comandos constitucionais específicos explícitos, os poderes públicos têm obrigações constitucionais de prestar/de facere** que decorrem genericamente da conceção contemporânea dos Direitos Fundamentais em Estado social de Direito.

Temos de **determinar os critérios ou parâmetros** que permitam identificar o incumprimento das obrigações constitucionais, ou seja, a **existência de inconstitucionalidade por violação de deveres estatais de prestação a que correspondem, do lado dos titulares dos direitos fundamentais**, direitos à realização de algo = direitos positivos.

- *Em que circunstâncias ou a partir de que patamar se pode considerar estar o Estado a incumprir deveres genéricos de realização positiva incorrendo em omissão inconstitucional?*
  - Resposta muito difícil.
  - Quando o objetivo constitucional é a proteção do acesso individual a bens jusfundamentalmente garantidos raramente há apenas um meio, uma via, uma forma de alcançar o objetivo, havendo normalmente inúmeras possibilidades para o atingir.
  - Essas possibilidades não se distinguem somente pela eficácia, mas também pelos efeitos colaterais diferenciados que produzem.
  - Há várias vias legítimas de se alcançar o fim.

**Um qualquer dever de prestação, normativa ou material, pode sempre obter maior ou menor realização.** É sempre possível ir mais longe, garantir mais efetividade, abranger mais situações, conferir mais densidade à ação e etc.

Por exemplo, para proteger o acesso individual a bens jusfundamentalmente protegidos contra agressões de outros particulares é possível recorrer a campanhas pedagógicas ou a dissuasão através de sanções administrativas ou, em último caso, recorrer à tutela penal; mas também nesta última hipótese, a pena prevista ou aplicada pode sempre variar, é possível aumentá-la ou reduzi-la, ampliar a previsão normativa, determinar consequências acessórias, permitir ou não exceções.

---

<sup>62</sup> Muitas das soluções de Direitos Fundamentais atuais vêm da Alemanha pois é possível haver uma queixa de particulares ao Tribunal Constitucional – a fiscalização da constitucionalidade permite com que esta jurisprudência seja pioneira no estudo de Direitos Fundamentais.

É sempre possível garantir mais proteção e/ou torna-la mais efetiva, mas, também, normalmente a custo da restrição de possibilidades de ação que, de outra forma, estariam contidas na esfera da liberdade geral de ação de outros particulares.

- *Mas, sendo assim, a partir de que nível de proteção traçaremos o limite da inconstitucionalidade? Tudo o que não seja proteção ótima/otimizada é inconstitucional?*

○ Isso levava a um estado de inconstitucionalidade permanente, mudando o sentido da própria ideia de inconstitucionalidade, perdendo a sua declaração qualquer efeito útil.

JRN: **o problema jurídico-constitucional não deverá ser o de saber se o Estado pode fazer mais no domínio de realização dos direitos positivos, mas sim o de saber quando lhe era constitucionalmente exigível que o tivesse feito e não o fez.**

- A lógica não é: se o Estado pode fazer mais então é inconstitucional<sup>63</sup>
  - **Apenas se faz uma garantia de mínimos – se evidentemente o Estado deveria fazer algo para proteger.**
    - Para ver até onde deve o Estado proteger temos de fazer valorações e ver qual o mínimo da realização do Direito.
    - É o mínimo que tem de ser imposto sob pena de inconstitucionalidade.


*Fora os casos de disposição constitucional, não é simples, determinado e inequívoco o saber o quando, como e quanto é imposto aos poderes constituídos – depende das perspetivas políticas de quem avalia e da forma como dá prioridade a certas questões.*

- Também são decisões que envolvem opções orçamentais e alocação de recursos escassos, cuja legitimidade é dada ao legislador democrático.
- Também há um dilema de resolução não unívoca da parte do legislador, pois este só pode garantir uma maior realização de um direito fundamental restringindo um outro ou, na perspetiva recíproca, só pode aliviar a restrição de um direito se prescindir da manutenção do nível de realização assegurado a um outro direito.
  - **O juízo sobre eventual inconstitucionalidade por insuficiência de realização de direitos positivos não pode ignorar que o poder público responsável está simultaneamente juridicamente limitado e politicamente condicionado pelo dever de respeitar, proteger ou de promover os Direitos Fundamentais dos outros particulares, o que torna ainda mais complexa a análise de inconstitucionalidade.**

Este princípio surge (na Alemanha dos anos 1980) como o instrumento de controlo orientado ao esclarecimento de dúvidas sobre a definição da fronteira/patamar aquém do qual haveria inconstitucionalidade: *a obrigação de prestar considera-se inconstitucionalmente incumprida quando fosse violado o princípio da proibição do défice.*

- Tal como um direito fundamental negativo é violado quando Estado restringe excessivamente o acesso individual a um bem jusfundamental (violando a proibição do excesso), também um *direito fundamental positivo seria violado quando o Estado ficasse aquém da prestação constitucionalmente devida* (violando o princípio da proibição da insuficiência/défice).

<sup>63</sup> Estado estaria sempre em inconstitucionalidade, pois pode fazer sempre mais

- Ao legislador é reconhecida uma significativa margem que se reflete e é reciprocamente influenciada pela natureza do controlo judicial a que fica sujeito quanto ao cumprimento dos limites constitucionais.
  - **O legislador não deve ir além nem ficar aquém, mas, entre esses dois limites jurídico-constitucionais, move-se livremente num espaço onde impera uma margem de decisão pela qual ele se responsabiliza politicamente.**
    - **Entre o limite do constitucionalmente vedado** (determinado pelo controlo de proibição do excesso) e **o limite do constitucionalmente devido** (determinado pelo controlo da proibição do défice), **o legislador move-se no corredor do constitucionalmente autorizado.**
    - JRN: *São princípios diferentes porque um exige que se chegue a um sítio e outro impede que se ultrapasse outro sítio. Não coincidem e são dois princípios autónomos.*
      - ❖ Entre esses dois há um corredor livre para o legislador – margem de conformação do legislador.
- 

### Autonomia dogmática do Princípio da Proibição do Défice

*Existe autonomia dogmática e não é o reverso da medalha do princípio da proibição do excesso.*

- A aplicação da proibição do défice não se limita ao círculo das relações triangulares – quando um poder público afeta a esfera jurídica de um particular para proteger a de outro.
- Mesmo quando essa situação se verifica, a lógica subjacente aos dois princípios (excesso e insuficiência) não é igual ou afim<sup>64</sup>.
- Os controlos não se sobrepõem.

### Princípio da Proibição do Défice e Deveres de Prestação

A vocação de **controlo que a proibição da insuficiência pretende realizar é quanto aos casos em que a Constituição impõe um facere**, abrindo-se objetivamente a possibilidade e eventual necessidade de verificar se o comando constitucional foi cumprido ou não.

*Todas as potencialidades de controlo de constitucionalidade que a proibição da insuficiência desenvolve nos deveres estatais de proteção podem também ser replicadas no domínio do dever*

---

<sup>64</sup> *E se as relações forem somente entre Estado e particular, sem haver afetação de outros direitos de particulares?*

- Aqui ainda menos se justifica fazer coincidir os princípios.
  - Na **proibição do excesso** temos fim que se visa alcançar, bem atingido e medida concreta com que esse bem é atingido – há inconstitucionalidade quando a relação desses fatores é desequilibrada.
  - Na **proibição do défice** não temos de por em relação e verificar se há desproporção, pois não há questão de avaliar proporcionalidade de proteger mais uma coisa e desproteger mais outra.
    - Não há relação de proporcionalidade.
    - O que se pergunta é se a proteção foi suficiente.
    - Não se pode fazer um controlo de aptidão, pois não há ato realizado que nos aproxima do fim – neste caso não há nenhum fim em vista para haver uma omissão.
    - Houve apenas uma omissão e a proporcionalidade aqui não serve para nada.

*de promoção dos direitos fundamentais* (quando o Estado ajuda os particulares a aceder aos bens jusfundamentalmente protegidos sempre que, pelos seus próprios meios, eles não disponham de condições para o fazer).

**O controlo judicial lida com o problema da omissão inconstitucional e a necessidade de um parâmetro de controlo que ajude a identificar o patamar de realização aquém do qual há inconstitucionalidade.**

- Questão muito complexa, pois é estruturalmente mais complexo apreciar a inconstitucionalidade de um não ato do que a de um ato.

Quando lidamos com **normas-princípio, como são normalmente as normas de Direitos Fundamentais, então os deveres que dessas normas resultam para os poderes públicos, para além de terem uma natureza muito diversificada, são também relativamente indeterminados.**

- Podendo normalmente o Estado recorrer a todo um conjunto de meios para prosseguir o fim de proteção em vista, e dependendo essa escolha do prognóstico, das conceções e avaliações políticas dos poderes públicos, designadamente do legislador democraticamente legitimado, é uma tarefa particularmente complexa determinar quando existe ou não inconstitucionalidade por incumprimento ou por cumprimento insuficiente do dever de proteção.
- Nem toda a afetação dos deveres de proteção e de promoção dos direitos fundamentais se traduz em inconstitucionalidade, sendo o controlo de proibição do défice um meio auxiliar e, porventura, indispensável na determinação de existência de inconstitucionalidade por omissão nesses domínios.

**Numa lógica de otimização de realização do dever de proteção obtida através de ponderação, que vinculam igualmente legislador e juiz, este controlo não produziria resultados distintos do princípio da proporcionalidade nem seria autónomo.**

- O princípio da proibição do défice não tem lógica de otimização mas sim de garantia de mínimos.
- Quando se trata de invocar inconstitucionalidade por omissão, a situação é mais complexa, pois quando o Estado tem deveres positivos é sempre possível ir mais longe e garantir mais.

**Numa lógica fora da otimização é difícil saber quem teria a última palavra.**

- Se fosse o juiz, então o poder judicial estaria a replicar e substituir a função legislativa.
- Se fosse o legislador, privávamos os deveres de prestação da sua natureza constitucional e jusfundamental.

**JRN: não se consegue definir com objetividade aquilo que o Estado está constitucionalmente obrigado a fazer num caso concreto.**

- Podemos é **estabelecer, com elevado grau de razoabilidade, que partimos do princípio de que pelo menos um mínimo o Estado estava obrigado a realizar** – estava obrigado a realizar aquilo que, com toda a evidência, era a sua obrigação.
  - Este princípio não serve para apurar em concreto onde se encontra a otimização do direito.
  - Apenas serve para apurar qual o mínimo em que não há realização alguma do direito.
- Há aqui um **controlo de evidência**.

Exige-se também que haja uma subjectivização do dever estatal, i.e., o **dever estatal traduz-se num direito a exigir judicialmente do Estado a respetiva realização** (é um verdadeiro direito subjetivo, que, em geral, só existe quando a partir de uma afetação relevante das posições de vantagem dos particulares de direitos fundamentais).

### Princípio da Proibição do Défice e Proporcionalidade

A **proibição do excesso vem normalmente aplicada no âmbito do dever de respeito de um direito fundamental negativo**, quando o legislador invoca a prossecução de um fim legítimo que exige, a seu ver, a compressão do direito fundamental através de um meio que nele intervém restritivamente com vista à realização daquele fim.

- Legitimidade da restrição é apreciada em função da adequação ou equilíbrio da relação entre grandezas que entram na equação.

A **proibição do défice está inscrita num dever de prestação relativo a um direito fundamental positivo**, havendo uma exigência de uma prestação que se retira da norma constitucional que consagra o direito fundamental.

- Como a norma é geralmente indeterminada, não há pontos de apoio que permitam apurar objetivamente o quantum da prestação devida.
  - Não há grandezas que se possam colocar idealmente em relação/comparação. Haveria uma prestação que seria supostamente devida, mas que não foi realizada, o que deixa o escrutinador simplesmente um nada, um vazio que deveria eventualmente estar preenchido e não está.

Lógica da proibição do excesso não se pode aplicar aqui: **entre um comando de realização e um nada não há uma relação de proporcionalidade apurável, é de uma outra lógica qualitativamente diversa daquilo que está em causa.**

### Indefinição do conteúdo e multiplicidade de propostas de preenchimento

O conteúdo é a resposta à pergunta: *quando e a quem de que patamar se pode dizer que se viola a CRP por insuficiência de proteção ou de promoção de um direito fundamental?*

#### 1. Tese da Inversão dos Parâmetros de Controlo da Proporcionalidade (modelo trifásico)

Simplemente **aplica-se às omissões de prestação que estão a ser sindicadas os mesmos critérios utilizados no controlo das ações estatais restritivas**. Mas aplicada às situações de insuficiência.

*Lógica subjacente é a de considerar o princípio da proibição do défice como o reverso do princípio da proibição do excesso ou como “dupla face” da proporcionalidade.*

JRN: esta tese falha pois:

- **o controlo da proibição do défice não tem que ver com uma relação de proporcionalidade entre grandezas;**
  - O que temos de apurar é se o Estado tinha uma obrigação constitucional de proteger e, em caso afirmativo, se observou ou não, de forma suficiente ou insuficiente, os comandos constitucionais de proteção a que estava obrigado.

- A ideia de proporção, de equilíbrio, de proporcionalidade é totalmente estranha a esta indagação.
- **os critérios de controlo são inaptos para omissões;**
  - Há grandes dificuldades em apurar o fim da omissão, havendo ainda mais dificuldades em pôr em relação fins e meios. Se temos dúvidas em saber qual é o fim, pura e simplesmente os meios podem nem sequer existir, ou seja, numa omissão de proteção o problema é, exatamente, o da ausência de meios de proteção
- **um controlo bem sucedido da proporcionalidade não implica a aplicação linear e sucessiva desses parâmetros trifásicos.**

## 2. Tese de Remissão Genérica para Ponderação de Direitos em Colisão

**A ponderação é o procedimento de controlo destinado a garantir uma proteção adequada e efetiva.**

- Resolução do problema é uma ponderação entre o direito carente de proteção e o direito considerado agressor, portanto, o direito suscetível de ser restritivamente afetado pelas medidas de proteção que venham a ser adotadas.

**JRN: densificar a proibição do défice através da remissão genérica para a ponderação entre os dois direitos em colisão é redundante relativamente ao que se faria sempre estando em causa a restrição do direito fundamental afetado.**

- De facto, como o direito fundamental cuja omissão de proteção se analisa é simultaneamente o fim ou a razão invocada para justificar aquela restrição, então essa ponderação já teria sido feita ou poderia ser exclusivamente feita no contexto de apuramento da eventual inconstitucionalidade da restrição.

*Acabaria sempre por se substituir a ponderação efetuada pelo legislador pela ponderação a que chegam os juizes constitucionais, sem que, no domínio dos deveres de proteção e promoção, haja justificação funcional e de separação de poderes para tanto.*

- Numa relação bipolar Estado-indivíduo, o apelo à promoção adequada e efetiva ou à ponderação de bens significa apenas, de forma ainda mais evidente, atribuir ao juiz uma maior margem de controlo das decisões do legislador democrático sem que pré-existam pontos de referência jurídico que possam balizar objetivamente esse escrutínio.

## 3. Tese do Controlo de Mínimos (Controlo de Evidência)

Vem da elaboração originária deste princípio: *proibição de insuficiência está estreitamente associada a um controlo de mínimos, no sentido de que haveria inconstitucionalidade se não estivesse assegurado um patamar mínimo de proteção cuja presença o juiz deveria apurar através do chamado controlo de evidência.*

- Assim, **haveria inconstitucionalidade juridicamente determinável sem afetação do princípio da separação de poderes quando fosse objetivamente evidente que a proteção assegurada pelo Estado ao interesse ou ao bem dela carecido não atingia o mínimo constitucionalmente exigível.**
  - Deve ser uma omissão objetivamente reconhecível, qualquer que seja a perspetiva de avaliação política ou de mérito de que partamos, portanto, uma inconstitucionalidade de determinação evidente.



O juiz constitucional não está obrigado nem deve concorrer com o legislador na busca da melhor solução e não lhe cabe procurar a maximização/otimização dos interesses em disputa e só está obrigado a verificar que o mínimo não foi garantido.

**JRN: proposta minimalista tem como fragilidade o facto de podermos reconhecer a existência de situações que se reputam exigirem impreterivelmente uma proteção suplementar garantida pelo Estado, mesmo quando os níveis mínimos estão assegurados.**

Ex: processo inventário na partilha por óbito que desprotegia o herdeiro que viu a sua posição significativa e intencionalmente diminuída por uma ação concertada dos “herdeiros maioritários”.

#### 4. Tese JRN – Preenchimento Normativo Unitário

Este princípio aplica-se em todas as situações em que, direta ou indiretamente, é possível retirar da Constituição comandos de prestação dirigidos aos poderes públicos que, sendo incumpridos, gerem potenciais situações de inconstitucionalidade por insuficiência de prestação.

- Aplica-se nesses vários domínios e não apenas nas constelações em que encontramos a necessidade de restringir um direito fundamental a fim de proteger outro.
- Aplica-se aos deveres de proteção e aos deveres de promoção dos direitos fundamentais.
  - *Deveres de proteção*: estrutura tripolar/triangular em que o poder público estadual se relaciona com os titulares dos dois direitos em colisão
  - *Deveres de promoção*: estrutura bipolar entre o poder público e o titular do direito fundamental para cujo exercício se requer a ajuda estatal
- Aplica-se às situações de carência individual provocadas pelos fenómenos ou catástrofes naturais, onde o dever de proteção (neste caso não contra outros particulares, mas contra fenómenos naturais) surge associado ao dever de promoção, ajuda e nos domínios do direito à vida, integridade, saúde e etc.

Tem um conteúdo unitário, exigível para todas as situações aqui enquadráveis.

- Há uma estrutura normativa comum, pois há incumprimento ou cumprimento suficiente de um dever estatal constitucionalmente enunciado em termos relativamente indeterminados em domínio de direitos fundamentais.
- As especificidades a considerar não devem afetar o conteúdo de um princípio que se pretende estruturante de Estado de Direito.

Ora, numa situação de indeterminação desse tipo, podendo sempre o dever estatal ser realizado mais ou menos, através geralmente de inúmeras vias e com resultados diferenciados em função dos prognósticos e avaliações que no caso cabem, o princípio da separação de poderes obriga a uma contenção judicial que parta do reconhecimento de uma ampla margem de definição de prioridades, de escolhas e de ponderação ao poder político democraticamente legitimado, ou seja, aquilo que designamos por existência de uma reserva do politicamente adequado e oportuno que afecta os deveres de protecção e de promoção dos direitos fundamentais.

## Controlo de Evidência

Temos de **atender ao princípio constitucional da separação de poderes**, tanto no que respeita ao controlo constitucional da atuação do legislador (que tem uma ampla margem de conformação do respetivo desempenho em função da reserva do politicamente adequado ou oportuno e/ou da reserva do financeiramente possível que afetam estruturalmente esses deveres), como no que se refere às margens recíprocas de que dispõem administração e juiz comum face ao legislador e ao juiz constitucional.

**A lógica de um controlo de constitucionalidade assente no princípio da proibição do défice só é compatível com a densidade característica do chamado controlo de evidência.**

- Não sabemos até onde tem de realizar, apenas temos de saber que um mínimo tem de ser realizado.
- É um controlo de evidências, que à partida toda a gente reconhece.
- Um mínimo de proteção do direito tem de ser garantido.
  - Se atribuíssemos ao *controlo judicial de proibição do défice uma função mais ambiciosa, o risco que se correria seria o de projetar o juiz do TC para a disputa com o legislador democraticamente legitimado na busca das melhores soluções políticas* e substituir-se a este quanto à realização dos deveres de prestação do Estado.
  - Também é assim face ao juiz comum e à Administração.

**O conteúdo deste princípio deve ser densificado em torno de duas dimensões ou finalidades do controlo de constitucionalidade feito sob a sua égide.**

- Esta bipartição tem a ver com a existência de duas lógicas distintas, mas complementares, na determinação da insuficiência de uma prestação.

### A. GARANTIA DE REALIZAÇÃO DE UM MÍNIMO

Centra-se na **delimitação positiva do conteúdo mínimo do dever que o Estado está obrigado a realizar.**

JRN concorda com a elaboração doutrinária original do princípio (Canaris) em que há apenas um controlo de mínimos.

- É a proposta mais adequada de preenchimento normativo do controlo de proibição do défice, relativamente à luz do princípio da separação de poderes.

A determinação do mínimo exigível suscita problemas diferenciados consoante o tipo de dever que está em causa.

*Como se apura esse mínimo?*

- **Ideia da DPH** – Estado tem de prestar para as pessoas terem alguma autonomia.
  - JRN: admite que podemos estar somente no âmbito do princípio da DPH e não precisarmos de recorrer a este princípio servir para este princípio.
- **Garantia do mínimo social para realizar direitos sociais**
- **Conteúdo essencial dos direitos fundamentais** – garantia que tem presente que um mínimo de realização tem de ser garantido.
  - Quanto ao conteúdo essencial: a multiplicidade de fatores e variáveis que há a considerar desaconselha as tentativas de delimitação prévia, geral e abstrata, de um núcleo irredutível com caráter absoluto.

## B. PROIBIÇÃO DE DESRAZOABILIDADE

O princípio da proibição do défice não se reduz à **garantia de um mínimo**; essa garantia é **complementada por uma exigência de razoabilidade que, em última análise, confere efetividade ao princípio mesmo nas situações em que uma prestação mínima já está assegurada.**

**Identificação de eventual desrazoabilidade na situação objetiva e subjetiva em que a omissão ou o incumprimento insuficiente dos deveres estatais de prestação deixam os titulares do direito a prestação.**

- Casos em que o mínimo estava garantido mas o Estado está obrigado a fazer mais – caso em que olhamos para a situação da pessoa e vemos que ela.

*Deslocamo-nos do terreno da delimitação do conteúdo da prestação ausente ou insuficiente para o plano da avaliação das consequências que a omissão estatal em causa gera na esfera jurídica pessoal dos afetados.*

- A verificação judicial de existência de desrazoabilidade centra-se na situação objetiva em que a omissão de prestação deixa os titulares do direito, considerando-se, então, que **há um défice inconstitucional de proteção quando a omissão estatal deixa os cidadãos afetados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social.**
  - Esses padrões não fixáveis de forma definitiva, absoluta e abstrata, lidamos com um critério aberto.

*Em pura lógica não poderíamos controlar a eventual desrazoabilidade de uma omissão, porque só há omissão se pré-existir um dever estatal preciso de realização, mas, nessa altura, a omissão já era inconstitucional independentemente da sua desrazoabilidade.*

- Mas **aquilo que se sujeita a apreciação/comparação são alternativas de ação** (uma constelação alternativa com diferente eficácia e grau de limitação da liberdade) – paralelo com o controlo da razoabilidade no âmbito da proibição do excesso
  - A razoabilidade é independente dos fins em vista, dos benefícios a alcançar e da relação de proporcionalidade entre uns e outros.
  - Não podemos determinar os fins (objetivos subjacentes a um não-ato), mas podemos determinar as consequências (efeitos verificáveis na situação de quem não obteve proteção ou ajuda), pelo que conseguimos determinar a situação de desrazoabilidade em que fica alguém que sofre a omissão.
  - Comparam-se os efeitos e as consequências em que se encontra alguém que não beneficiou de uma atuação estatal ou que beneficiou de uma atuação com um alcance insuficiente, comparados com os efeitos e as consequências que ocorreriam provavelmente com a adoção de uma outra constelação possível e disponível.

Recuperando o exemplo dado atrás sobre o actual regime jurídico português do processo de inventário<sup>16</sup>, podemos ilustrar a aplicação do critério de razoabilidade numa situação real.

Verificámos ali que, estando embora garantido um nível mínimo de protecção – desde logo em termos de participação equitativa e igualitária de todos os herdeiros no procedimento –, a lei permite que na conferência preparatória uma maioria de 2/3 dos herdeiros se concerte em benefício próprio e em prejuízo de outro(s) na composição dos quinhões hereditários e na sua atribuição a cada herdeiro. Um herdeiro legitimário poderia, assim, ver-se intoleravelmente discriminado e significativamente prejudicado no seu direito de propriedade, ficando numa situação que, qualquer que seja a perspectiva por que seja considerada, é desrazoável em Estado de Direito.

No entanto, bastaria que o legislador exigisse a realização de sorteio para atribuição dos quinhões, no caso de recurso à deliberação maioritária por 2/3, para que a desrazoabilidade fosse superada. O concerto discriminatório entre os herdeiros *maioritários* seria inviabilizado pela incerteza do resultado do sorteio. Então, a desrazoabilidade deriva da intolerabilidade da situação em que alguém fica por facto de uma insuficiência de prestação que poderia perfeitamente ter sido evitada pelo legislador sem quaisquer custos ou inconvenientes suplementares.

## Princípio da DETERMINABILIDADE

Havendo uma **restrição a Direitos Fundamentais**, em Estado de Direito, **tem de se determinar o sentido e alcance da restrição, a medida concreta da sua potencial aplicação, a sua precisão e a existência de um conteúdo normativo suficientemente denso** – só assim é identificável pelos destinatários afetados, que reconhecem o conteúdo da restrição e os seus possíveis efeitos.

- *Quando uma norma restringe Direitos Fundamentais, essa norma tem de comunicar ao particular de forma efetiva o que lhe está a ser permitido e proibido a partir de agora.*
- *A norma deve ser o mais determinada possível.*

**Deve reduzir-se a incerteza na aplicação das normas restritivas a Direitos Fundamentais.**

- O enunciado normativo de uma lei restritiva deve ser o mais determinado possível.
- Sempre que for possível, deve exigir-se a maior determinabilidade possível.
  - Mas há casos em que é melhor a existência de uma norma menos determinada, atendendo ao caso concreto.
  - Ex: jogo de futebol de alto risco – legislador deve dizer especificamente o que podem levar para o recinto ou deve permitir que as autoridades policiais avaliem caso a caso. Uma norma mais aberta e mais indeterminada, neste caso, é melhor, pois há maior maleabilidade da Administração de avaliar o caso. Há jogos de futebol que potencialmente são de alto risco, mas que no caso não são porque estão ambos a lutar por um lugar muito abaixo no campeonato.
  - *Proteção dinâmica dos Direitos Fundamentais* – decisões só são possíveis na situação concreta.

Por outro lado, a **exigência de determinabilidade tem uma dimensão competencial ligada à separação de poderes.**

- Pois não estando os direitos fundamentais suficientemente determinados no plano legislativo, transfere-se para outras instâncias a fixação concreta do essencial do sentido, grau e alcance das intervenções restritivas na autonomia, liberdade e bem-estar individuais.

**Também é uma exigência da proibição do excesso** – uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados gera efeitos inibitórios no lado do exercício das liberdades, ampliando potencialmente a margem de atuação restritiva dos poderes constituídos.

Este princípio **serve para o cidadão conhecer o sentido e alcance da lei e, conseqüentemente, prever com elevada probabilidade que tipo de intervenções restritivas pode a Administração levar a cabo e até onde ela pode ir.**

**A sistematização e tratamento autónomo deste princípio justifica-se pela relevância e frequência da sua potencial invocação e pela vantagem da apreensão conjunta dos respetivos fundamentos** – ao passo que um estudo repartido dos diferentes princípios com que mantém afinidade ou onde se integra reduz e afeta objetivamente a perceção da importância das exigências de determinabilidade das normas de Direitos Fundamentais.

O problema é o de saber qual o grau constitucionalmente admissível de indeterminabilidade normativa numa situação em que se impõem obrigações ou proibições que afetam o exercício de Direitos Fundamentais sem que seja possível perceber adequadamente o respetivo conteúdo e condições de aplicação.

- Há défice quando as exigências de segurança, previsibilidade e autonomia exigiriam a máxima precisão possível das obrigações e proibições genericamente impostas.

Se o legislador proíbe a admissão nas Forças Armadas profissionais a pessoas *baixas*, o aplicador pode conhecer todos os factos, designadamente a exacta altura de uma pessoa candidata à admissão, sem conseguir dizer se ela é ou não, para o efeito, *baixa*. A vaguidade é, portanto, uma característica do enunciado que gera indeterminabilidade da norma na sua aplicação aos casos e situações concretas, reais ou imaginadas, e, como no exemplo, chega à linguagem jurídica desde logo porque se usam aí termos da linguagem natural quando esta é, ela própria, indeterminada.

**A vaguidade que gera indeterminabilidade normativa é inevitável em certas situações, cuja decisão adequada está fundamentalmente dependente do contexto concreto.**

- Demasiada precisão em normas constitucionais de Direitos Fundamentais induziria algum grau de arbitrariedade e incapacidade de atender às necessidades da situação concreta da aplicação da norma.
  - Como garantia de duração e continuidade do direito vigente e da sua possibilidade de adaptação a situações novas não previstas exige essa vaguidade intencional.
  - Permite a utilização da norma de forma inclusiva, numa apreciação casuística, flexível e contextualizada.

### Determinabilidade e Segurança Jurídica

A associação entre *garantia de autonomia pessoal e determinabilidade das normas é o que confere a este princípio a natureza de princípio estruturante – sem a previsibilidade garantida por normas suficientemente determinadas, gerais e abstratas, sobretudo nos domínios vitais da existência, não há verdadeira capacidade de exercício de autonomia pessoal, logo, não há Estado de Direito.*

### Determinabilidade e Separação de Poderes

*A falta de densidade normativa repercute-se diretamente na distribuição de poderes entre legislador, administração e poder judicial (e indiretamente na segurança jurídica e nas garantias dos particulares)*<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> lógica do Estado de Direito é a de que os DF são garantias tão importantes, que, embora podendo ser afetadas, só podem ser mediante poder político com legitimidade democrática para tanto.

**Só com leis suficientemente densas e determinadas se garante que é o próprio legislador que toma as decisões essenciais.**

- Se, dentro das possibilidades e circunstâncias fácticas existentes, *o legislador deixa à administração e ao poder judicial uma margem de apreciação*, de avaliação e de decisão não substancialmente pré-determinadas e praticamente incondicionadas e ilimitadas quanto à eventual prevalência ou cedência dos interesses jusfundamentalmente protegidos nas circunstâncias concretas da vida, então isso significa que as *questões de fundo relativas aos Direitos Fundamentais em causa acabam por ser materialmente decididas, não pelos representantes dos cidadãos através das correspondentes leis, mas pela administração e o poder judicial.*
  - Se quando a Administração precisa de decidir uma questão concreta não sabe bem o que legislador permite e proíbe, não havendo parâmetros claros, verifica-se que a disposição legislativa não resolve nada e só se decide na decisão concreta, dada a indefinição deixada pela norma (indeterminada).
    - Mesmo que a Administração queira cumprir os comandos do legislador, como eles não são determinados, acaba por ser a administração a decidir, atendendo ao caso concreto.
  - Se houver dúvidas e for chamado o poder judicial, não há parâmetro para julgar da eventual violação do princípio da legalidade pela Administração, pelo que a própria decisão pode ter um risco de não ser condicional e ter algum grau de arbitrariedade.
  - **Inverte a lógica da separação de poderes.**

*À exigência de densidade normativa da lei restritiva contrapõe-se, frequentemente, um comando de flexibilização, de proteção dinâmica dos Direitos Fundamentais ou de dinamização da proteção dos bens jurídicos.*

**Da exigência de densidade normativa não pode pretender extrair-se uma imposição do legislador esgotar toda a ponderação que haja a fazer no domínio da aplicação e realização concreta dos direitos fundamentais e de retirar, conseqüentemente, à Administração qualquer margem de decisão no domínio das suas eventuais restrições.**

- Seja na previsão normativa, seja na estatuição, ou em ambas, a lei restritiva de Direitos Fundamentais tem frequentemente um grau de abertura normativa que dota a Administração de significativas margens de cognição e de volição dificilmente compagináveis com a visão clássica dos ditames da reserva de lei nesse domínio.

Ex:

A lei pode, por exemplo, atribuir à autoridade policial a garantia da ordem e paz públicas nos recintos onde decorram competições desportivas; mas não pode, sob pena de hipertrofia de normação e de incorrer em restrições excessivas e não exigíveis, pretender uma previsão integral dos pressupostos de facto de todos os potenciais conflitos que aí se podem verificar, bem como da sua prévia resolução normativa com estatuição de todas as medidas restritivas a que a Administração pode recorrer e a regulação exaustiva das circunstâncias e requisitos do seu uso. Por mais densa que seja essa normação, ela nunca dispensará, sob pena de resolução inadequada, o carácter decisivo dos juízos de prognose,

**A densidade normativa exigível varia em função de diferentes parâmetros só definitivamente valoráveis nas circunstâncias do caso concreto.**

- Indaga-se se é exigível, no sentido não apenas ser objetiva e tecnicamente possível, mas, também, constitucionalmente adequado, que o legislador dote a lei restritiva de uma maior densificação ou determinação normativa.
  - Portanto, **o problema da densidade normativa é, sobretudo, um problema de justificação da específica necessidade de flexibilidade normativa em certa situação e determinação dos critérios orientadores da respetiva valoração.**

**O suficientemente denso são objetivos a realizar tanto quanto possível e cuja natureza remete para critérios** construtivos com uma maleabilidade adequada à relevância diferenciada das circunstâncias concretas da realidade subjacente ao âmbito normativo do direito fundamental em questão, apreciadas em função das razões materiais, atualizadas, que justificam a reserva de lei.

- **Haverá inconstitucionalidade por indeterminabilidade das normas de direitos fundamentais quando as questões essenciais nucleares, ou mais importantes de realização dos direitos fundamentais, sejam por esse facto, na prática, deixadas à decisão substancial de administração ou do poder judicial sem que haja razões de peso atinentes à proteção dinâmica** dos direitos fundamentais que aconselhem ou imponham a respetiva delegação ou transferência prática de poderes.

### Determinabilidade e Proibição do Excesso

Doutrina que vem dos Estados Unidos e que tem entendido que **o destinatário da norma proibitiva ou sancionatória, não podendo prever, com segurança, se o comportamento em causa está ou não incluído na previsão da proibição, tende a inibir-se de o praticar, mesmo que não tivesse sido essa a intenção do autor da norma.**

- Quando particular não sabe exatamente o que lhe é permitido ou proibido, a tendência desse cidadão é se inibir face aos comportamentos que lhes estão a ser exigidos.
  - Ex: regulamento de avaliação diz que se nas orais as pessoas não vierem vestidas “de forma apropriada” não podem fazer a prova. A pessoa não sabendo o que significa, e tendo interesse sério em realizar a prova e não querendo correr riscos, tende a inibir-se nas escolhas pessoais e a apresentar-se de forma a que não pudesse haver qualquer reparo. Isso podia não estar na mente do legislador, de impor um dress code de fato e gravata, mas como a pessoa não sabe, a pessoa vai inibir-se na sua margem de liberdade.

**Efeito inibitório representa a proibição do excesso – uma norma indeterminada à partida é excessiva pois proíbe e inibe direitos fundamentais mais do que é suposto.**

*Obviamente, não é inconstitucional que uma lei tenha qualquer efeito inibitório ou dissuador.*

- Só o é no sentido perverso de alguém ser dissuadido de se envolver em atividades jusfundamentalmente protegidas apenas por causa do carácter vago ou excessivamente amplo de regulações restritivas que, não se dirigindo especificamente a proibir ou restringir tais atividades, acabam objetivamente por afetar o respetivo exercício.
  - Destinatários da norma sentem-se constrangidos a limitar os seus comportamentos só aquilo que está inequivocamente protegido – *autocensura inadmissível em democracia, resultante em perda de vitalidade, pluralismo e abertura da discussão pública.*



## Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais

A garantia do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais é uma *criação alemã que pode ser entendida também como limite aos limites*.

- Surge com um sentido sinalizador de vinculação e subordinação de todos os poderes do Estado, incluindo o legislador.
  - Descobrir **dentro do domínio do que é fundamental o que é essencial**.
  - Qual o **conteúdo essencial de cada Direito Fundamental que não pode, em caso algum, ser limitado**.
    - Porque os Direitos Fundamentais podem ser limitados, mas nunca afetando o conteúdo essencial de cada Direito.

→ **Art. 18º/3 CRP**

*Mas qual o alcance jurídico concreto que a garantia do conteúdo essencial desenvolve autonomamente enquanto limite aos limites dos Direitos Fundamentais?*

### Teoria Relativa

Há **violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando a afetação destes vai para além do que é estrita e incondicionalmente exigido pela necessidade de prossecução do bem que fundamenta e justifica a restrição**.

- O que *está em causa* é a natureza da relação que se estabelece entre os bens em confronto e entre o fim prosseguido com a restrição e o meio utilizado.
- São *juízos de valoração* que incidem sobre o próprio limite, não se referindo ao conteúdo e essência do direito fundamental afetado.
- Depende das circunstâncias do caso e da justificação da restrição.
  - Pode atingir-se um núcleo profundo do direito fundamental, mas tal pode não ser inconstitucional se houver justificação para essa restrição.
  - Também pode haver uma restrição muito superficial, mas pode ser inconstitucional porque não tem justificação.
    - Apesar de ser restrição limitada, se não for justificada é inconstitucional.
    - Ex: Estado legisla para que as pessoas não possam pintar o cabelo de azul; há muito pouca gente que pinta o cabelo de azul; a restrição não é muito profunda; mas não há justificação nenhuma para tal, portanto é inconstitucional.

**Identifica-se com o princípio da proporcionalidade/proibição do excesso.**

*Uma restrição não pode ser excessiva; e ela é excessiva quando a justificação não é suficientemente forte para que haja uma limitação/restricção do direito fundamental.*

- Não diz nada a mais do que o princípio da proibição do excesso, pelo que tem um **efeito útil reduzido** – tudo o que se obtém com esta garantia já poderia ser obtido com a aplicação do princípio da proporcionalidade.
  - É um **fantasma de proteção**, pois identificado com a proporcionalidade, o conteúdo essencial tanto se poderia considerar violado por uma intervenção insignificante que só superficialmente restringisse o direito fundamental como se poderia considerar incólume perante uma restrição grave que afetasse fortemente o direito.

- Tem uma **função meramente declarativa da excecionalidade** da restrição em Estado de Direito e dos princípios gerais nele aplicáveis à limitação dos direitos fundamentais.

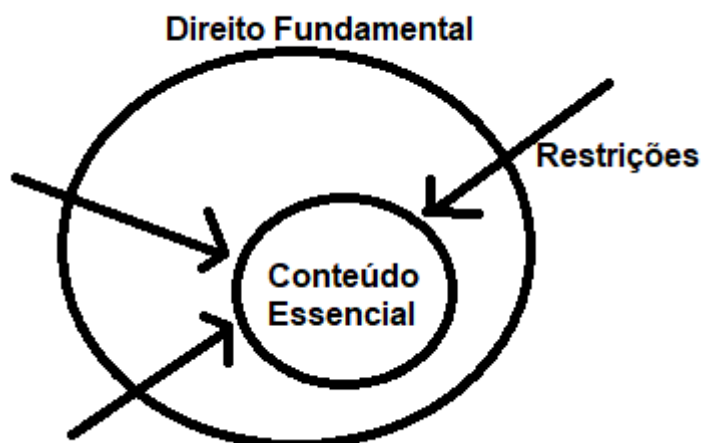
Olhando ao art. 18º/2/2ª parte, vemos que temos estabelecida uma garantia de proporcionalidade – portanto o **art. 18º/3 não pode ter o mesmo que a CRP já estabelece no art. 18º/2**

- JRN: A garantia do conteúdo essencial tem que acrescentar alguma coisa e não simplesmente identificar-se com o princípio da proporcionalidade, senão era supérfluo.

### Teoria Absoluta

*Perspetiva ontológico-substancialista que entende o conteúdo essencial como grandeza estática e intemporal.*

- Tem uma visão espacial – de **organização da proteção jusfundamentalmente** garantida em círculos concêntricos ou estratificada em camadas de resistência diversificada – **considerando que há, em cada direito fundamental, uma zona, esfera ou âmbito nuclear intocável eu, sob pena de desnaturação ou perda do seu sentido útil, em caso algum poderá sofrer afetação.**



- Há um âmbito nuclear que tem proteção absoluta; não pode nunca ser atingido.
  - O que se vai discutir é o que está no âmbito nuclear e o que está na auréola do direito fundamental.

Conceção da garantia do conteúdo essencial como **proteção absoluta de um âmbito nuclear de cada direito fundamental é mais de acordo com a intenção constituinte do art. 18º CRP.**

*Existem problemas quando à sua densificação.*

- As tentativas de delimitação substancialista de um núcleo ou âmbito essencial dos direitos fundamentais não são satisfatórias enquanto produção de resultados juridicamente comprováveis e operativos.
- Não são satisfatórias pois a tarefa de distinção substancialista, dentro do âmbito de proteção de cada direito fundamental, *entre os elementos que seriam nucleares ou essenciais e os elementos que seriam aureolares ou acidentais não é exequível – não podemos conhecer a essência da essência* (Luhmann).

- JRN: Os defensores desta conceção são obrigados, para garantir a sua viabilidade prática, ou a reduzir o âmbito essencial a um mínimo sem significado ou a abrir excessivamente a definição, com remissão implícita para a necessidade de ponderação de bens e, logo, com flexibilização relativizadora da aparente rigidez com que se pretendia justifica-la.

Dúvidas que surgem é sobre **como se determina de forma suficientemente precisa e comprovável os contornos daquele âmbito nuclear intocável de todos e cada um dos direitos fundamentais.**

## 1. À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

**Aquilo que no âmbito de proteção de cada direito fundamental específico é exigido pela DPH**

– tudo o que tenha a ver com a DPH constitui o núcleo essencial do direito fundamental.

- Só poderá haver restrições naquilo que não colidisse com exigências da DPH.
  - Isto leva à pergunta sobre o que é que é exigido pela DPH.
    - Temos de atender ao conteúdo normativo da DPH.

JRN: Esta *teoria não é incorreta, mas não vem adiantar muito ao art. 1º CRP pois tende a confundir-se com a DPH.*

- Esta teoria é muito utilizada pelos tribunais e doutrina mas ela não adianta muito ao princípio da proporcionalidade ou da DPH.

## 2. ATENDENDO AO CONTEÚDO ÚTIL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Se após uma restrição a um direito fundamental esse direito fica sem conteúdo útil, então dizemos que esse direito foi afetado no seu núcleo essencial.**

- **Núcleo essencial garante efeito útil ao direito fundamental** – garante a utilidade do direito.

- JRN: ideia de utilidade do direito faz sentido mas suscita uma dúvida – para quem é que o direito fica sem sentido útil? É para a ordem jurídica ou para um titular concreto do direito?  
↓

### A. Teoria Subjetiva

*Garantia do conteúdo essencial refere-se e destina-se a proteger a posição subjetiva do titular do direito fundamental afetado.*

- **Sentido útil que importa é para o titular do direito (pessoa que o invoca).**
  - Se pessoa se sente restringida ou limitada no seu direito, dizendo que perdeu todo o interesse para ela, o direito foi afetado no seu sentido útil.

Utiliza um **método de subtração e verifica o que resta do direito em causa na perspetiva da utilização que dele ainda pode fazer o seu titular.**

- Corresponde à vocação última dos direitos fundamentais em Estado de Direito, de proteger a esfera de autonomia e autodeterminação pessoal dos cidadãos face ao Estado.
- Os Direitos Fundamentais devem ser utilizados pelos particulares e é quanto a esses titulares que se tem de ponderar o sentido útil.

*Tem pouca utilidade prática pois não admitiriam intervenções restritivas que reduzem drasticamente ou aniquilam qualquer possibilidade de exercício de um direito fundamental e são legitimamente admitidas em Estado de Direito.*

- Ex: diria que era inconstitucional haver penas de prisão para aqueles que, na prática, ficariam condenados o resto da sua vida e etc.
  - Pessoa de 85 anos é condenado a 25 anos de prisão por ter cometido grave – condenar a 25 anos retiraria todo o sentido útil do direito à liberdade dessa pessoa (porque nunca mais ia ser livre e faleceria entretanto).
  - Significaria que a pena era inconstitucional.
  - O que não pode ser, à luz dos princípios do Estado de Direito.

JRN: *Esta teoria não funciona.*

### **B. Teoria Objetiva**

*Garantia do conteúdo essencial é atingida com a preservação do sentido útil do direito fundamental na ordem jurídica e na perspetiva da generalidade dos cidadãos, tomando como referência a alteração da norma objetiva que o garante, ou seja, se há preservação do conteúdo institucional do direito fundamental.*

→ **Sentido útil que importa é para a Ordem Jurídica**

*É difícil apurar quando é que o direito fundamental deixa de desenvolver qualquer sentido útil na ordem jurídica.*

- **Direito só perde utilidade para a ordem jurídica quando é suprimido.**
  - Na realidade, uma norma de garantia de um direito fundamental só perde totalmente o seu significado para a vida social ou para a prossecução de fins de liberdade para que foi criada, *quando é integralmente desnaturada e se transforma numa outra coisa na ordem jurídica objetiva – não acontece quando é parcialmente restringida ou modificada/afetada, mas sim quando é integralmente alterada e subvertida, perdendo todo e qualquer efeito de proteção daquela liberdade.*
    - **Uma norma que suprime um direito constitucional é evidentemente inconstitucional.**
    - **Violação seria tão grave, por ter sido suprimido o direito, que não era preciso invocar-se o núcleo essencial.**
      - ❖ Aquilo que se verifica não é a afetação do conteúdo essencial do preceito constitucional, e sim uma pura, simples e clara violação da norma de direito fundamental e consequente inconstitucionalidade.

*Assim, aplicada indiferentemente a qualquer norma constitucional, a garantia absoluta e objetiva do conteúdo essencial identifica-se simplesmente com a inconstitucionalidade material das restrições aos direitos fundamentais, consistindo, afinal, numa outra forma de designar a lesão ou a violação substancial das normas constitucionais de direitos fundamentais.*

C. Também há **Tentativas Mistas** que são meramente declarativas ou supérfluas, na medida em que se fundam em elementos já contidos noutros princípios constitucionais aplicáveis e são impraticáveis.

### Conclusão JRN

JRN: estas teorias surgem para salvar um sentido útil e aplicação consistente da garantia do conteúdo essencial, mas, devido às suas debilidades, e embora o sucesso da fórmula e a sua invocação frequente, a **garantia do conteúdo essencial não desempenha, hoje, qualquer papel autónomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efetivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais.**

- **Não tem sentido útil autónomo face ao princípio da proibição do excesso** e ficam muitas dúvidas sobre o interesse prático da garantia do conteúdo essencial do direito fundamental

**TC faz uma utilização retórica da garantia do conteúdo essencial e tende a utilizar nas decisões de não inconstitucionalidade.**

- Nas decisões de inconstitucionalidade quase nunca há a invocação da garantia do conteúdo essencial como fundamento exclusivo da inconstitucionalidade.
- Essa invocação vem num contexto de reforço argumentativo da decisão de inconstitucionalidade por violação de outros princípios.
  - É uma garantia que existiria para proteger os Direitos Fundamentais mas entra na argumentação jurídica para permitir restrições – tem normalmente um sentido contrário aquele que levou a ser consagrada nas constituições.
- *Tem uma função discursiva de instrumento argumentativo em branco, funcionando como tópico fundamentador de uma decisão que, na realidade, o Tribunal já pré-compreendera sem que o conteúdo essencial desempenhasse qualquer papel decisivo na solução encontrada,*

JRN: **não tem posição definida – desvaloriza-se em termos práticos este conceito.**

- *A conclusão, após percorrermos as teorias, é que o que fica não é sólido e a utilização deste conceito não está bem esclarecida.*

## Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Privados

*Os Direitos Fundamentais vinculam entidades privadas?*

Discussão **desde o advento do Constitucionalismo democrático a partir dos anos 1950.**

- A controvérsia doutrinária sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi desenvolvida inicialmente na Alemanha – *Drittwirkung*
- Só surgiu nessa altura pois foi quando as Constituições deixaram de ser meros documentos políticos, referências normativas de integração social e política, e passaram a ser normas aplicáveis para resolver litígios judiciais.
- Questão está pacificada na Alemanha.

*Se os Direitos Fundamentais são uma coisa boa, porque é se limitam apenas às relações entre particulares e poderes públicos? Porque não se generaliza para a toda a sociedade, pois se são bons na relação entre os particulares e o Estado, também será bom na relação entre particulares?*

Se se admitisse entre particulares significaria que **outros particulares passariam a ter um dever em relação ao outro particular que o invocasse o direito.**

- Isso levaria a uma restrição na vida dos particulares.
- Qualquer atividade que um particular faça e que tenha um mínimo de repercussão social, contra ele pode ser invocado um Direito Fundamental – e sofrem restrições devido aos Direitos Fundamentais.

**Ao ampliar o direito de quem invoca o direito fundamental limita o direito de outro tantos, contra quem o direito fundamental passaria a valer.**

- Esse outro fica com a sua liberdade limitada.

*E havendo conflito entre norma ordinária e norma constitucional, em Estado constitucional prevalece a norma constitucional.*

- Teria como consequência imediata que em todas as situações haveria particulares que se sentiriam afetados na sua liberdade, na sua autonomia, na sua liberdade de contratar e, no fundo, nos seus direitos fundamentais, tudo por culpa da Constituição.

○ A **Constituição não é o conjunto de normas jurídicas indicado para resolver o conflito entre particulares.**  
↓

**Constituição não deve invadir os outros ramos do Direito e não deve destruir a autonomia dos particulares nas suas relações privadas** – os conflitos emergentes dessas relações deveriam ser resolvidos exclusivamente através da aplicação das respetivas normas, institutos e princípios, *ainda que se admita que tais normas e princípios devam ser interpretados em conformidade à Constituição e aos Direitos Fundamentais.*

Questão de saber se o **conflito jurídico que emerge de um comportamento individual, livremente desenvolvido no âmbito do exercício normal da autonomia privada, deve ser configurado como problema de direitos fundamentais** (e, logo, como problema constitucional), sendo decidido e enquadrado nas normas da Constituição.

**Em 1976 os constitucionalistas portugueses trouxeram para a CRP uma discussão doutrinária e dogmática, resolvendo a questão.**

- Proclamou-se a aplicabilidade direta e a vinculação dos particulares aos preceitos respeitantes a DLG.
- Pronúncia singular e radicalmente inovatória em direito comparado.
  - Dentro das Constituições de todo o mundo, a CRP é a única<sup>66</sup> que tem uma norma deste tipo de vinculação às entidades privadas.
    - JRN: e quando é só a CRP a dizer normalmente está errado.

JRN: **o papel das constituições, como norma jurídica, não é fazer doutrina** e sim fazer normas (explicar o que é proibido e permitido).

- CRP decidiu aderir a uma das posições.
- CRP pode dizer o que quiser em termos de doutrina, mas se não for possível ou adequado, então temos de interpretar e até contrariar a CRP. Ex: art. 18º/2/1ª parte CRP.

#### Art. 18º/1 CRP

*Só aparentemente resolve o problema.*

Deixa a **dúvida do significado daquela fórmula e de como se opera a vinculação das entidades privadas ao preceitos constitucionais e quais os efeitos práticos que uma norma constitucional daquele tipo produz nas relações entre os particulares.**

*Apesar da norma constitucional ser animada por uma intenção de efetividade e de garantia generalizada, no âmbito dos DLG, muitas dúvidas surgiram.*

JRN: **nem o legislador constituinte tem capacidade para fazer teoria constitucional nem lhe cabe fazê-la**, uma vez que não é a CRP que pode esclarecer antecipadamente as inevitáveis dúvidas dogmáticas que os seus comandos normativos suscitarão na sua aplicação prática futura.

- À Constituição cabe fazer normas e não doutrina.

Neste domínio da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, uma **intenção garantista traduzida em normas rígidas, maximalistas, ou de proteção privilegiada de uns direitos fundamentais, pura e simplesmente pode redundar ou em inaplicabilidade objetiva** e, logo, em degradação da força normativa da própria CRP ou em prejuízo direto da possibilidade de realização de outros direitos fundamentais ou, por último, em garantia dos direitos fundamentais de uns particulares, mas em prejuízo dos direitos fundamentais de outros.

**À audaciosa proclamação teórica segue-se, surpreendentemente, o vazio institucional.**

- A CRP proclama a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre entidades privadas, mas, depois é como se não o tivesse feito, ou seja, não acontece nada e tudo se desenvolve como se a CRP não existisse, tudo se passando e resolvendo no domínio das relações privadas, como sempre ocorreu.

**O que está dito na CRP não funciona.**

Ex1: mulher quer ser ordenada sacerdote na igreja católica e invoca o princípio da igualdade. TC não pode decidir impor a aplicação de uma norma constitucional a uma instituição privada.

---

<sup>66</sup> A Constituição de Cabo Verde e de Angola também o dizem, mas por influência da CRP

Ex2: PCP tem funcionários do partido e que executam as orientações dos dirigentes. Quando se formou a Geringonça houve um dos funcionários do PCP que era contra a esta estratégia e não queria seguir esta orientação, pelo que foi demitido. Pessoa recorreu aos tribunais invocando violação da liberdade de consciência. Pode o PCP ter os funcionários que quiser ou está sujeito aos direitos fundamentais?

Ex3: clube de futebol impede os jogadores de terem relações sexuais durante um mês, enquanto estão em estágio. É possível um privado fazer esta restrição? Os jogadores de futebol não têm direito fundamental de liberdade a fazerem o que quiserem? Não podem invocar?

**Apesar do que ficou escrito na CRP, os constitucionalistas têm uma tese diferente.**

➤ *Mas há lugar para a discussão, atendendo ao texto do art. 18º/1?*

○ JRN: sim – a CRP não serve para fazer doutrina e têm de ser os autores a densificar.



*Vinculam entidades privadas mas de forma direta ou de forma indireta?*

➤ Discussão renasceu nestes termos.

- Gomes Canotilho, Vital Moreira: **vincula diretamente e nos mesmos termos** – entretanto têm uma posição mais atenuada.
- Todos os autores brasileiros também sustentam esta tese, apesar da Constituição brasileira não ter a mesma norma que a CRP.
  - Isto devido à ideia de que essa aplicação garante mais os direitos fundamentais.
    - ❖ Mas é bom para quem invoca o direito fundamental, não tão bom para quem fica com o dever.
  - O legislador no Brasil está sistematicamente em atraso e não legisla as questões importantes, pelo que a Constituição tem de intervir.
  - Influência da teoria dos direitos fundamentais como princípios (Alexy).

*Quais as teorias interpretativas que têm de ser ponderadas?*

### Tese da Recusa da Eficácia

Tese largamente aceite nos EUA como State Action – **a Constituição tem como único destinatário o Estado e das normas constitucionais sobre direitos fundamentais não decorrem quaisquer específicos deveres para os particulares.**

- Direitos Fundamentais valem apenas no plano vertical das relações Estado-indivíduo.

*Há exceção de atuação de privado violadora de direito fundamental que pode ser caracterizada como materialmente análoga a uma atuação estatal (state action) – aplicam-se as normas constitucionais de direitos fundamentais tal como se aplicam aos poderes públicos.*

➤ Consideram-se state action as ações privadas em que é possível reconhecer um nexo ou envolvimento estatais significativos que indiferenciam os dois planos de atuação, estadual e privado.

**JRN: não é razoável concluir que não há quaisquer efeitos nas relações entre particulares existindo Direitos Fundamentais.**



- Os direitos considerados fundamentais pela **Constituição não podem permanecer ignorados qualquer que seja o domínio em que o respetivo programa normativo seja potencialmente aplicado.**

### Tese da Eficácia Direta/Imediata

Ultrapassa a teoria liberar da Constituição oitocentista de que as liberdades e os direitos fundamentais têm no Estado e nos poderes públicos os seus únicos ou principais adversários. Ultrapassa a ideia de que há diferença entre Estado e sociedade, dado serem evidentes as ameaças aos direitos fundamentais provenientes do poder progressivamente incontrolado que algumas entidades privadas assumem na vida dos indivíduos.

**Há invocabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais sempre que há ameaças, riscos e/ou lesões de direitos dos particulares por outras entidades privadas.**

- Se a **Constituição garante os direitos fundamentais**, então eles têm uma **validade geral na ordem jurídica, vigorando e desenvolvendo a sua eficácia indiferentemente contra poderes públicos e privados.**

JRN: tese que parece amiga dos direitos fundamentais mas cria problemas

- **É possível invocar diretamente direitos subjetivos contra outros particulares**, significando isto a possibilidade de acionar a ordem jurídica e jurisdicional para exigir, com base direta na Constituição, o cumprimento de deveres específicos a outros particulares.
  - Assim, além de **titulares de direitos fundamentais, como são vistos os particulares, os particulares passam a ser igualmente considerados na qualidade de obrigados (destinatários), que ficam sujeitos ao cumprimento de deveres e de proibições específicas diretamente deduzidos da Constituição.**
  - Se os direitos fundamentais tivessem eficácia horizontal, entre particulares, eles **voltar-se-iam contra os próprios particulares**, contra a própria autonomia individual, uma vez que *onde antes existia uma liberdade* (dada a ausência de proibição legal) *agora passa a existir uma proibição*, já que é normalmente possível invocar um *direito fundamental constitucional que se considere afetado por uma qualquer ação de outro particular*.
  - Ex: A pode, em norma do seu direito à saúde, ao ambiente ou à integridade física, exigir que B não fume junto dele, ao ar livre, num sítio público, dado o legislador ordinário não ter disposto nada sobre a situação.
- Isto é incongruente pois estão a consagrar-se deveres impostos aos particulares e supostamente impostos diretamente pela própria constituição.

JRN: se a tese da aplicabilidade direta tivesse tido vencimento na Alemanha, teria sido uma revolução no domínio do Direito.

- Isto porque se se aplicam os Direitos Fundamentais da Constituição na resolução de um conflito somente entre particulares a autonomia dos ramos de Direito desapareceria e tudo se resolveria de acordo com a Constituição.
  - Todos os conflitos seriam resolvidos pelo direito constitucional.

### Tese da Eficácia Indireta/Mediata

Tese Maioritária

*Assenta na dimensão objetiva e multifuncional dos direitos fundamentais*

Os efeitos da aplicabilidade dos direitos fundamentais no domínio das relações entre particulares esgotam-se na prévia intervenção concretizadora do legislador ordinário e na interpretação e aplicação das correspondentes normas ordinárias em conformidade à Constituição e aos direitos fundamentais.

- Constituição deve ser norma jurídica efetiva, mas se continuar a ser aquilo que sempre foi, que é a limitação dos poderes públicos a favor dos particulares.
- Não limita os particulares.
- A lei fica obrigada a consagrar princípios para os particulares se orientarem.
- **Direitos Fundamentais não valem diretamente na relação entre particulares e sim indiretamente pela intervenção da lei.**
- *Forma de conceber a vigência dos Direitos Fundamentais entre particulares não era mediante a Constituição e sim segundo a lei.*

Na insuficiência da determinação da lei, o caso tem de ser resolvido de acordo com os princípios do ramo de Direito em causa e atendendo às cláusulas gerais que regem esse ramo do Direito.

- Recorre-se a um **preenchimento jusfundamentalmente orientado dos conceitos indeterminados a que o legislador recorreu** e das cláusulas gerais típicas do direito civil, sendo isto pontos de irrupção dos direitos fundamentais no mundo das relações entre particulares.
  - *Através da aplicação das cláusulas gerais do direito civil, interpretadas e preenchidas substancialmente à luz do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais, que o juiz da causa poderia complementar ou suprir a ausência de uma lei que não tivesse traduzido adequadamente a linguagem normativa dos direitos fundamentais para o direito privado.*

### Tese dos Deveres de Proteção

*Assenta na dimensão objetiva e multifuncional dos direitos fundamentais.*

Do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais deduz-se uma obrigação jurídico-constitucional de proteção dos direitos fundamentais que impende sobre todos os órgãos do Estado, primariamente o legislador, mas incluindo igualmente o poder judicial.

- Reafirma um *dever de tutela, que cabe ao legislador primariamente, dos direitos fundamentais.*
- Mas tal é *complementado pelas possibilidades de intervenção reconhecidas ao poder judicial.*
  - O **juiz**, enquanto entidade pública, **obrigado pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais**, pode e deve, mesmo na ausência de lei ou de cláusula geral aplicável, **intervir**, no âmbito das suas funções de aplicação e desenvolvimento do Direito, no sentido do **respeito e da garantia do acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos também nas relações entre particulares.**

JRN: a compreensão desta dogmática assenta na distinção entre

- os direitos fundamentais enquanto bens, enquanto valores e enquanto princípios objetivos com *força constitucional que irradiam a sua influencia na ordem jurídica, funcionando nesse plano como orientações materiais sobre a regulação dos vários domínios da vida em sociedade;*
- e direitos fundamentais enquanto *normas jurídico-constitucionais de garantia de acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos* nas quais é possível sustentar direitos subjetivos dos respetivos titulares invocáveis na relação entre os indivíduos e o Estado.

#### A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares

As três teses dotadas de plausibilidade no nosso contexto constitucional (eficácia mediata, deveres de proteção e eficácia imediata) convergem na **ideia de que o papel do legislador é fundamental na determinação da forma e do alcance com que os direitos fundamentais projetam efeitos jurídicos nas relações entre particulares.**

- Cabe ao legislador, em primeira instância, conformar a convivência entre as esferas de autonomia e de liberdade dos cidadãos, ponderando os interesses jusfundamentalmente protegidos com as exigências da autonomia privada.

Todas as teses plausíveis também convergem ao entender que **se dá eficácia aos direitos fundamentais realizando uma interpretação da lei ordinária conforme à Constituição, densificando de forma jusfundamentalmente orientada as cláusulas e os princípios gerais de cada ramo de Direito.**

#### As incorreções e inconsistências da tese da aplicabilidade direta e a insuficiência da tese da aplicabilidade indireta.

**TESE DA EFICÁCIA IMEDIATA** – *remeter-se-ia sempre para a Constituição na resolução primária dos conflitos entre particulares, mesmo quando houvesse lei ordinária que regulasse especialmente o conflito subjacente.*

- Chegar-se-ia ao absurdo de sempre que o legislador ordinário conformasse um direito fundamental, visando conferir-lhe exequibilidade prática, concretizando direitos subjetivos que o titular pode exigir do Estado e, eventualmente, de outros particulares, estaria inevitavelmente a enfraquecer o direito fundamental e a diminuir as possibilidades de ação do seu titular.
- É que **se da própria norma constitucional de garantia desse direito fundamental já decorriam direitos subjetivos, tanto contra o Estado como contra outros particulares, sendo esses direitos diretamente aplicáveis contra quaisquer destinatários, não apenas a legislação ordinária de concretização era supérflua, como, sem qualquer vantagem para o titular,** redundava tendencialmente em compressão do âmbito originariamente não limitado do direito fundamental constitucional.
- A ser levada a sério, esta tese fazia desaparecer o princípio geral, em Estado de Direito, segundo o qual “se algo não está legalmente proibido é permitido”. Só pode haver limitações à liberdade individual se a lei o disser. Tinha uma ideia de favorecimento da liberdade mas dela resultava uma imposição de deveres, mesmo quando não estão legalmente previstos.

**TESE DA EFICÁCIA MEDIATA** – *não constitui resposta satisfatória<sup>67</sup> pois não dá qualquer saída nas situações em que a omissão do legislador pode deixar a liberdade individual indevidamente desprotegida perante eventuais e graves agressões provindas de outros particulares.*

- Nestas circunstâncias, o **valor da autonomia do Direito privado não pode ser razão justificadora da inação do juiz** chamado a arbitrar um conflito em que uma das partes invoca proteção conferida por norma constitucional. Ter-se-ia de recusar qualquer hipótese de aplicação do Direito Constitucional em nome de um princípio: **a autonomia do Direito Civil que, devendo ser considerada, não pode ter o alcance absoluto** que esta tese sugere.
- Se o princípio da autonomia privada fosse justificação suficiente para recusar a aplicação das normas constitucionais em quaisquer circunstâncias, permaneceria sem fundamento a própria instituição de uma jurisdição constitucional que incluísse a possibilidade de anulação de legislação civil com fundamento em inconstitucionalidade.
- **A CRP tem uma afirmação de aplicabilidade dos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais às entidades privadas** – pode discutir-se o alcance, a forma e o sentido dessa vinculação, mas não poderá recusar-se simplesmente a vinculação.

#### JRN: A tese dos deveres de proteção

No caso das relações entre particulares, os *direitos fundamentais estão dos dois lados da relação* (é trunfo contra trunfo), pelo que, não apenas a ponderação fica sem critérios jusfundamentais de solução, como aquilo que se promete à partida (maior proteção derivada do reconhecimento de um direito subjetivo jusfundamental) se dissipa exatamente pela mesma via por onde entrara: *a neutralização implicada na existência de um direito subjetivo de análogo peso do lado contrário.*

- Mais, na maioria dos casos, aquele **conjunto de razões que eram consideradas inadmissíveis ou suspeitas, quando invocadas pelo Estado para fundamentar uma restrição, são, nas relações entre privados, perfeitamente admissíveis e razoáveis, pois fundam-se precisamente na autonomia da pessoa e nos seus direitos fundamentais.**
  - Nas relações entre particulares, invocar um direito fundamental contra um outro direito fundamental de outro particular redundaria numa garantia soft, cujo sucesso de invocação depende da ponderação do juiz e toda a regulação legal existente fica subordinada ao peso do direito fundamental.

Esta teoria dos deveres de proteção vem responder às insuficiências da teoria indireta.

O facto dos **Direitos Fundamentais valerem como direitos subjetivos na relação Estado-particulares, implica que o Estado, nessa relação, além da obrigação de respeitar o direito, tem também a obrigação de proteger o acesso dos particulares aos bens jusfundamentais** – e proteger face a agressões que vêm de outros particulares.

- Quando **particular se vê impedido de aceder aos direitos fundamentais por ação dos outros particulares, o Estado tem obrigação de proteger esse particular.**

---

<sup>67</sup> Num Estado de Direito que funcione de forma regular em que o legislador prevê as eventuais situações de conflito e as regula através de lei, há circunstâncias ideais para que a tese seja satisfatória. Mas quando não há lei, utilizam-se as cláusulas gerais de cada ramo de direito. Se cláusulas gerais não resolvem esta tese é insuficiente.

- Neste sentido, se eventualmente um particular não tem acesso a Direitos Fundamentais, por ação de outros particulares, o **legislador tem obrigação de prever e regular a situação, limitando a possibilidade de um particular agredir um bem jusfundamental de outros particulares.**

**TESE DOS DEVERES DE PROTEÇÃO** – *o Estado está obrigado a proteger os bens de liberdade contra as ameaças de outros privados e se, para o fazer, carece de intervir restritivamente na esfera jurídica jusfundamental de particulares, a responsabilidade primária pela assunção desses deveres é do legislador primário.*

Excecionalmente admite-se que o juiz, na sua atividade de proteção, possa ir além do que (não) disse o legislador – essa intervenção judicial é exigível quando, se o juiz não a levasse a cabo, se verificasse uma inconstitucionalidade por omissão ou insuficiência da proteção que lhe era devida pelo Estado.

- Tese dos Deveres de Proteção admite que **o juiz comum, no cumprimento da obrigação genérica, que abrange todos os poderes do Estado, de proteção dos direitos fundamentais, pode intervir para lá do que foi decidido pelo legislador desde que tal seja necessário para garantir o mínimo de proteção devida ao direito fundamental afetado.**
  - Tese que dá ao poder judicial uma potencialidade de intervir para proteger, mesmo quando o legislador não o fez.
  - Resolve a possibilidade de conflito entre particulares atendendo aos Direitos Fundamentais dando essa **obrigação de proteger aos juizes – no sentido de que se não proteger tal resulta em inconstitucionalidade por violação do direito fundamental.**

Um **imperativo de garantia de um acesso mínimo ao bem jusfundamentalmente protegido pode colocar o juiz, mesmo na ausência de lei, perante a inevitabilidade de ter de fazer ceder uma ou outra posição.**

- Há **espaço de decisão que se reconhece ao juiz na ponderação de fatores** como a gravidade e intensidade da lesão ou da ameaça que um comportamento privado projeta sobre bens jusfundamentalmente protegidos.
- Apesar das dificuldades em determinar um sentido preciso para os limites da sua intervenção, **o juiz deve poder atuar, mesmo na ausência de lei ou na sua insuficiência, quando essa intervenção, ainda que restritiva, decorra da necessidade de suprir um défice de proteção inconstitucional, apurável segundo parâmetros tão objetivos quanto possível.**
- Mas o juiz *deve autoconter-se sempre que a sua intervenção substitua o legislador.*
  - Muitas vezes o silêncio da lei não é uma lacuna de regulação mas sim uma decisão intencional do legislador.
  - A intervenção do juiz, mesmo feita ao abrigo da necessidade de proteção do bem jusfundamental, constituiria uma violação do princípio da separação de poderes.
  - *Tem de ser um controlo de mínimos.*

Esta **tese é dotada de uma maleabilidade que permite atender às circunstâncias do caso e a todos os fatores atendíveis**, ao invés de assentar em categorias e distinções talhantes que, na prática, acabam por não ter aplicação viável.

- Esta teoria **permite e exige a atenção a todos os fatores e circunstâncias relevantes**, incluindo a da disparidade ou assimetria da relação entre particulares, mas, sobretudo, porque aí se reflete a maior ou menor necessidade de proteção estatal, **deve atender à existência de pressões e condicionamentos das possibilidades remanescentes da livre expressão da autonomia individual e das necessidades do seu restabelecimento após a afetação.**

Ex: fumar na praia

- **Juiz só deve assumir o encargo de assegurar a proteção dos direitos fundamentais em questão se considerar que a legislação tenha ficado aquém de um limiar mínimo de proteção – só nessa insuficiência de proteção se exigiria a sua intervenção autónoma.**
- Neste caso, esse limiar mínimo não estaria obviamente em causa, pelo que um juiz, atuando na lógica desta tese, não se sentiria legitimado a criar, nessa circunstâncias, proibições que o legislador não tinha consagrado quando regulou a questão.

## Tutela Judicial dos Direitos Fundamentais

*Quando temos garantias de nível constitucional, como são os Direitos Fundamentais, temos de apurar em que é que tal se consubstancia e como pode ser defendido em tribunal.*

O sistema de fiscalização da constitucionalidade português é um sistema que não protege adequadamente os direitos fundamentais – deixa-se à margem do controlo por parte da jurisdição constitucional (TC) grande parte das mais significativas e comuns violações dos direitos fundamentais.

O sistema está exclusivamente dirigido à fiscalização de normas, ficando subtraídas à tutela do TC todas as inconstitucionalidades atuadas não por normas mas através de decisões e de atos individuais concretos, sejam eles praticados pelos titulares do poder político, pela Administração, pelo poder judicial ou por outros particulares.

- **Todas as Intervenções Restritivas ficam sem tutela.**
  - Só quando se alega que a *intervenção restritiva se fundamenta numa norma inconstitucional é que o TC pode ser chamado a intervir, verificando e essa norma habilitadora da intervenção restritiva é ou não inconstitucional.*
- **TC só pode fiscalizar Restrições, atuadas por normas.**

*Mas a lesão de direitos fundamentais por ato legislativo do Estado tem carácter excecional, devido a Portugal ser um Estado de Direito democrático com sucessivos filtros.*

- **É na área da violação pontual e concreta dos direitos fundamentais que se verifica a maioria das situações reais de lesão inconstitucional de direitos fundamentais e tal não tem tutela da jurisdição constitucional.**
- Há uma exclusão de fiscalização, a não ser que se invoque a inconstitucionalidade das normas que habilitam a Administração ou o poder judicial a intervir restritivamente nos direitos fundamentais com vista à prossecução de outros bens e valores.

JRN: Apesar de não haver dados estatísticos para afirmar que a maioria das violações a direitos fundamentais são perpetradas pela Administração (que pratica muitos mais atos), **só o facto de haver a potencialidade dessa violações que, independentemente da gravidade, são insuscetíveis de serem verificadas pelo TC gera o défice de proteção aos direitos fundamentais.**

*A proteção dos direitos fundamentais não exige necessariamente a intervenção do TC, pois os cidadãos podem sempre procurar a defesa dos seu direitos fundamentais junto dos tribunais comuns.*

- JRN: um sistema construído com base neste pressuposto não é racional.
  - Além de se **menosprezar todo o efeito de uniformização de jurisprudência** e fornecimento de critérios padrão para resolver casos de direitos fundamentais, **o TC tem de poder intervir nesta área de vital constitucionalidade material.**
  - **É legítimo desconfiar-se da ação dos tribunais comuns relativamente a normas restritivas dos direitos fundamentais** – das quais se pode recorrer para o TC – pelo que **seria legítimo desconfiar-se da ação dos tribunais comuns relativamente a intervenções restritivas.**

Deveria existir um **Recurso de Amparo.**

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade e a questão da última palavra em domínio de direitos fundamentais


*Ausência de proteção no domínio das relações entre privados – as situações de eventual incumprimento estatal do dever de proteção dos direitos fundamentais ocorrem precisamente, com grande frequência, no domínio das relações entre privados, quando, perante ameaças ou lesões a liberdade, à autonomia ou ao bem-estar providas ou provocadas por outros particulares, o cidadão invoca a titularidade dos direitos fundamentais que protegem aqueles bens para exigir do Estado, e principalmente ou em última análise através do juiz, a proteção correspondente.*

- A CRP tem isto assente no art. 18º/1
  - JRN: portanto, **temos uma Constituição que considera tão importante assegurar os direitos fundamentais nas relações entre particulares** que, de forma inédita, inovatória e praticamente isolada na história do constitucionalismo, **proclama a vinculação jusfundamental direta das entidades privadas, mas, paradoxalmente, confia em absoluto no caráter exclusivo da jurisdição comum para fazer valer direitos fundamentais.**
    - Não tendo visto os seus direitos, alegadamente agredidos por outros particulares, reconhecidos pelo juiz comum, os particulares ficam sem qualquer possibilidade ulterior de reação pois não podem aceder ao TC.

*Disto decorre que se um juiz comum não atende (ou até viola) um direito fundamental de uma das partes afetadas por ação de outro particular, o cidadão português lesado pode invocar essa lesão perante o TEDH mas não o pode fazer no TC, mesmo quando esse direito fundamental é um direito constitucional.*

Assim, **os direitos fundamentais dos cidadãos portugueses estão dependentes de uma última palavra dada pelas duas ordens de tribunais ordinários:** os comuns e os administrativos.

➤ Tal só não acontece quando se recorre ao TEDH.



Os défices de proteção dos direitos fundamentais e a incoerência do sistema de relações entre tribunais comuns, Tribunal Constitucional e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

*O cidadão português pode recorrer ao TEDH se vir direitos seus, consagrados na CEDH (e sendo também direitos fundamentais), violados por ação de um Estado contratante.*

- Estão **incluídos todos os tipos de atos**, daí que se possa **recorrer ao TEDH face a quaisquer intervenções restritivas que afetem os direitos fundamentais.**
- Perante uma **restrição individual e concreta de um seu direito fundamental** (também abrangido pela CEDH), **desde que já tenha esgotado os recursos internos** e não lhe tenha sido dada razão pelos tribunais ordinários, o cidadão português **pode recorrer para o TEDH, que condena o Estado português e pode levar, eventualmente, à revogação das decisões judiciais internas.**

JRN: O que é *incompreensível* é que, estando em causa a lesão de um direito fundamental, o TC não possa intervir e tudo seja decidido através de um diálogo entre os tribunais comuns portugueses e o TEDH.



- O TC, suposto guardião da CRP e dos direitos nela consagrados, fica totalmente marginalizado desta decisão e deste diálogo.
- O problema de fundo é que, dado o nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade, o TC está impedido de ser chamado a decidir este tipo de conflitos ou não pode ser chamado a controlar a constitucionalidade das decisões tomadas pelos juízes comuns.

Se o TEDH considerar que houve violação de um direito, e esse é um direito fundamental consagrado e protegido pela CRP, tal equivale a concluir que houve objetivamente inconstitucionalidade, mas uma inconstitucionalidade que, num país tendo justiça constitucional e TC, escapou totalmente ao controlo.

- Aquilo que o TEDH faz é o que o TC devia fazer em primeira linha: verificar se o Estado (seja através de que órgão) atendeu devidamente ao direito fundamental que a CRP acolheu e o particular considera ter sido violado.
  - JRN: irracionalidade de distribuição de competências

Há uma *discrepância notória no sentido das decisões dos tribunais comuns portugueses e a posterior decisão do TEDH* nos casos de liberdade de imprensa vs. direito ao bom nome, segredo de justiça e etc.

- O TEDH dá uma prevalência quase absoluta à liberdade de imprensa e jurisprudência portuguesa dá prevalência aos valores que se opõem à liberdade de imprensa.
  - JRN: esta discrepância é sintoma de que algo está errado – algo está mal se a liberdade de expressão perde sempre nos tribunais portugueses e ganha sempre no TEDH.
    - **O TEDH não tem, nem provavelmente podia ter, qualquer consciência da importância e da gravidade das violações ao segredo de justiça entre nós, nem da leviandade de muito trabalho jornalístico e da facilidade com que o bom nome das pessoas é sistemática e impunemente violado na comunicação social – e será igualmente assim relativamente a todas as questões verdadeiramente complexas envolvendo direitos fundamentais.**
      - ❖ Daí que, para garantir uma harmonização equilibrada e razoável entre a jurisdição do TEDH e as jurisdições nacionais, nos casos em que esteja em causa um direito fundamental constante de CRP e da CEDH, seria o de assegurar que o TC tivesse a possibilidade de se pronunciar sobre a eventual violação do direito fundamental antes da questão ser apreciada pelo TEDH, que iria ter informação e conhecimento adequado sobre as circunstâncias nacionais de resolução do problema, proporcionando condições otimizadas para um diálogo entre duas instâncias jurisdicionais especializadas na garantia dos direitos fundamentais.