

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976<sup>1</sup>

### THE FUNDAMENTAL RIGHTS ON PORTUGUESE CONSTITUTION OF 1976

*Karina Almeida do Amaral<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Estudo específico dos direitos, liberdades e garantias; 2.1 Primeiras reflexões; 2.2 Artigo 18, n° 1 da Constituição; 3 Os direitos econômicos, sociais e culturais; 3.1 Características e implicações; 4 Conclusões; 5 Referências Bibliográficas.

#### RESUMO

Este artigo trata dos direitos fundamentais, tanto os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, elencados na Constituição Portuguesa de 1976. Discute-se não apenas a existência de tais de direitos, isto é, suas características principais e a forma como se encontram dispostos dentro da Carta Constitucional, mas também, as implicações advindas de tal configuração. Para tanto, analisa-se legislação constitucional e infraconstitucional, bem como referências doutrinárias que se remetem à elucidação da matéria dos direitos fundamentais.

#### ABSTRACT

This article deals with fundamental rights, both the rights of freedom, and social rights listed in the Portuguese Constitution of 1976. It discusses not only the existence of such rights, that is, their main characteristics and how they are arranged within the Constitutional Charter, but also the implications of such a configuration. To this end, we analyze constitutional and law and legal writings that refer to the elucidation of matters of fundamental rights.

#### PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais. Direitos de Liberdade. Direitos Sociais. Configuração Constitucional.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 16/03/2010; Aceito para publicação: 20/04/2010.

<sup>2</sup> Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. *E-mail:* karinaamaral\_direito@hotmail.com.

## KEYWORDS

Fundamental Rights. Freedom Rights. Social Rights. Constitutional Setup.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são uma criação que não pode ser considerada antiga, ao contrário, se mostra “recente na história da humanidade”<sup>3</sup>.

A professora Cristina Queiroz diz que a designação “direitos fundamentais” surgiu a partir da Constituição alemã de 1848. O fato de serem qualificados como “fundamentais” guardava a ideia de que haviam sido reconhecidos pelo Estado e não, criados por este. Os direitos eram, na verdade, tidos como anteriores ao Estado, não podendo tal ente dispor dos mesmos<sup>4</sup>.

Segundo o professor José de Melo alexandrino os direitos fundamentais acabam por caracterizarem-se como sendo a descrição do relacionamento entre os homens e o Estado. Através da delineação de tais relações consegue-se obter respostas sobre o que se deve considerar como sendo “ameaças fundamentais”, além de “respostas a necessidades fundamentais do ser humano”<sup>5</sup>.

Tentando, também, definir os direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade ressalta que sua estrutura é complexa, possuindo um “conteúdo principal”, onde estariam asseguradas “garantias específicas” e um “conteúdo instrumental”, que abrangeria outras “faculdades ou deveres”<sup>6</sup>.

Por mais que possa haver algumas diferenças doutrinárias entre o que seria o significado de um direito fundamental, o fato é que não há dúvidas de que eles evidenciam uma posição, seja de que tipo for, dependendo da sua configuração, entre cidadãos de um lado e Estado do outro, pelo menos a princípio. E que sua estrutura, muitas vezes, se mostra complicada, sendo necessária uma observação cuidadosa para se extrair informações.

Voltando, agora, um pouco na história, José Carlos Vieira de Andrade, faz uma evolução dos direitos fundamentais durante os Estados Liberal e Social.

Começa por dizer que, na sua dimensão natural, os direitos se afiguram como irrestringíveis, constituindo um “núcleo restrito” imposto a todo e qualquer ordenamento jurídico<sup>7</sup>. Ao longo dos tempos, essa visão natural dos direitos fundamentais fora sofrendo modificações, mas o fato é que se recorre a esta sempre que

<sup>3</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais. Introdução Geral**. Estoril. Princípia, 2007. p. 09.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 26.

<sup>5</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 536.

<sup>6</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 171.

<sup>7</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 17.

aparecem dificuldades a solucionar quando da aplicação de normas de direitos fundamentais. A partir daquele “núcleo restrito (decorrente da dignidade da pessoa humana)” seria possível retirar uma dimensão que auxiliasse na percepção do “conteúdo de sentido” dos preceitos dispostos na Constituição ou, ainda, em diplomas internacionais<sup>8</sup>.

Para o que nos interessa, tal dimensão natural de nada serviria caso não tivessem sido pensados, os direitos fundamentais, numa lógica estatal, de reconhecimento.

Seguindo este prisma, deve-se ressaltar, primeiramente, o fato de que, em função dos resultados das Revoluções Americana e Francesa, iniciou-se a consideração da primazia do indivíduo em relação ao Estado; sendo que a partir daí, se pretendeu realizar os direitos do primeiro<sup>9</sup>.

Durante e após a 2ª Guerra Mundial, prevaleceu a ideia de que seria necessário criar condições e mecanismos de defesa dos direitos, não somente na perspectiva dos Estados, mas que viabilizassem uma proteção internacional<sup>10</sup>.

No século XVIII, ressalta-se que os direitos fundamentais apareceram como triunfos advindos das revoluções liberais. Surgiram como meios dos indivíduos exercerem sua liberdade e autonomia face ao poder estatal, sendo que tal poder não deveria ser utilizado como forma de gerir a vida das pessoas. Porém, o exercício dos direitos fundamentais pressupunha certa ordem, dentro de uma comunidade organizada, no sentido do Estado garantir tal exercício, mesmo que para isso tivesse que restringir certos direitos dos indivíduos<sup>11</sup>.

Nesta fase, o direito de propriedade era tido como mais do que um direito fundamental<sup>12</sup>. Por intermédio deste, se poderia garantir a liberdade dos indivíduos<sup>13</sup>. Agora, para que fosse garantido um exercício efetivo da liberdade (por intermédio da propriedade), o indivíduo deveria ser esclarecido, sendo a informação e a publicidade consideradas importantes, neste aspecto. Para tanto, considerou-se, a classe de proprietários como possuidora do direito de votar e de ser votada<sup>14</sup>. Assim, o lema do liberalismo quanto aos direitos fundamentais era: “liberdade, segurança e propriedade”<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de *Op. cit.*, p. 17.

<sup>9</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 16.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes...**, p. 19. Ambos os autores ressaltam a importância das revoluções, citadas, para a mudança do pensamento político da época.

<sup>10</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 23.

<sup>11</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 49.

<sup>12</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 50.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 24.

<sup>13</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 50.

<sup>14</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 50.

<sup>15</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 21.

O problema foi que as transformações sociais e econômicas exigiram mais do que o liberalismo pôde dar<sup>16</sup>. Apareceram “um conjunto de direitos políticos como direitos de participação na vida política”<sup>17</sup>. E tais direitos passaram a ser considerados indispensáveis à dignidade do cidadão<sup>18</sup>. No mesmo sentido, os direitos de defesa sofreram um alargamento e, quanto às minorias, as lutas contra a “discriminação e o arbítrio” trouxeram a imposição do princípio da igualdade, como “regulador de toda a matéria dos direitos fundamentais”<sup>19</sup>.

Neste contexto, surgia a democracia como fundamento e garantia dos direitos fundamentais e, também, da liberdade individual<sup>20</sup>. Isso significa que a destruição do liberalismo não foi algo construído politicamente; “foi a própria sociedade liberal que ruiu”<sup>21</sup>.

A ideia, do liberalismo, de que o indivíduo poderia exercer sua liberdade e autonomia, sem que o Estado se intrometesse ou, ainda, se preocupasse, não conseguiu ser mantida, porque é lógico que, da prática destas relações entre cidadãos e Estado, adviriam outras implicações que não tinham sido pensadas pelo Estado Liberal. E este ente nem teria como fazê-lo, uma vez que o Estado não poderia prever que as transformações sociais ditariam as regras da mudança do Estado Liberal para o Estado Social.

Após a ruína do liberalismo, o progresso advindo da industrialização fez com que os homens se deslocassem do campo para as cidades e seu ritmo de vida foi alterado, desenhando-lhes “os horizontes de um bem estar material”<sup>22</sup>. Dessa forma, o Estado passou a ser necessário na vida social e não mais como, simplesmente, um poder de polícia<sup>23</sup>. O Estado precisava intervir na vida das pessoas e na economia, garantindo aos indivíduos prestações sociais que pudessem se fazer necessárias, dentro de uma lógica distinta da imposta pelo liberalismo<sup>24</sup>.

Numa sociedade marcada por divisões e conflitos, o indivíduo iria precisar do Estado para poder exercer seus direitos de liberdade<sup>25</sup>. Além disso, “a interdependência e a solidariedade, o intervencionismo e a socialização vão alterar o sistema de direitos fundamentais”<sup>26</sup>. Esse novo pensamento passa da concepção do homem isolado para

<sup>16</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 30.

<sup>17</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 33.

<sup>18</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 24 e 33.

<sup>19</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 53.

<sup>20</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 54.

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>22</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 55.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>24</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 55.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 31.

<sup>25</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 56.

<sup>26</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 56.

buscar uma sociedade mais “racional, mais solidária e mais justa”, com uma divisão mais adequada das riquezas produzidas<sup>27</sup>.

Agora se mostra reconhecida aos direitos fundamentais “uma função social”<sup>28</sup>. E, em contrapartida, os direitos não advêm, pura e simplesmente, da vontade do indivíduo, mas dependem “dos recursos sociais existentes”<sup>29</sup> e são determinados por “opções políticas”<sup>30</sup>. Ou seja, além de serem limitados socialmente, os direitos fundamentais acabam por sofrer a “reserva de possibilidade social”<sup>31</sup>, correspondendo àquilo que o Estado pode realizar. Sobrou ao Estado a tarefa de garantir que tais direitos possam ser exercidos de forma concreta, sendo a ele imputada a obrigação de velar por tais condições<sup>32</sup>.

José Carlos Vieira de Andrade faz referência, ainda, quanto ao fato de que, durante a evolução dos direitos fundamentais, um aspecto que poderia ser considerado como representativo de todos os momentos pelos quais se passaram os direitos, é a proteção da dignidade humana como escudo às ameaças advindas do exercício de poderes estatais<sup>33</sup>.

O fato é que, a evolução dos direitos fundamentais, tendo por base os Estados Liberal e Social, nos trás informações distintas sobre as maneiras como eram vistos e encarados os direitos fundamentais, bem como a forma como o Estado deveria se portar diante de tais perspectivas. Importa-nos saber de que forma, a partir dessa incumbência do Estado intervir na configuração e concretização dos direitos, os direitos de liberdade e os direitos sociais podem ser vistos, a partir da realidade portuguesa atual.

Levando-se em consideração a Constituição de 1976, os direitos fundamentais são “situações jurídicas fundamentais das pessoas” reconhecidas nos artigos 24 a 79 da Constituição ou que sejam como tais admitidos na lei fundamental (por força dos artigos 16 e 17 da Constituição)<sup>34</sup>.

Os direitos, liberdades e garantias são, formalmente, aqueles previstos nos artigos 24 a 57 da Constituição (título II da parte I, capítulos I, II e III da parte 1). Os direitos econômicos, sociais e culturais são por sua vez, formalmente, os previstos nos artigos 58 a 79 da Constituição (título III, capítulos I, II e III da parte 1)<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 58.

<sup>28</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 59.

<sup>29</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 59.

<sup>30</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 59.

<sup>31</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 59.

<sup>32</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 60.

<sup>33</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 66.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 51.

<sup>34</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais. Introdução Geral**. Estoril. Princípiã, 2007. p. 30-31.

<sup>35</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 30-31.

## 2 ESTUDO ESPECÍFICO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

### 2.1 Primeiras Reflexões

O professor José de Melo alexandrino ressalta que uma importante divisão dos direitos, liberdades e garantias é separá-los em direitos, liberdades e garantias pessoais (correspondente ao capítulo I do título II da parte I da Constituição – a esfera pessoal – artigos 24 ao 47), direitos, liberdades e garantias de participação política (capítulo II – a esfera política – artigos 48 ao 52) e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (capítulo III – a esfera laboral – artigos 53 ao 57)<sup>36</sup>. Constitui tal divisão, ainda que se possa fazer “reparos”, uma “base consistente e incontornável da estruturação constitucional relevante dos conteúdos materiais dos direitos, liberdades e garantias”<sup>37</sup>.

Tenta o autor demonstrar que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias são muito diversos em seus enunciados e, em função disso, nas implicações que advém da análise dos mesmos.

Para tanto, ressalva que assim como o nº 1 do artigo 26 da Constituição<sup>38</sup> enuncia várias garantias jusfundamentais, existem alguns preceitos constitucionais, correspondentes ao título II da parte I da Constituição, que não consagram um direito de liberdade<sup>39</sup>.

Procedendo à ressalva de tais percepções, do autor, é possível inferir que os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, tal como dispostos na

<sup>36</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 136.

<sup>37</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema...**, p. 136.

<sup>38</sup> Nos termos do referido artigo tem-se: “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

<sup>39</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 154-155. Como exemplo o autor cita os artigos: 26, nº 2 (“a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias”), 28, nº 4 (“a prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos em lei”), 34, nº 2 (“a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei”), 56, nº 4 (“a lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficiência das respectivas normas”), 57, nº 3 (“a lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis”), dentre outros. Diz o autor, relativamente à tais preceitos, que “ora excepcionam, limitam ou restringem uma determinada previsão normativa de um direito, liberdade e garantia, ora conformam, complementam ou especificam uma previsão normativa, ora, a título auxiliar ou instrumental, consagram condições ou outras garantias objetivas de realização das distintas posições jurídicas que recaem sob o objeto de proteção dessa previsão”.

Constituição, configuram realidades, muitas vezes, complexas e difíceis de agrupar em critérios únicos, devido também à diversidade de preceitos que circundam os direitos, liberdades e garantias. Ressalta-se, então, quanto aos direitos de liberdade as ideias de complexidade e diversidade dos preceitos relacionados aos mesmos.

Apesar dessa complexidade verificada na tentativa de compreender os vários direitos, liberdades e garantias, o professor José de Melo alexandrino, diz que, ao menos, pode designar-se como sendo direitos, liberdades e garantias “pretensões negativas, positivas ou a conformação jurídica a que correspondem designadamente impedimentos (de lesão), obrigações (de prestações) e sujeições”<sup>40</sup>.

Porém, ao examinar os direitos, liberdades e garantias, como um todo, percebe José de Melo alexandrino que os direitos de liberdade “são, acima de tudo, direitos a omissões de intervenção e exigências de proteção, e não princípios de ação ou de transformação social”<sup>41</sup>.

Por mais que as realidades advindas da interpretação e análise das regras constitucionais dos direitos de liberdade sejam divergentes, em razão até da extensão do catálogo relativo a tais direitos, predominantemente, eles impõem ao Estado o dever de não interferência aos mesmos.

Isso significa que caso fossem considerados, os direitos de liberdades, nas dimensões negativa e positiva, prevaleceria, essencialmente, a dimensão negativa<sup>42</sup>, no sentido de não intromissão estatal, sendo que, ao lado desta inferência, adviria a ideia de que a atuação, indiscriminada, dos órgãos estatais é considerada uma intrusão, devendo o Estado não fazê-lo, visto que a proteção de tais direitos “está associada ao caráter de direito subjetivo”, isto é, “constituem uma obrigação permanente, irrecusável e incondicionada do Estado”<sup>43</sup>.

## 2.2 Artigo 18º, Nº 1 da Constituição

O referido artigo dispõe, nestes termos: “os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>40</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 78-80. E ainda quanto à diferenciação da categoria dos direitos, liberdades e garantias, o autor avança no sentido de que a mesma se diferencia de várias outras, como por exemplo, “os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos materialmente constitucionais (artigo 16, nº 1), os direitos fundamentais dispersos na Constituição, os eventuais direitos pessoais e de participação equivalentes previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que não estejam previstos no título II da parte I da Constituição (artigo 16, nº 2), os direitos do homem (artigo 7, nº 1) e os direitos dos povos (artigo 7, nº 1 e 3)”; enfim, todas as demais posições jurídicas constantes na Constituição que não garantam um conteúdo determinável.

<sup>41</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema...**, p. 530.

<sup>42</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 41.

<sup>43</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 42.

Essa aplicabilidade direta referida por este preceito adviria em primeiro lugar, da vinculatividade das normas dos direitos de liberdade e, em segundo, do fato de que o conteúdo de certos direitos fundamentais estão imediatamente configurados na Constituição<sup>44</sup>; sendo que “pode-se chegar à determinação do conteúdo do direito (daí a expressão determinabilidade) por mera interpretação das normas constitucionais (sem necessidade de lei)”<sup>45</sup>.

Outro aspecto a relacionar é que, se as normas são diretamente aplicáveis, os cidadãos a que se dirigem as mesmas, poderão invocá-las, desde logo, para proteger seus direitos, na medida em que estes serão de execução imediata<sup>46</sup>. Porém, tal permissividade não inviabilizará o legislador de editar leis a respeito de tais direitos<sup>47</sup>. Devido ao enorme catálogo que abrange os direitos de liberdade, não haveria como o legislador constituinte prever todas as hipóteses concretas relacionadas aos direitos de liberdade. Isso significa que os preceitos relativos aos mesmos, nem sempre, serão exequíveis por si mesmos, necessitando alguns de complementação legislativa<sup>48</sup>.

A ideia geral a reter deste preceito constitucional, feitas as devidas ressalvas, é o fato de o cidadão poder se valer de uma regra relativa a um direito de liberdade para garantir o exercício de direito que lhe é devido ou ainda, em outras palavras, é a permissão de imediata invocação por parte daqueles que podem se beneficiar dos direitos de liberdade<sup>49</sup>.

Tal regra constitucional se mostra de suma importância para a compreensão da lógica que gira em torno dos direitos de liberdade. É possível perceber que foi dado aos direitos de liberdade, como um todo, um sentido geral de terem sido constituídos para habilitar os cidadãos a invocá-los quando existam tentativas de inviabilizar o exercício de um direito que é seu por lei. Ou seja, o cidadão dispõe, aqui, de uma efetiva garantia de defender seus direitos de liberdade.

Seguindo a discussão a respeito do artigo 18, nº 1 da Constituição, ressalta-se outra imposição advinda da parte final do citado artigo, qual seja, a de que os direitos, liberdades e garantias vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>44</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 86-87.

<sup>45</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 86-87.

<sup>46</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 86-87.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 292-293.

<sup>47</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 87.

<sup>48</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais. Introdução Geral**. Estoril. Princípiã, 2007. p. 87-88. A este respeito o autor cita o artigo 26, nº 2 que dispõe: “a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”; e também o artigo 35, nº 1, nestes termos: “todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhe digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam”. Ou seja, ambos os artigos remetem à lei a função de aprimorar certos aspectos relacionados aos preceitos citados. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 293.

<sup>49</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 88.

Quanto às entidades públicas, tal regra trás a vinculação tanto do legislador, quanto do administrador e dos tribunais. Além disso, também estarão vinculados “todos os órgãos e agentes do Estado, das regiões autônomas, das autarquias locais e das demais pessoas coletivas públicas e ainda das pessoas privadas que exerçam poderes públicos (como as concessionárias de serviço público)”<sup>50</sup>, sendo que a vinculação permanece “mesmo quando os poderes públicos estejam a atuar no âmbito de regras de direito privado”<sup>51</sup>.

Com relação às entidades privadas, existem várias teorias que tentam explicar a vinculatividade direcionada às mesmas. Para a doutrina da eficácia indireta os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias somente se dirigem aos particulares de forma mediata e indireta por intermédio da lei e de alguns princípios e regras do direito privado e somente de forma, direta, perante o Estado<sup>52</sup>. Os princípios a serem observados, segundo o entendimento de tal teoria, seriam os princípios da liberdade, da autonomia e do desenvolvimento da personalidade, tendo sempre em mente a ideia de que o pensamento inverso retiraria dos direitos sua força vinculativa, esvaziando-os, e transformando-lhes em deveres<sup>53</sup>.

Para outra teoria, denominada de doutrina da eficácia direta dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, esta regra seria aplicável de uma forma geral a “todas as pessoas singulares e coletivas privadas”<sup>54</sup>, sendo que também seriam impostas “às relações entre particulares e o Estado”<sup>55</sup> e haveria um dever de não se intrometer nos direitos de outrem que corresponderia, “implicitamente, ao primeiro dos deveres fundamentais da Constituição”<sup>56</sup>.

Por último, ressalta-se o modelo dos deveres de proteção. Enfatiza tal teoria que, ao Estado caberia respeitar os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias e possibilitar, ao máximo, condições para a realização dos mesmos<sup>57</sup>. Mas, o Estado teria, ainda, que protegê-los contra quaisquer ameaças, incluindo aquelas advindas de outros particulares<sup>58</sup>.

O professor José de Melo alexandrino, na procura por um entendimento mais uniforme a tal respeito, ressalta que a garantia dos direitos, liberdades e garantias implica tanto a vinculação do Estado como da sociedade<sup>59</sup>. Porém, quanto ao Estado, tal vinculatividade se dá de forma direta e imediata, enquanto que com relação aos particulares isso não se verifica, uma vez que estes têm assegurados a liberdade e

<sup>50</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 89.

<sup>51</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 89.

<sup>52</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 93.

<sup>53</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 93.

<sup>54</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 94.

<sup>55</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 94.

<sup>56</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 94.

<sup>57</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 94.

<sup>58</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 94.

<sup>59</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 96.

autonomia, dentro do sistema de direitos, liberdades e garantias<sup>60</sup>. Ou seja, o referido autor se posiciona a favor da teoria indireta<sup>61</sup>.

Tendo por base o sistema de direitos, liberdades e garantias, saber qual das teorias se encaixa melhor ao direito português é algo que poderia advir de algum esforço de raciocínio, no sentido de que o catálogo concernente aos referidos direitos comporta realidades diversas, que não podem ser colocadas todas num mesmo patamar e, analisadas sob um mesmo prisma. Comportando, então, inúmeras e diversas realidades, uma compreensão da vinculação das entidades privadas deveria ser no sentido de que os direitos de liberdade, em princípio, deverão ser dirigidos ao Estado, que é o órgão responsável pela proteção e promoção dos mesmos e, de forma mediata, dependendo do caso, à sociedade.

À partida, os direitos de liberdade foram concebidos como garantia, dos cidadãos, de poderem exercer sua liberdade com certa autonomia. Por mais que existam outros aspectos, advindos de uma multiplicidade de preceitos diversos relativos aos direitos de liberdade, que levem à vinculação das entidades privadas, primeiramente tal vinculação terá que se dar ao Estado e, somente, em segundo plano, à sociedade. É nosso pensamento quanto a tal aspecto.

Deixando um pouco de lado tais teorias e seguindo às implicações trazidas ao legislador, ao administrador e aos tribunais em virtude da vinculatividade direta dos direitos de liberdade, importante seria verificar em que medida tal se dá.

Com relação ao legislador, segundo o professor José de Melo Alexandrino, este deverá primar pelos direitos, liberdades e garantias sobre múltiplos aspectos. Num primeiro momento, quando da edição de leis, deverá respeitar o conteúdo dos direitos, velando para que não haja violações. Num segundo momento, “ao concretizar, desenvolver e configurar os direitos fundamentais e a própria ordem jurídica, o legislador está obrigado a adotar as soluções que se conformem com os efeitos de proteção das normas de direitos, liberdades e garantias”<sup>62</sup>. Por fim, cabe ainda ao legislador um “dever geral de proteção e diversos deveres especiais de proteção dos direitos, liberdades e garantias”<sup>63</sup>.

Isso significa que ao legislador constituído foi incumbido o papel de zelar e promover os direitos de liberdade, utilizando instrumento jurídico que lhe cabe, a lei, como forma de acautelar tais direitos.

<sup>60</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 96.

<sup>61</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais. Introdução Geral**. Estoril. Princípiã, 2007. p. 96. Como exemplo refere o autor “saber se é ou não lícito a uma entidade patronal exigir aos candidatos a um lugar que se submetam a determinados exames médicos não deve ser resolvido por força da aplicação direta do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26, nº 1), mas sim por recurso às soluções desenhadas pelo legislador (no caso, artigo 19 do Código do Trabalho) ou, na sua ausência, por recurso aos princípios gerais de direito”.

<sup>62</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 89-90.

<sup>63</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 90.

O professor SÉrvulo Correia acaba por, ao invés de ressaltar os deveres que incumbirão ao legislador tendo por base a regra da vinculatividade, dizer o que aconteceria caso o legislador fosse indiferente a tal regra.

Ressalta o referido autor que, quando a Constituição remete ao legislador um dever de regular preceitos relativos a direitos de liberdade e este não determina o conteúdo dos mesmos, tal omissão não inviabilizaria a aplicabilidade direta que decorre da regra relacionada ao artigo 18, nº 1 da Constituição<sup>64</sup>.

Ao contrário, permitiria ao juiz extrair, a partir dos diversos valores correspondentes à Declaração Universal dos Direitos do Homem, “um patamar mínimo de realização de cada direito, liberdade e garantia”<sup>65</sup>.

O autor acaba por ressaltar, com isso, a força jurídica advinda da regra imposta pelo artigo 18, nº 1 da Constituição. Ou seja, não é porque o legislador não cumpriu uma função que estava dirigida a ele, que seu dever estará afastado, do mesmo modo em que restará a prevalecência da regra da aplicabilidade direta dos preceitos relativos aos direitos de liberdade.

Levando-se em consideração a administração, tem-se que, tradicionalmente, a vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais tinha por baliza a lei, isto é, o princípio da legalidade. A lei era a base para a proteção dos direitos de liberdade e propriedade. E, para poder intervir neste domínio, a Administração Pública precisaria de uma autorização e, mesmo neste caso, tinha de atuar estritamente segundo a lei<sup>66</sup>.

A atuação da administração por intermédio da lei foi uma regra mantida. Porém, a proibição de atuação contrária à lei não pode prejudicar a aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais<sup>67</sup>. Isso significa que os órgãos administrativos não poderão restringir os direitos, mas estarão habilitados a concretizá-los e promovê-los, mesmo na ausência de lei específica que o faça<sup>68</sup>. E, não é “uma atividade de execução de lei, mas de execução vinculada da Constituição”<sup>69</sup>.

Quanto aos poderes de polícia, exercidos pela administração, estes deverão ter como base a tipicidade prescrita na lei e a atuação administrativa deverá ser feita, sempre, com o princípio da proporcionalidade como parâmetro (artigo 272, nº 2). No caso da atividade de polícia preventiva, a administração também deverá respeitar os direitos de liberdade (artigo 272, nº 3)<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> SÉRVULO CORREIA, J. M. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: **Estudos em homenagem ao professor Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 970.

<sup>65</sup> SÉRVULO CORREIA, J. M. Interrelação entre os regimes..., p. 970.

<sup>66</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 232.

<sup>67</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 232.

<sup>68</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 232.

<sup>69</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 232.

<sup>70</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 233.

E, ainda, o artigo 268º da Constituição, estabelece uma série de direitos que se dirigem aos administrados, como por exemplo, direito de acesso aos registros e arquivos administrativos, direito à informação procedimental, etc<sup>71</sup>.

Analisando o disposto no artigo 266, nº 2 da Constituição, tem-se que: “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade<sup>72</sup>, da justiça, da imparcialidade e da boa fé”.

Por exemplo, tomando-se como referência o princípio da imparcialidade, de uma forma muito simplista, um agente da Administração Pública, caso tenha que optar por algo, através do qual se busca realizar um determinado interesse público, não poderá fazê-lo considerando vontades próprias, ou seja, desejos não do agente administrativo, enquanto cumpridor de função pública, mas de determinada pessoa.

Não há dúvida de que se busca de forma direta cercar os poderes da administração. Se impõe o respeito aos preceitos constitucionais e à lei, isto é, todos os seus órgãos e agentes, por intermédio dos quais a Administração Pública exerce seus poderes, não poderão atuar de forma contrária à Constituição ou à lei. E, ainda, ressalva-se o dever de, mesmo observando as regras constitucionais e legais, a Administração Pública terá o papel de fazê-lo, sempre, tendo por base certos princípios.

Quanto aos tribunais, estes terão uma função singular. O artigo 205, nº 2 da Constituição dispõe que: “as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”. Isso significa que sua função é de suma importância aos direitos fundamentais, além de ser de muita responsabilidade.

Primeiramente, os tribunais deverão respeitar os preceitos constitucionais. Em segundo lugar, em virtude de exercerem controle de constitucionalidade das normas e demais atos do Estado, aos juízes caberá aplicar os preceitos constitucionais e interpretá-los em conjunto com o direito ordinário (penal, administrativo, etc.) e não aplicar as normas que foram julgadas, por estes, inconstitucionais ou que forem

<sup>71</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 233.

<sup>72</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 182.

SOUSA, Marcelo Rebelo de., e outro. **Direito Administrativo Geral: introdução e princípios fundamentais**, tomo I. Dom Quixote, 2006. p. 211.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 1997. p. 267.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2001. p. 127.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra, 2006. p. 101.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. V. II, Coimbra, 1997. p. 357. Os autores, analisando os vários aspectos que envolvem o princípio da proporcionalidade, acabam por ressaltar a importância do mesmo no controle dos sacrifícios impostos à liberdade individual.

consideradas não totalmente constitucionais; além de invalidar os atos que não se mostrem conformes aos preceitos constitucionais<sup>73</sup>.

Na verdade, embora os tribunais constituam um dos poderes do Estado, não há, em princípio, uma preocupação em instituir garantias contra suas decisões<sup>74</sup>.

Isso porque a principal competência de tal poder é defender a Constituição e os preceitos que nela estão incluídos. Ou seja, sua função também passa pela defesa e proteção dos direitos fundamentais.

É claro que, mesmo o controle de tal atividade esgotando-se dentro do próprio Poder Judicial, é garantido aos demandantes de um processo judicial a possibilidade de interpor recursos (ordinários e extraordinários) para instâncias superiores<sup>75</sup>. E também os particulares, para a tutela dos seus direitos, terão asseguradas garantias processuais, que seriam direitos dos mesmos face ao próprio poder dos tribunais<sup>76</sup>. Tendo em foco essa competência dos tribunais, os juízes poderão fazer decretações que afetem os direitos de liberdade, diretamente, sendo permitido aos mesmos até afastarem a competência administrativa ou reexaminá-la<sup>77</sup>.

Quanto a violações dos direitos, o Código de Procedimento Administrativo determina pena de nulidade aos atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental (artigo 133º, alínea “d”)<sup>78</sup>.

Além disso, é facultado aos particulares, que demandem processo judicial, acederem ao Tribunal Constitucional caso os tribunais apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo<sup>79</sup>. É o que o artigo 280, nº 1, alínea “b” estabelece: “cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”.

Tendo, à partida, uma função de proteção dos particulares em face do poder legislativo, esta regra também poderá funcionar contra o próprio poder dos tribunais a favor dos particulares, na medida em que realizem interpretações consideradas “errôneas” das normas<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 235.

<sup>74</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 349.

<sup>75</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 349.

<sup>76</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 352.

<sup>77</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 349.

<sup>78</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 348.

<sup>79</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 350.

<sup>80</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, 2001. p. 350. Explica o autor que “tais domínios dos direitos não se relacionam apenas no que toca à privação da liberdade e ao processo criminal, mas também a outras esferas dos direitos (como a entrada no domicílio, dissolução ou suspensão de associações, etc)”. MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. In: **Estudos em homenagem ao prof. Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 187. Ressalta o autor que a fiscalização da constitucionalidade de uma norma não se limita à verificação de preceitos ou

De qualquer modo, na sua ação política nenhum órgão se pode comprometer politicamente em quaisquer procedimentos, atos ou atividades que impliquem desrespeito aos direitos, liberdades e garantias. O fato de essas atuações poderem não ter uma sanção jurisdicional não significa que não exista uma vinculação constitucional neste domínio<sup>81</sup>.

A regra da aplicabilidade direta se mostra vinculativa de todos os poderes do Estado, de uma forma ou de outra. Como não poderia deixar de ser, cada órgão do Estado, dentro da competência que lhe foi atribuída, não poderá deixar de lado as implicações de respeito e seguimento, que advêm da regra tanto da aplicabilidade direta, quanto da vinculatividade das entidades.

### 3 OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS:

#### 3.1 Características e Implicações

Os direitos sociais estão sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais (título I da parte 1 da Constituição, com algumas exceções), sendo que existe a possibilidade de alguns deles poderem ser considerados direitos de natureza análoga, beneficiando, dessa forma, do regime dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17 da Constituição)<sup>82</sup>.

O professor José de Melo Alexandrino questiona se seria possível afirmar que estes direitos possuem um regime específico<sup>83</sup>. Segundo ele, a Constituição não estabelece um regime específico aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ressalta que aquilo que a doutrina revela como sendo diretivas de um regime, como por exemplo, tarefas dirigidas ao Estado, nada mais são do que uma maneira de se revelar o modo pelo qual se concretizam tais tarefas<sup>84</sup>.

O autor refere, ainda, que os direitos sociais advêm do Estado social, na tentativa da criação de uma sociedade mais justa, tendo por base a ideia de solidariedade<sup>85</sup>. Tal como foram configurados na Constituição, acabam por habilitar o Estado a intervir de forma direta tanto na vida econômica, quanto na vida social das pessoas<sup>86</sup>.

---

disposições, mas sim, de normas que resultarem da interpretação feita pelo juiz. Acrescenta que isto se dá na medida em que uma norma não é apenas um dado, mas é o resultado da interpretação que dela faz o juiz e, dessa forma, será um produto de tal interpretação. Produto este que poderá ser fiscalizado pelo Tribunal Constitucional.

<sup>81</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 89.

<sup>82</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 145.

<sup>83</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 146.

<sup>84</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 147.

<sup>85</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 201-203.

<sup>86</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 538.

Como tentativa de compreender os direitos sociais, José de Melo Alexandrino diz que estes “integram realidades díspares e heterogêneas”<sup>87</sup>. Em regra, não possuem um conteúdo determinado<sup>88</sup>, ficando dependentes de intervenção legislativa que os conforme ou constitua<sup>89</sup>. Sua realização está relacionada tanto a fatores políticos, como a fatores materiais, sendo que quanto a estes últimos o Estado não os controla em grande parte<sup>90</sup>. Com relação aos custos dos direitos sociais, estes são verificados em despesas públicas, suportadas pelo Estado, ou melhor, pelos contribuintes dos impostos<sup>91</sup>.

Quanto às suas normas consagradoras, estas podem ser de vários tipos: “normas - programa, normas - fim, normas - tarefa, princípios e regras”, normas preceptivas, exequíveis ou não exequíveis por si próprias, etc.”<sup>92</sup>.

No momento atual, é possível referir que tais direitos afiguram-se na Constituição em normas vinculativas, mas com proteção variada<sup>93</sup>. Tais direitos foram estabelecidos como tendo por base normas apenas “medianamente vinculativas”<sup>94</sup>. Isso significa que ao Estado incumbirá o dever de, na medida do possível, tentar ao máximo realizá-los e procurar manter, também dentro do possível, “os níveis de realização já atingidos”<sup>95</sup>.

O significado dessa vinculatividade trás consigo a consequência de que os direitos sociais não remetem ao seu titular a possibilidade do mesmo exigir do Estado, de forma imediata, o cumprimento da disposição normativa relativa ao preceito.

Parece-nos que, à partida, os direitos sociais, por não remeterem ao titular do direito a possibilidade de se valer dos mesmos para cobrar o exercício perante o Estado, ficam, primeiramente, dependentes de uma opção do legislador, havendo, então, uma prevalência da dimensão objetiva sobre a dimensão subjetiva<sup>96</sup>. Ressalva-se aqui, única e exclusivamente, que os direitos sociais, em princípio, não constituem verdadeiros direitos de exigir do Estado que sejam cumpridos, porque estão dependentes de ação legislativa.

<sup>87</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema...**, 2006. p. 205.

<sup>88</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 146.

<sup>89</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema...**, p. 111.

<sup>90</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 293-294.

<sup>91</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra, 2003, p. 750.

<sup>92</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema...**, 2006. p. 205-206.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 373.

<sup>93</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos...**, 204-205.

<sup>94</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos...**, p. 243.

<sup>95</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos...**, p. 246.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 294.

<sup>96</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais...**, p. 42.

Na maior parte dos casos, os direitos sociais constituirão uma pretensão ao seu titular, condicionada por reserva do possível, sendo seu conteúdo indeterminado e ficando a realização de tal direito, eventualmente, diferida no tempo<sup>97</sup>.

Tendo em conta a dependência de conformação legislativa que segue os direitos sociais, é de suma importância analisar o papel do legislativo, mostrando o que sobraría aos tribunais, bem como à Administração Pública.

Quanto ao legislador, este deverá realizar as medidas necessárias à constituição ou conformação do conteúdo dos direitos sociais, nos termos em que determina a Constituição.

Tomando-se por base o artigo 283 da Constituição, tem-se que:

a requerimento do Presidente da República, do provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidente das Assembleias Legislativas das regiões autônomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Isso significa que, caso o legislador descumpra o que determina uma norma específica ou “cumpra insuficientemente” o dever constitucional que lhe cabe, e não, em geral, o conjunto de princípios e determinações constitucionais, haverá inconstitucionalidade por omissão<sup>98</sup>.

Jorge Reis Novais diz que a dificuldade é que, embora possa ser verificada um tipo deste de inconstitucionalidade, o problema residiria em acionar a sindicabilidade da mesma (o problema é a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão), porque esta só existiria quando o legislador descumprisse aquelas medidas consideradas indispensáveis à exequibilidade da norma, isto é, quando a constituição fixa medidas determinadas e precisas para que o Estado cumpra e este não o faz<sup>99</sup>.

Além disso, diz o autor que se pode gerar uma inconstitucionalidade por omissão caso o legislador não cumpra seus deveres de legislar, quando deverá melhorar normas de prognose, etc. e, ainda, quando a Constituição consagra normas que não têm densidade para se tornar exequíveis por si mesmas, reenviando ao legislador a obrigação de dar-lhes exequibilidade prática<sup>100</sup>. E acrescenta que é diferente o fato do legislador descumprir medidas certas do que descumprir normas – tarefa ou normas – fim. A violação de norma - tarefa vai ficar dependente da luta política e a violação de obrigação concreta pode gerar uma ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema...**, p. 539.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 294.

<sup>98</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 380-381.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 299-329.

<sup>99</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 309-310.

<sup>100</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 329-330.

<sup>101</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 329.

No caso do legislador se omitir totalmente, isto é, quando há o dever de legislar e este não o faz, para se detectar a ilegitimidade terá que se fazer a verificação da necessidade de intervenção do legislador no sentido de tornar as normas constitucionais exequíveis<sup>102</sup>. Neste caso, o Tribunal Constitucional poderá criticar o órgão legislativo em função da inconstitucionalidade<sup>103</sup>.

O problema maior será quanto à determinação de uma inconstitucionalidade por omissão nos casos de “insuficiência de legislação”<sup>104</sup>, porque somente se verifica uma inconstitucionalidade deste tipo analisando-se o “grau de densidade da norma imperativa”, isto é, o grau de vinculação do legislador em face da Constituição<sup>105</sup>. Somente haverá inconstitucionalidade por omissão quando o dever de legislar seja materialmente determinado ou determinável<sup>106</sup>.

No caso de inexistir legislação sobre determinada matéria ou se esta se mostrar insuficiente para permitir que as normas constitucionais possam ser devidamente cumpridas, o juiz ou, ainda, a Administração Pública não poderão inferi-las, aplicando-as, uma vez que este dever é atribuído somente ao legislador, que não deverá ser substituído<sup>107</sup>.

Em contrapartida, o professor José Carlos Vieira de Andrade ressalta que, em certos casos, dependendo do tipo de norma constitucional, se relativa a conteúdo mínimo, no que diz respeito à “necessidade ou injustiças extremas”, se poderia até retirar daí o direito a uma prestação determinada<sup>108</sup>. Aqui a vinculação do legislador seria estrita, o que poderia gerar até a “afirmação judicial de direitos originários a prestações”<sup>109</sup>.

Assim, o grau de vinculação do legislador dependerá, para ser apurado, da determinabilidade do conteúdo da imposição constitucional que não deverá ser “suprimido pelos juízes”<sup>110</sup>.

Não será fácil, segundo José Carlos Vieira de Andrade, a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão. Mas, uma das áreas onde, talvez, se mostre a maioria dos casos, seja a relativa à “violação do princípio da igualdade enquanto proibição do

<sup>102</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 382.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 300. Ressalta o autor que o instituto da inconstitucionalidade por omissão tem sido pouco utilizado.

<sup>103</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 382.

<sup>104</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 382.

<sup>105</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 383.

<sup>106</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 331. “Torna-se certo que a disposição constitucional em que se funda a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem que ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal Constitucional possa determinar com segurança quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas”.

<sup>107</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 384.

<sup>108</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 384.

<sup>109</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 385.

<sup>110</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 384.

arbitrio”<sup>111</sup>. Pode acontecer que, ao se regular prestações de determinados direitos sociais, acaba-se por retirar parte dos beneficiários, por determinado motivo<sup>112</sup>.

Por tal razão, questiona o autor se não deveria haver um mínimo que fosse direito de todas as pessoas, independentemente das opções legislativas<sup>113</sup>. Nestes termos, ressalva que a incumbência estatal seria, ao menos, “a não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência”, na medida em que, se o Estado não tem o dever de dar um mínimo de existência a todos os cidadãos, não poderia lhe retirar aquilo que é indispensável à sua sobrevivência digna<sup>114</sup>.

Deixando de lado a inconstitucionalidade por omissão, o professor Jorge Reis Novais fala, ainda, da possibilidade dos direitos sociais gerarem uma inconstitucionalidade por ação. Diz que os maiores problemas deste instituto ser verificado é o fato de que, como as normas dos direitos sociais acabam por ser de conteúdo indeterminado, fica difícil apurar uma violação normativa. Além disso, como os direitos sociais são condicionados por reserva do possível fica complicado ressaltar uma violação de norma quando pode ser que, na prática, se vá justificá-la alegando impossibilidades financeiras estatais<sup>115</sup>.

Quanto à administração, esta se mostra diretamente relacionada à função legislativa de conformação dos direitos sociais. Analisando-se o artigo 165º, nº 1º da Constituição, ressalta-se que o Governo poderá dividir competência com o legislativo quanto aos direitos sociais, como por exemplo, no caso da segurança social e dos serviços de saúde (artigo 165º, nº 1, alínea “f”). Isso significa que a administração terá um papel importante em relação à concretização dos direitos sociais.

Com relação aos tribunais, o juiz estará limitado pelo espaço de conformação dirigido ao legislador, não tendo habilitação para interpretar os preceitos constitucionais de forma a retirar deles “conteúdos justificáveis”<sup>116</sup>. O juiz poderia, segundo o professor Sérvulo Correia, excepcionalmente, corrigir, em função das circunstâncias do caso concreto, ofensas que se mostrassem diretamente afrontadoras da dignidade da pessoa humana<sup>117</sup>.

<sup>111</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 387.

<sup>112</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 387.

<sup>113</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 388.

<sup>114</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 387.

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. Aula ministrada no Curso de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito da disciplina de Direitos Fundamentais, em 20 de Novembro de 2007. p. 11. Ressalta o autor que tal princípio acaba por “representar o valor do ser humano”.

<sup>115</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 300-301.

<sup>116</sup> SÉRVULO CORREIA, J. M. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: **Estudos em homenagem ao professor Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 970.

<sup>117</sup> SÉRVULO CORREIA, J.M. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do

Levando-se a discussão relacionada aos direitos sociais a um outro aspecto relevante, diz José Carlos Vieira de Andrade que não se deveria retirar dos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais o princípio do retrocesso social, no sentido de “manter o nível de realização legislativa do direito fundamental”<sup>118</sup>.

Refere o autor que, os direitos sociais parecem estabelecer uma garantia de estabilidade quanto a um mínimo, que se dirige ao fato de não poderem ser, pura e simplesmente, destruídas “situações ou posições” que coloquem em risco o “nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana”<sup>119</sup>.

Abrangeria, também, tal garantia um máximo quando se considerem certas concretizações já “materialmente constitucionais”<sup>120</sup>.

E, por fim, um grau intermediário que se ligaria a efeitos relacionados ao princípio da proteção da confiança, bem como “à necessidade de fundamentação dos atos legislativos retrocedentes num valor constitucional que no caso se revele mais forte”<sup>121</sup>.

Quanto a este aspecto, é de suma importância referir que não basta que os direitos sociais dependam de opções legislativas. Tais escolhas somente serão realizadas caso o Estado consiga produzir riquezas que permitam tal concretização.

Isso não significa, ainda segundo o autor, que existe um princípio geral da proibição do retrocesso social, porque, senão, a autonomia do legislador seria destruída caso ele fosse obrigado a “manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por eles criados” e, passaria, à mera “função executiva”<sup>122</sup>. Isso porque o

---

legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: **Estudos em homenagem ao professor Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 970.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 52.

<sup>118</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 390.

MEDEIROS, Rui. O Estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios. In: **Anuário Português de Direito Constitucional**. Vol. II, 2002. p. 29-30. Segundo o autor, o fundamento para se pensar na proibição do retrocesso está ligado aos deveres constitucionais que se destinam ao legislador, no âmbito dos direitos.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 82.

<sup>119</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 391.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 52-53 e 82.

<sup>120</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais..., p. 391.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 82. O autor cita José Carlos Vieira de Andrade.

<sup>121</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 391-392.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 82. O autor cita José Carlos Vieira de Andrade.

<sup>122</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, p. 392.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 83. O autor cita José Carlos Vieira de Andrade.

legislador terá autonomia dentro do estabelecimento de regras aos direitos sociais e poderá rever as opções já tomadas.

Segundo o professor Jorge Reis Novais, há quem defenda a aplicação absoluta do princípio do retrocesso social. Mas, alerta o autor que caso isso seja feito, se retirará do legislador toda a sua margem de conformação, tornando perpétuas as decisões já tomadas por este e ignorando as implicações da reserva do financeiramente possível<sup>123</sup>. Ou seja, os direitos sociais são restringíveis desde que haja autorização constitucional, desde que os recursos financeiros o determinem ou ainda, desde que o órgão legislativo possua razões que justifiquem tal restrição (serão sindicadas pelo poder judicial)<sup>124</sup>. E, quanto ao legislador a dificuldade se instaura na tentativa de apurar, devido à indeterminabilidade de conteúdo dos direitos sociais, em que medida o mesmo pode fazer uma alteração ou em que medida deverá justificar tal alteração<sup>125</sup>.

Assim, mais importante do que o referido acima, é o fato de que falar de um princípio da proibição do retrocesso é algo que vai além da garantia da autonomia do legislador, vai a contraposição às próprias condições e possibilidades materiais do Estado.

Não somente isso, acreditamos que de nada adianta a ressalva quanto à proibição de retroceder o nível social atingido, se o Estado não puder suportar financeiramente um direito social, isto é, se não tiver condições de produzir riquezas à garantia de tal direito. É por isso que acreditamos que tal princípio deve ser relativizado, sob pena do seu esvaziamento ou inutilidade prática.

#### 4 CONCLUSÕES

Tendo por base a lógica do Estado Social, não há como afastar a necessidade do Estado intervir na vida econômica e social das pessoas. No que diz respeito aos direitos de liberdade, tal intervenção deverá se dar, predominantemente, no sentido de proteção e não de intromissão e, no caso dos direitos sociais, no intuito de realizar sua concretização; que estará ligada, diretamente, a ações do Estado.

Quanto à aplicabilidade direta dos preceitos relacionados aos direitos de liberdade, a ideia geral a reter deste preceito constitucional, é o fato do cidadão poder se valer de uma regra relativa a um direito de liberdade para garantir o exercício de direito que lhe é devido. É possível perceber que foi dado aos direitos de liberdade, como um todo, um sentido geral de terem sido constituídos para habilitar os cidadãos a invocá-los quando existam tentativas de inviabilizar o exercício de um direito que é seu por lei. Ou seja, o cidadão dispõe, aqui, de uma efetiva garantia de defender seus direitos de liberdade.

<sup>123</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 304 e 306. Segundo o autor, se os direitos de liberdade podem ser restringidos, os direitos sociais não poderiam ser diferentes, tendo em conta também que estes últimos são dirigidos à reserva do financeiramente possível.

<sup>124</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 306-307.

<sup>125</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais...**, p. 307.

Com relação à vinculatividade das entidades privadas, tendo por base o sistema de direitos, liberdades e garantias, saber qual das teorias se encaixa melhor ao direito português é algo que poderia advir de algum esforço de raciocínio, no sentido de que o catálogo concernente aos referidos direitos comporta realidades diversas, que não podem ser colocadas todas num mesmo patamar e, analisadas sob um mesmo prisma. Comportando, então, inúmeras e diversas realidades, uma compreensão da vinculação das entidades privadas deveria ser no sentido de que os direitos de liberdade, em princípio, deverão ser dirigidos ao Estado, que é o órgão responsável pela proteção e promoção dos mesmos e, de forma mediata, dependendo do caso, à sociedade. À partida, os direitos de liberdade foram concebidos como garantia, dos cidadãos, de poderem exercer sua liberdade com certa autonomia. Por mais que existam outros aspectos, advindos de uma multiplicidade de preceitos diversos relativos aos direitos de liberdade, que levem à vinculação das entidades privadas, primeiramente tal vinculação terá que se dar ao Estado e, somente, em segundo plano, à sociedade.

Quanto à vinculatividade dos poderes públicos, no caso dos direitos de liberdade, em primeiro lugar, ao legislador constituído foi incumbido o papel de zelar e promover os direitos de liberdade, utilizando instrumento jurídico que lhe cabe, a lei, como forma de acautelar tais direitos. Em segundo lugar, não há dúvida de que busca-se de forma direta cercar os poderes da administração. Se impõe o respeito aos preceitos constitucionais e à lei, isto é, todos os seus órgãos e agentes, por intermédio dos quais a Administração Pública exerce seus poderes, não poderão atuar de forma contrária à Constituição ou à lei. E, ainda, ressalva-se o dever de, mesmo observando as regras constitucionais e legais, a Administração Pública terá o papel de fazê-lo, sempre, tendo por base certos princípios. Por fim, quanto aos tribunais, estes deverão primar pelos direitos, liberdades e garantias. Terão a obrigação de zelar pelo respeito aos preceitos constitucionais relativos aos mesmos, sendo que, no caso de violação destes, poderão invalidar ações administrativas e legislativas.

Os direitos sociais são, predominantemente, direitos sem um conteúdo determinado. Vêm dispostos em normas que enunciam, muitas vezes, tarefas ao Estado. Isso significa que necessitam de conformação legislativa. E, se seu conteúdo não está imediatamente determinado, a vinculatividade das suas normas será indireta, visto que, primeiro, será necessário que o legislador faça opções a este respeito. Além disso, fatores econômicos irão influenciar, diretamente, a concretização dos direitos sociais. Ou seja, o significado dessa vinculatividade traz consigo a consequência de que os direitos sociais não remetem ao seu titular a possibilidade do mesmo exigir do Estado, de forma imediata, o cumprimento da disposição normativa relativa ao preceito.

Quanto à vinculatividade dos poderes públicos aos direitos sociais, ressalta-se, à partida, a obrigação do legislador, que deverá conformar e constituir os mesmos. Caso ele não realize tal tarefa estabelecida na Constituição, poderá surgir, neste cenário, inconstitucionalidade por omissão, mas neste caso, pode ser complicado apurar a mesma, a menos que seja possível identificar as medidas que foram determinadas pela Constituição quanto ao direito social e que não foram cumpridas pelo legislador. No caso de ser julgada procedente uma inconstitucionalidade por omissão, o legislador só pode dar conhecimento ao órgão legislativo, não poderá obrigá-lo a editar leis, senão

estaria ferindo o princípio da separação de poderes. Além disso, tomando-se por base a questão do custo dos direitos sociais, isto poderá inviabilizar a argumentação de que existe um incumprimento do dever de legislar, já que pode-se justamente contra-argumentar no sentido de que tal dever não foi cumprido, porque não existiam possibilidades financeiras para tal. Quanto à administração, esta se mostra diretamente relacionada à função legislativa de conformação dos direitos sociais. Analisando-se o artigo 165º, nº 1º da Constituição, ressalta-se que o Governo poderá dividir competência com o legislativo quanto aos direitos sociais, como por exemplo, no caso da segurança social e dos serviços de saúde (artigo 165º, nº 1, alínea “f”), dentre outras matérias. Isso significa que a administração terá um papel importante em relação à concretização dos direitos sociais. Com relação aos tribunais, o juiz não poderá ignorar a autonomia que, quanto aos direitos sociais, é dirigida ao legislador. Não poderá, pura e simplesmente, manter-se interpretando os preceitos ligados a tais direitos, retirando o que acredita ser o conteúdo dos mesmos. Quanto a seu conteúdo, é de suma importância referir que não basta que os direitos sociais dependam de opções legislativas. Tais escolhas somente serão realizadas na medida em que o Estado consiga produzir riquezas que permitam concretizar e manter os direitos sociais.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais. Introdução Geral**. Estoril. Princípia, 2007.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana**: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. Aula ministrada no Curso de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito da disciplina de Direitos Fundamentais, em 20 de Novembro de 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Vol. II, Coimbra, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade. In: **Estudos em homenagem ao prof. Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004.

MEDEIROS, Rui. O Estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios. In: **Anuário Português de Direito Constitucional**. Vol. II, 2002.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SÉRVULO CORREIA, J.M. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: **Estudos em homenagem ao professor Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004.

SOUSA, Marcelo Rebelo de., e outro. **Direito Administrativo Geral**: introdução e princípios fundamentais. Tomo I. Dom Quixote, 2006.