

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

JORGE MIRANDA

*SUMARIO:* 1. NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.—2. A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.—3. A CONTRAPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS E DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.—4. O SENTIDO DA CONTRAPOSIÇÃO.—5. A EVOLUÇÃO DO TEXTO PRIMITIVO DA CONSTITUIÇÃO PARA O TEXTO APÓS A REVISÃO CONSTITUCIONAL.—6. O ARTIGO 17º E O REGIME DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS.—7. A UNIDADE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.—8. OS DEVERES NA CONSTITUIÇÃO.

## 1. NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

I. Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material —donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*.

Esta dupla noção —pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir— pretende-se neutra e capaz de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Ela recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto e ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange ainda, numa análise jurídica rigorosa, verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e interesses legítimos; apesar disso, o conceito geral parece justificar-se, na medida em que, para lá das diferenças aparentes ou reais de atribuição, de exercício

e de tutela, se encontra uma subjectivação directa ou indirecta (em contra-posição às garantias institucionais) e historicamente se conhecem quais foram os processos da sua reivindicação e consagração.

Mas tal noção de direitos fundamentais implica necessariamente dois pressupostos, sob pena de se esbater e deixar de ser operacional: não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; e não há direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o Estado, dotadas do mesmo estatuto e não sujeitas a estatutos específicos consoante os grupos ou as condições em que se integrem (1).

II. Não custa apreender e acolher o conceito formal de direitos fundamentais. Não custa apreendê-lo e acolhê-lo à face do sentido formal de Constituição. E, porque não se afigura justificado desprender *a priori* qualquer preceito da Constituição formal da Constituição material —visto que esse preceito, mesmo quando aparentemente sem relevância constitucional, é parte de um todo, é passível da interpretação que possa ou deva fazer-se na perspectiva do sistema e, se recebe o influxo de outras disposições e princípios, também conta para o sentido sistemático que recai sobre outros princípios— deve ter-se por direito *fundamental* toda a posição jurídica subjectiva da pessoa enquanto tutelada pela *Lei Fundamental*.

Participante por via da Constituição formal da própria Constituição material, tal posição jurídica subjectiva fica, só por estar inscrita na Constituição formal, dotada do estatuto a esta inerente, nomeadamente em termos de garantia e de revisão. É inconstitucional uma lei que a viole e só por revisão (seja qual for o regime de revisão constitucional adoptado) pode ser eliminada ou ter o seu conteúdo essencial modificado.

III. Já algumas dúvidas poderão suscitar-se acerca do conceito de direitos fundamentais em sentido material, por a sua neutralidade equivaler (poderia aduzir-se) a um positivismo cego aos valores permanentes da pessoa humana e por a variação de concepções que toma em conta inculcar um puro relativismo sem qualquer esteio firme.

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime

---

(1) JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 303-304.

político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, sobretudo na Europa nos anos 30 e 40 deste século, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas.

Julgamos não procedentes as dúvidas e as objecções, por vários motivos.

Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa (2), como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa (3), eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar (4).

Não excluimos —bem pelo contrário— o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito. Mas esse apelo não basta para dilucidar a problemática constitucional dos direitos fundamentais, porquanto o âmbito destes direitos vai muito para além da fundamentação própria do Direito natural. Quer no século XIX quer sobretudo no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar (ou entroncar directamente) todos na natureza e na dignidade da pessoa. Só alguns são impostos pelo Direito natural, não decerto —por importantes que sejam— o são o direito de antena (art. 40º da Constituição portuguesa) ou o direito de acção popular (art. 52º, nº 2) ou os direitos das comissões de trabalhadores (art. 55º).

Em contrapartida, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata, por definição, dos direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte pura e simplesmente; trata-se dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentido jurídico colectivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá supor-se que tal concepção, tal

(2) JORGE MIRANDA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, policopiado, II, Lisboa, 1973, pp. 211-212; BIGOTTE CHORÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, policopiado, Lisboa, 1983-1984, p. 336.

(3) JOÃO DE CASTRO MENDES, «Direitos, liberdades e garantias. Alguns aspectos gerais», in *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 102.

(4) JORGE MIRANDA, *Ciência Política...*, II, cit., p. 212.

ideia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto. O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menor autenticidade, a proclamação dos direitos postulados pelo Direito natural —para quem a este adira— e de vocação comum a todos os povos.

De qualquer forma, quando, porém, tal concepção, tal ideia ou tal sentimento se traduza numa Constituição material pouco favorável aos direitos das pessoas, compressoras deles ou negadora de direitos que, noutras partes do mundo ou que à luz de uma consciência universal, deveriam ser reconhecidos, o que está em causa então não é o elenco e o valor dos direitos fundamentais em si; o que está em causa é a deficiência dessa Constituição material em confronto com outras, o carácter do regime político correspondente, a situação de opressão ou alienação em que viva certo povo. Uma noção como a proposta, longe de indiferente à realidade, permite, pois, submetê-la a um juízo crítico. Situando os direitos fundamentais no quadro da Constituição material, permite apercebê-los à luz dos factores que a condicionam.

IV. No caso português, a distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material encontra-se expressa na actual Constituição (5) —aprovada em 1976 e até agora apenas revista uma vez, em 1982— tal como já se encontrava nas de 1911 (6) e de 1933 (7) e como se encontra no IX Aditamento à Constituição dos Estados Unidos.

Na verdade, «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional» (art. 16º, nº 1), o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se «aos direitos fundamentais de natureza análoga previstos na Constituição e na lei» (art. 17º) e às regiões autónomas é vedado «restringir os direitos legalmente reconhecidos aos trabalhadores» (art. 230º, alínea a) (8). Quer isto dizer que há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno

---

(5) Assim também, CASTRO MENDES, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 102; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 76 e ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Lisboa, 1986, pp. 444-445.

(6) Art. 4º.

(7) Art. 8º, § 1º.

(8) Também o art. 269º, nº 2, estatui que os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas não podem ser prejudicados ou beneficiados «em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição» —o que inculca que pode haver outros nela não previstas.

e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.

Debruçando-se sobre o IX Aditamento à Constituição dos Estados Unidos, escreveu Kelsen que ela consagrava a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. E, a seguir, explicava, no seu jeito de raciocinar característico, que o que isso significava era que os órgãos de execução do direito, especialmente os tribunais, podiam estipular outros direitos, afinal indirectamente atribuídos pela Constituição (9). Pois bem: se a Constituição indirectamente os atribui é porque adere a uma ordem de valores (ou ela própria encarna certos valores) que ultrapassam as disposições positivas, as disposições dependentes da capacidade de formulação do legislador constituinte e dos condicionalismos históricos em que se move.

Isto denuncia que a aceção material dos direitos fundamentais não se esgota em meros moldes conceituais, possui um significado preceptivo, liga-se a efeitos importantes em todo o sistema jurídico-constitucional.

## 2. A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. A sistematização de um texto constitucional (como de qualquer texto jurídico) não é algo de meramente técnico; envolve, de per si, implicações de natureza política e substancial.

Através da sistematização estabelece-se a relação entre a ideia de Direito adoptada pelo legislador constituinte e o seu desenvolvimento coerente, bem como o âmbito e a extensão das matérias consideradas constitucionais. Através da sistematização pode perscrutar-se a Constituição em sentido material incorporada na Constituição em sentido formal ou instrumental.

No plano técnico e formal, a maioria das Constituições ainda continua a utilizar o método da sucessão de títulos diversos, sem grandes preocupações de estruturação em face da função desempenhada pelas normas; mas, desde a Constituição de WEIMAR, são frequentes as que, pelo menos, separam o tratamento dos direitos e deveres fundamentais do da organização do poder político (ou, o da parte *doutrinária* do da parte *orgânica*). No plano material, a distinção mais palpável dá-se entre as Constituições com domínio da ideologia marxista-leninista, que subordinam os direitos fundamentais à organi-

---

(9) *General Theory of Law and State*, Nova Iorque, 1961 (reimpressão), pp. 266-267.

zação social e económica, e as restantes Constituições que, geralmente, atribuem muito menor relevo à Constituição económica e nunca lhe reconhecem o primado sobre os direitos fundamentais.

Tão grave se reconheceu na Assembleia Constituinte portuguesa de 1975-1976 o problema da sistematização que foi criada uma comissão para a estudar e os diferentes partidos apresentaram-lhe propostas de sistematização. A decisão da Assembleia viria a ser no sentido da precedência dos direitos fundamentais (parte I) relativamente à organização económica (parte II) (10).

Em face da sistematização adoptada, torna-se evidente que a Constituição portuguesa actual —apesar do seu carácter compromissório e das originalidades que nela se encontram (11)— se situa claramente na linha do constitucionalismo democrático de tipo ocidental, opta pela garantia dos direitos fundamentais antes e independentemente de qualquer regulamentação da vida económica, não os subalterniza ou instrumentaliza por causa de qualquer tarefa cometida ao Estado. E esta decisão (12) vem a par da proclamação logo no art. 1º da «dignidade da pessoa humana» como primeira base da República.

II. A parte I da Constituição abrange 68 e bem extensos artigos (o que talvez não tenha paralelo noutros países) e nela denota-se a preocupação tanto de enumerar os direitos como de definir o seu conteúdo, reduzindo ao mínimo a discricionariedade do legislador ordinário, como ainda de estabelecer as suas garantias e condições de efectivação.

Não esgota, no entanto, o elenco dos direitos fundamentais, nem a fixação do seu regime.

Em primeiro lugar, porque, sem contar com o Preâmbulo e com a ante-parte de Princípios Fundamentais, preceitos dispersos na parte II, na parte III e nas Disposições Finais e Transitórias prevêm outros direitos ou relevam, mais ou menos directamente, para o exercício e para a garantia dos direitos ali enunciados.

---

(10) A parte III versa sobre organização do poder político e a parte IV sobre a garantia e a revisão da Constituição.

(11) V., por todos, sobre o assunto, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976*, cit., *maxime* pp. 268 e ss., e autores citados.

(12) Já chamada por um autor a *decisão-guia* de toda a Constituição (HEINRICH EWALD HÖRSTER, «O Imposto Complementar e o Estado de Direito», in *Revista de Direito e Economia*, 1977, p. 59).

Em segundo lugar, porque o art. 16º, nº 2, manda interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais respeitantes aos direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e, assim, procede à sua recepção formal como conjunto de princípios gerais de direito internacional elevados a princípios de Direito constitucional português.

Em terceiro lugar, como acaba de se ver, porque o art. 16º, nº 1, estatui que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

III. Quanto às disposições dispersas (13), é óbvio que possuem a mesma natureza e a mesma força jurídica das disposições da parte I; os direitos fundamentais *fora do catálogo* (14) que contêm são tanto direitos fundamentais em sentido formal como os outros. Somente, no plano sistemático, não deixarão de ser afectadas pela sua relativa acessoriedade de outras disposições e princípios e alguns poderão situar-se nas fronteiras entre direitos e garantias institucionais.

IV. Quanto ao art. 16º, nº 1, o seu alcance normativo específico consiste na não tipicidade, no carácter aberto da enumeração constitucional dos direitos fundamentais; na integração ou na complementação das normas e dos princípios constitucionais por regras de direito ordinário interno e também de direito internacional.

Por leis, para efeito do art. 16º, devem entender-se exclusivamente leis em sentido formal, ou sejam, leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais, os actos legislativos existentes no ordenamento jurídico português (art. 115º). Por regras de direito internacional entendem-se na perspectiva de recepção geral plena de Constituição, as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum, as normas constantes de convenções internacionais e as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, quando tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º, nºs 1, 2 e 3).

Não podem, contudo, considerar-se direitos fundamentais, obviamente,

---

(13) São elas, na parte II: os arts. 106º, nº 2, e 110º, nºs 1 e 2. E na parte III: os arts. 116º, nº 2, alínea a); 117º, nºs 1 e 2; 118º e 265º; 127º, nº 1; 246º, nº 1; 263º, nº 1; 268º; 269º, nºs 2 e 3, e 276º.

(14) A expressão é de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., I, Coimbra, 1984, p. 123.

todos e quaisquer direitos, individuais e institucionais, vindos das leis ou das fontes internacionais. Só alguns desses direitos recaem neste âmbito, só aqueles que, pela sua finalidade e função ou pela sua projecção ou pelo modo de consagração, ofereçam analogia com os que são constitucionalmente estabelecidos —com era o caso do direito à imagem (art. 79º do Código Civil) antes da revisão constitucional e como é o caso do direito de fundação (arts. 185º e segs.), da liberdade de associação patronal (Decreto-Lei nº 215-C/75, de 30 de Abril), da não sujeição a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio (art. 7º, 2ª parte, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos), dos direitos relativos ao regime penitenciário (art. 10º), da proibição da prisão por dívidas (art. 11º e art. 1º do Protocolo Adicional nº 4 à Convenção Europeia), do direito ao conhecimento da língua em processo penal (art. 14º, nº 3, alíneas a) e b), e arts. 5º, nº 2, e 6º, nº 3, alíneas a) e e) da Convenção Europeia), do direito à decisão em prazo razoável em processo civil (art. 6º, nº 1, da Convenção Europeia) e, embora se trate de mero corolário de outros direitos (15), do direito dos pais de assegurar educação aos filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (art. 2º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Europeia e art. 18º, nº 4, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos).

V. Em contrapartida, rejeitou a Assembleia Constituinte, uma proposta de aditamento para o nº 1 do art. 16º, segundo a qual os direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição não excluiriam quaisquer outros decorrentes da «inviolabilidade da pessoa humana», com que se pretendia simultaneamente obter uma cláusula geral de tutela da personalidade e um sistema aberto de declaração de direitos, alicerçando-o na pessoa como tal (16). Mas, ao aprovar, logo de seguida, o nº 2 do mesmo art. 16º, a Assembleia acabaria por aceitar precisamente uma concepção com idêntica intenção

---

(15) Tal como, antes da revisão constitucional, era o caso da liberdade de criação de escolas particulares (art. 13º, nºs 3 e 4, do Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

(16) V. *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 35, de 22 de Agosto de 1975, pp. 941 e ss. A proposta foi de iniciativa do Partido Popular Democrata (hoje Partido Social-Democrata) e defendida, entre outros, pelos Deputados COSTA ANDRADE e MOTA PINTO. Contra ela aduziu-se que aí subjazeria «uma concepção idealista de uma irredutível natureza humana», esquecendo que os direitos são «expressão das relações sociais que entre os homens se estabelecem no quadro da produção do seus meios de subsistência» (Deputado OLIVEIRA E SILVA) e que a sua fonte material tem sido «a luta histórica do homem na sua luta pela libertação e pelo progresso» (Deputado VITAL MOREIRA).

jurídica (17). E, por isso também, na revisão de 1982, uma proposta de sentido análogo à de 1975 seria do mesmo modo afastada, por redundante ou por envolver o risco de eventual compressão dos direitos expressamente declarados.

### 3. A CONTRAPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS E DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

I. O tratamento dos direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa repousa numa grande contraposição: na contraposição entre «direitos, liberdades e garantias» e «direitos económicos, sociais e culturais» — títulos II e III da parte I (que pode considerar-se paralela à dos dois Pactos de execução da Declaração Universal e à distinção, na Europa, entre a Convenção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Carta Social).

E são duas «tarefas fundamentais do Estado» diferentes: *garantir* os direitos e liberdades fundamentais (art. 9º, alínea b) e *promover a efectivação* dos direitos económicos, sociais e culturais (alínea d). É a essência do Estado social de Direito ou do Estado de Direito democrático (como se diz no preâmbulo e nos arts. 2º e 9º) que o impõe.

II. O título II divide-se (hoje, após a revisão constitucional de 1982) em três capítulos: de «direitos, liberdades e garantias pessoais», de «direitos, liberdades e garantias de participação política» e de «direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores».

No capítulo I (arts. 24º a 47º da Constituição) consideram-se, sucessivamente, o direito à vida, o direito à integridade pessoal, outros direitos pessoais, o direito à liberdade e à segurança, a prisão preventiva, a aplicação da lei criminal, os limites das penas e das medidas de segurança, o *habeas corpus*, as garantias de processo criminal, a extradição, a expulsão e o direito de asilo, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a utilização da informática, a família, o casamento e a filiação, a liberdade de expressão e informação, a liberdade de imprensa, os meios de comunicação social pertencentes a entidades públicas ou delas dependentes, o direito de antena, a liberdade

(17) De resto, na mesma reunião da Assembleia Constituinte, o Deputado José Luís NUNES referir-se-ia à dignidade da pessoa humana como princípio geral que exprimiria uma «concepção de liberdade do homem como sujeito inato de direitos» (*ibidem*, p. 953).

de consciência, religião e culto, a liberdade de criação cultural, a liberdade de aprender e ensinar, o direito de deslocação e de emigração, o direito de reunião e de manifestação, a liberdade de associação, a liberdade de escolha de profissão e o acesso à função pública.

No capítulo II (arts. 48º a 52º) garantem-se a participação na vida pública, o direito de sufrágio, o direito de acesso a cargos públicos, as associações e os partidos políticos, o direito de petição e acção popular.

No capítulo III (arts. 53º a 58º) garantem-se a segurança no trabalho, as comissões de trabalhadores, os direitos das comissões de trabalhadores, a liberdade sindical, os direitos das associações sindicais e a contratação colectiva, o direito à greve e a proibição do *lock-out*.

III. Também o título III compreende três capítulos: um de «direitos económicos», outro de «direitos sociais» e outro ainda de «direitos culturais».

No capítulo I (arts. 59º a 62º) contemplam-se o direito ao trabalho, os direitos dos trabalhadores, a iniciativa privada, cooperativa e autogestionária, o direito de propriedade privada.

No capítulo II (arts. 63º a 72º), a segurança social, a saúde, a habitação, o ambiente e a qualidade de vida, a família, a paternidade e a maternidade, a infância, a juventude, os deficientes, a terceira idade.

No capítulo III (arts. 73º a 79º), a educação, a cultura e a ciência, o ensino, o ensino público, particular e cooperativo, a Universidade, a participação democrática no ensino, a fruição e criação cultural, a cultura física e o desporto.

IV. Antes dos dois títulos de «direitos, liberdades e garantias» e de «direitos económicos, sociais e culturais», há um de «princípios gerais», em que, ao invés do que poderia supor-se, não só se encontram regras gerais comuns às duas categorias de direitos mas outrossim, por um lado, regras comuns a todos e quaisquer direitos existentes na ordem jurídica portuguesa e, por outro, regras específicas apenas de direitos, liberdades e garantias.

Regras susceptíveis de ser entendidas como válidas quer para direitos fundamentais quer para direitos não fundamentais (se bem que formuladas a propósito daqueles) são:

1º) Os princípios da universalidade (art. 12º) e da igualdade (art. 13º), com os corolários de extensão dos direitos aos portugueses no estrangeiro (art. 14º) e aos estrangeiros em Portugal (art. 15º).

2º) O princípio da protecção dos direitos, desdobrado nos princípios da informação e protecção jurídica (art. 20º, nº 1), da tutela jurisdicional (art. 20º, nº 2), da tutela graciosa (art. 23º, a considerar juntamente com o art. 52º, nº 1) e da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas (art. 22º).

Regras comuns a todos os direitos fundamentais, e só a eles, são:

1º) A já referida não tipicidade ou cláusula aberta (art. 16º, nº 1).

2º) A interpretação e a integração de harmonia com a Declaração Universal (art. 16º, nº 2).

Finalmente, regras específicas dos direitos, liberdades e garantias são:

1º) A aplicação directa dos preceitos constitucionais e a vinculação de todas as entidades públicas e privadas (art. 18º, nº 1).

2º) A reserva de lei (art. 18º, nº 2, designadamente).

3º) O carácter restritivo das restrições (art. 18º, nºs 2 e 3).

4º) A limitação, a suspensão ou a privação quanto a qualquer pessoa apenas nos casos e com as garantias da Constituição e da lei.

5º) A autotutela, mediante o direito de resistência (art. 21º).

6º) O carácter excepcional da suspensão (art. 19º).

Não já no texto da Constituição, mas no da Declaração Universal, encontra-se ainda um princípio aplicável a todos e quaisquer direitos: a sujeição do seu exercício aos «limites decorrentes das justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática» (art. 29º, nº 2).

#### 4. O SENTIDO DA CONTRAPOSIÇÃO

I. A dicotomia constitucional direitos, liberdades e garantias-direitos económicos, sociais e culturais deve ser entendida nos seguintes termos:

1º) Direitos, liberdades e garantias não são o mesmo que direitos individuais, tal como os direitos económicos, sociais e culturais não são o mesmo que direitos institucionais ou colectivos, porque há liberdades institucionais (v.g., a das confissões religiosas ou a autonomia da Universidade) e porque os direitos económicos, sociais e culturais se apresentam, de regra, como direitos de titularidade individual e só se designam por *sociais* por estarem implicados com a «questão social» e assentarem numa ideia de igualdade social e de solidariedade.

2º) Os direitos, liberdades e garantias englobam direitos de diferente conteúdo e até de diversas estruturas —liberdades, direitos políticos, direitos

irredutíveis a liberdades ou a direitos políticos, garantias. Nem por isso, todavia, deixa de se justificar a sua aglutinação —por constituírem (ou poderiam constituir) um sistema unitário à volta da ideia de liberdade e de limitação do poder (antes de mais, do poder do Estado em abstracto e do poder dos governantes, sejam quais forem, em concreto, o que se aplica, inclusive, aos direitos políticos) e por estarem sujeitos a um regime jurídico comum.

3º) Fica isto também reforçado por, em muitos, senão em quase todos os direitos, liberdades e garantias, não ser possível ou juridicamente correcto destrinçar o que é direito, o que é liberdade e o que é garantia —como sucede, por exemplo, com a reserva de intimidade da vida privada (art. 26º, nº 1), o direito de antena (art. 40º) ou o direito à greve (art. 58º)— embora prevaleça, aqui ou ali, o elemento de direito, o elemento de liberdade ou o elemento de garantia (18).

4º) Por virtude dessa heterogeneidade (ou heterogeneidade aparente) de conteúdo não seria possível, desde logo, afirmar que a contrapartida de cada direito, liberdade e garantia seria ou seria sempre uma atitude de abstenção por parte do Estado —tal não poderia valer, no mínimo, para os direitos políticos e para as garantias.

5º) Nem sequer perante as liberdades a atitude do Estado vem a ser de mera abstenção. Por um lado, postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidas, uma ordem objectiva a criar ou a preservar-o «Estado de Direito democrático» [preâmbulo e arts. 2º e 9º alínea b)], a «legalidade democrática» [arts. 3º, nº 2, 202º, alínea f), 206º, 224º, nº 1, e 272º, nº 1] ou a «ordem constitucional democrática» (art. 19º, nº 2). Por outro lado, o Estado é civilmente responsável pelas violações de direitos, liberdades e garan-

---

(18) Veja-se, por exemplo, o direito à vida: nel parece sobressair o elemento direito; contudo, igualmente aí aparece o elemento de garantia que se traduz, nomeadamente, na protecção penal da vida humana —de toda a vida humana, antes e depois do nascimento. Relativamente à liberdade de imprensa é o elemento liberdade que está mais presente, mas encontra-se também o elemento garantia. O direito de resistência é fundamentalmente uma garantia, é algo de instrumental relativamente à defesa de outros direitos, mas também é um direito quando considerado autonomamente. O direito à greve é simultaneamente um direito, uma liberdade e uma garantia; começou por ser apenas algo de lícito, depois uma liberdade e hoje é um verdadeiro direito *stricto sensu*. Os direitos políticos, se, por um lado, têm um sentido de direitos, são também a garantia dos demais direitos e alguns são configuráveis como liberdades (v.g., a liberdade de associação e formação de partidos políticos).

Cfr. CASTRO MENDES, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 109; A. MONTEIRO FERNANDES, *Reflexões sobre a natureza do direito à greve*, *ibidem*, II, pp. 321 e ss.

tias (art. 22º) e deve tutela quer civil (19) quer penal contra violações provenientes de quaisquer cidadãos.

Por outro lado ainda, quanto a algumas liberdades, exigem-se mesmo intervenções e até prestações positivas (20), sem as quais se frustra o seu exercício ou o seu exercício por todos os cidadãos e todos os grupos: assim, com a liberdade de imprensa, que implica o assegurar pela lei dos meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes políticos e económicos (art. 38º, nºs 5 e 6), e a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião nos meios de comunicação social estatizados (art. 39º, nº 1); com a liberdade religiosa (art. 41º, nº 5); com o direito de manifestação (art. 45º, nº 2); com a liberdade sindical (art. 56º, nº 4); ou com a liberdade de propaganda eleitoral, associada à igualdade das diversas candidaturas e à imparcialidade das entidades públicas [art. 116º, nº 3, alíneas a), b) e c)].

6º) Pode e deve falar-se, sim, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pode traduzir-se quer em abstenções quer em acções do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada (21), mas nunca em substituição da acção ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afectar o seu ser (22).

É fundamentalmente neste sentido de respeito e preservação da personalidade e da capacidade de acção das pessoas que se justifica ainda dizer que

(19) Recordem-se sobretudo os arts. 70º e 496º do Código Civil e, na Constituição, os arts. 37º, nº 4, *in fine*, e 66º, nº 3.

(20) Ou obrigações acessórias de fazer, na expressão de PHILIPPE BRAUD (*La notion de liberté en droit public français*, Paris, 1968).

(21) Cfr. GEORGES VLACHOS, «La structure des droits de l'homme en régime pluraliste», in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1972, p. 315: não é mais um dever abstracto de abstenção negativa sistemática que determina a essência do Direito do Homem e, designadamente, do direito individual; é a obrigação que decorre —para o Estado como para os grupos ou os particulares— da ideia de não alienação da personalidade e que gera, consoante os casos, tanto um dever de não fazer como uma injunção de agir, concreta e eficazmente, para salvaguardar a liberdade do homem.

(22) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, «Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, nº 1, Janeiro-Julho de 1978, p. 11, salientando que os direitos, liberdades e garantias respeitam a uma forma de actuação do homem em que a dependência recíproca com a comunidade ou se não verifica ou não é necessária.

os direitos, liberdades e garantias se salvaguardarão ou se efectivarão tanto mais quanto menor for a intervenção do Estado, ao passo que os direitos sociais serão tanto mais garantidos e efectivados quanto maior ela vier a ser.

7º) Uma atitude geral de respeito obriga não apenas as entidades públicas mas ainda, em certos casos e em certas condições —defini-las vem a ser um do mais difíceis problemas do Direito constitucional contemporâneo— as entidades privadas (art. 18º, nº 1, *in fine*). Porque o respeito da liberdade de todos os membros da comunidade política tem que ver não somente com as entidades públicas como também com todos esses membros, uns perante os outros, é preciso que uns respeitem a personalidade dos outros para que possam todos conviver (23).

8º) Algo de semelhante se verifica, de resto, no domínio dos direitos sociais. Embora estes tenham como sujeitos passivos principalmente o Estado e outras entidades públicas, também não são indiferentes a entidades privadas; também requerem (ou chegam a exigir) uma colaboração por parte de particulares e, antes de mais nada, dos próprios interessados (24). Somente, numa concepção estatista, o Estado é o único incumbido de fazer as prestações de que depende a efectivação desses direitos.

Numa visão não estatista, chamados a tal tarefa são o Estado e a sociedade: assim, na Constituição portuguesa, com o direito à segurança social (art. 63º, nº 3), com o direito à protecção da saúde [art. 64º, nº 3, alínea d)], com o direito à habitação [art. 65º, nº 2, alíneas b) e c)], com o direito ao ambiente (art. 66º, nº 2), com os direitos das crianças (art. 69º, nº 1) e dos jovens (art. 70º, nº 3), com os direitos à educação e à cultura (arts. 73º, nºs 2 e 3, 75º e 78º, nº 2), com o direito à cultura física e ao desporto (art. 79º, nº 2) (25). Mais ainda: a *democracia participativa* [art. 2º, *in fine*, e 9º, alínea c)] liga-se, em geral, à resolução dos correspondentes problemas.

9º) Nos direitos, liberdades e garantias parte-se da ideia de que todos, só por serem homens, ou só por terem certas qualidades, devem ter certos

---

(23) Aqui pôr-se-ia o problema da fronteira (ou da não fronteira) entre direitos fundamentais e direitos de personalidade.

(24) Cfr. GIOVANNI CORSO, «I diritti fondamentali nella Costituzione Italiana», in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, p. 768.

(25) Cfr. a formulação genérica do art. 57º da Constituição venezuelana: «As obrigações que incumbem ao Estado quanto à assistência, à educação e ao bem-estar do povo não excluem as que, em virtude da solidariedade social, recaem sobre os particulares segundo a sua capacidade...»

direitos, e de que a lei, reconhecendo-os, é capaz de os garantir. Nos direitos sociais parte-se, pelo contrário, da verificação de que existem desigualdades, umas derivadas das próprias condições físicas e mentais das pessoas, outras derivadas de elementos sociais, culturais, económicos, etc., e que é possível e necessário vencê-las para estabelecer entre todos o maior grau possível de igualdade (concreta e de resultado).

Por isso, os preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis (art. 18º, nº 1) (26), ao passo que a efectivação dos direitos sociais depende da realização das incumbências do Estado e da sociedade (arts. 59º, nº 3; 60º, nº 2; 63º, nº 2; 64º, nº 3; 65º, nº 2; 66º, nº 2, etc.) da transformação das estruturas económicas e sociais, designadamente da socialização dos principais meios de produção [art. 9º, alínea d)] (27 e 28).

10º) Por tudo isto (ou apesar de tudo isto, conforme as ópticas), seria erróneo proclamar uma separação rígida entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais. As liberdades podem ser, e têm sido, veículo de obtenção de direitos sociais: recorde-se ou repare-se na luta pela liberdade de associação sindical e na luta pelo sufrágio universal como forma de defesa dos interesses operários e, por via disso, de conquista de direitos sociais. E pode haver garantias ao serviço de direitos sociais: assim, o direito à segurança no emprego (art. 53º) em relação ao direito ao trabalho (art. 59º, nº 1), tal como o cidadão ameaçado ou lesado no seu direito ao ambiente pode pedir, nos termos da lei, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização (art. 66º, nº 3, já citado). Em contrapartida, a efectivação dos direitos sociais propicia a realização das liberdades ou de certas liberdades: se se assegura, por exemplo, o ensino básico universal, obrigatório e gratuito ou a educação permanente [art. 74º, nº 3, alíneas a) e c)], é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender (art. 43º) e da liberdade de criação cultural (art. 42º).

11º) Mais do que tudo é essencial situar uns e outros direitos à luz de valores e de princípios comuns, em busca da necessária harmonização imposta pela unidade do sistema (29) e pelo primado da dignidade da pessoa hu-

---

(26) Salvo, quanto aos preceitos não exequíveis por si mesmos, inconstitucionalidade por omissão (art. 283º).

(27) Cfr. o primitivo art. 50º.

(28) Bem como do Plano (art. 91º, nº 2) ou da política tributária (art. 106º, nº 1).

(29) Cfr. GEORGES VLACHOS, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 310 e ss.

mana (art. 1º). Apenas por esta forma se captarão as suas relações e se resolverão problemas práticos de definição de conteúdo e de aplicação (30).

12º) Finalmente, também por tudo isto se afigura menos prudente reconduzir a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais a uma qualquer contraposição, quanto ao conteúdo, entre direitos subjectivos e pretensões jurídicas (31) ou expectativas jurídicas. A relativa homogeneidade dos direitos, liberdades e garantias, primeiro, a heterogeneidade, outrossim, dos direitos sociais, depois, a imbricação entre uns e outros, a variedade das situações da vida não aconselham tal conceituação em globo. Ela terá de ser procurada caso a caso, direito a direito.

13º) Em suma, os direitos, liberdades e garantias são direitos de *autonomia*, de manifestação, de individualização: revelam a *essência* da pessoa; têm por contrapartida uma posição de *respeito* pela esfera própria da pessoa pelo Estado e pelas demais entidades públicas (e, em certos casos, privadas); traduzem-se em *limitações* que o poder público se impõe (32) e que impõe a outros poderes. Os direitos sociais, por seu turno, são direitos de *necessidade* e, ao mesmo tempo, de *comunicação*: têm que ver com as condições de *existência* da pessoa; têm por contrapartida a *prestação de bens e de serviços*; dependem de uma acção modificadora das estruturas económicas, sociais e culturais.

II. A Constituição portuguesa adopta uma via intermédia de distinção sem compartimentação, de interdependência de preceitos e de complementaridade de valores.

(30) V. o parecer nº 4/80, de 14 de Fevereiro de 1980, da Comissão Constitucional, que considerou que, numa necessária visão sistemática dos preceitos constitucionais, o que venha a ser justa indemnização por expropiação de propriedade privada (art. 62º, nº 2), havia de ser conformado pela previsão das incumbências do Estado e das autarquias locais atinentes à concretização do direito de todos os cidadãos à habitação (art. 65º) (in *Pareceres*, XI, p. 109).

(31) Como parece fazer VIEIRA DE ANDRADE (*op. cit.*, p. 209), segundo o qual a natureza dos direitos sociais é de pretensões jurídicas, querendo, com isso dizer, que são mais do que interesses juridicamente protegidos, ainda que não verdadeiros direitos subjectivos; só se consolidarão como direitos subjectivos uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais, mas então não valem como direitos fundamentais, mas enquanto direitos concedidos por lei. No mesmo sentido, de certo modo, o parecer nº 18/78, da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, VI, p. 17.

Cfr. ÉTIENNE GRISEL, *Les Droits Sociaux*, Basileia, 1973, pp. 98 e ss.

(32) Não forçosamente, bem entendido, uma *autolimitação*, numa perspectiva positivista.

Uma via intermédia que se traduz em tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais serem direitos fundamentais —com o que isso implica, pelo menos, no tocante a inconstitucionalidade e a revisão constitucional— mas que se traduz, simultaneamente, em os primeiros terem precedência sobre os segundos, na medida em que só em regime de liberdade e de pluralismo de expressão e de organização política (como se diz no art. 2º) virem a efectivar-se os direitos sociais.

É preciso dar a todos capacidade efectiva de exercício dos direitos formalmente atribuídos, concretizar a «igualdade real entre os Portugueses» (art. 9º, alínea d), fazer uma liberdade igual para todos. Não, porém, à custa da liberdade que já existe; não, porém, sacrificando os direitos do presente às transformações do futuro até porque não é indiferente para um determinado resultado o caminho a seguir para o alcançar (33). E daí um regime dos direitos, liberdades e garantias mais reforçado que o dos direitos sociais.

III. Esse regime específico dos direitos, liberdades e garantias tem três vertentes: uma, material; outra, orgânica; e outra, respeitante a revisão constitucional.

Fundamentalmente, consiste em:

a) Carácter preceptivo, de vinculação imediata, para as entidades públicas e para as entidades privadas, das normas constitucionais atributivas de tais direitos (arts. 18º e segs.), enquanto que, insistimos, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais depende da transformação das estruturas económicas e sociais, designadamente da socialização dos principais meios de produção [art. 9º, alínea d), citado], bem como do esforço nacional e da cooperação internacional de harmonia com a organização e os recursos do país (art. 22º da Declaração Universal).

b) Reserva de competência legislativa do Parlamento sobre direitos, liberdades e garantias [relativa, em geral, art. 168º, alínea b), e absoluta, quanto a algumas matérias, art. 167º, alíneas c), d), e), f) e m)] e na correspondente reserva de aprovação de tratados [art. 164º, alínea i)].

c) Inserção dos «direitos, liberdades e garantias dos cidadãos» e dos «direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais», correspondentes, respectivamente, aos direitos dos capítulos I e II

---

(33) Neste sentido, por todos, ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padua, 1985, p. 22.

e do capítulo III do título II da parte I da Constituição (34), entre os limites materiais da revisão constitucional [art. 290º, alíneas d) e e)] (35).

IV. Quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, a sua natureza e a das normas programáticas donde constam quase todos não permitem qualificá-los como reivindicações de satisfação imediata pelo Estado. Para além das condições objectivas ligadas às circunstâncias em que os órgãos se devem mover e à «reserva económica do possível» (GOMES CANOTILHO), há uma liberdade de conformação legislativa ineliminável.

Simplesmente, a margem de liberdade deixada ao legislador relativamente à efectivação destes direitos não significa não vinculação às normas constitucionais. O legislador não pode editar normas que disponham contrariamente às normas constitucionais atributivas de direitos sociais. E, nem sequer pode revogar lei que dê exequibilidade a uma dessas normas constitucionais sem emitir nova lei: o legislador tem, decerto, a faculdade de modificar qualquer regime legislativo; o que parece não ter é a faculdade de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que tenha adquirido (36). Num caso ou noutro, haveria inconstitucionalidade material susceptível de ser arguida nos termos gerais (arts. 207º e 277º e segs.).

Mas a própria omissão do legislador não conferindo —*quando pode e, portanto, deve*— essa mesma exequibilidade converte-se numa violação da Constituição, numa inconstitucionalidade por omissão, também nessa medida sujeita a fiscalização pelo Tribunal Constitucional (art. 283º), ainda que a decisão do Tribunal tenha mero efeito declarativo da situação, e nada mais, pois ele não se substitui ao órgão legislativo (37).

Em última análise, por isso, as normas constitucionais programáticas estão predispostas, na lógica do Estado de Direito democrático, à síntese com as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias, de acordo com o valor

---

(34) As alterações feitas pela revisão constitucional de 1982 repercutiram-se, pois, elucidativamente no art. 290º.

(35) Consistiu ainda esse regime específico dos direitos, liberdades e garantia na necessidade de adaptação das normas atinentes ao seu exercício até ao fim da 1ª sessão legislativa (art. 293º, nº 3, primitivo, hoje já caducado).

(36) Neste sentido, já decidiu o Tribunal Constitucional a propósito da lei que revogou quase totalmente a lei do serviço nacional de saúde: acórdão nº 39/84, de 11 de Abril de 1984, in *Diário da República*, de 5/5/1984.

(37) O instituto da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, embora interessante, é definido quase embrionariamente na Constituição e na prática não tem funcionado.

preceptivo, directo, actual do sistema, e o espaço para sua execução legal há-de encarar-se como um espaço de *vacatio* ou de *lacuna legis*, jamais de *vacatio* ou de *lacuna juris*. A estrutura programática é menos um factor intrínseco a cada norma do que extrínseco, derivado de uma consideração sistématica e, em parte, circunstancial.

## 5. A EVOLUÇÃO DO TEXTO PRIMITIVO DA CONSTITUIÇÃO PARA O TEXTO APÓS A REVISÃO CONSTITUCIONAL

I. No texto inicial da Constituição, o critério subjacente à bifurcação dos direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais era um critério misto, na confluência de elementos subjectivos, elementos objectivos e elementos estruturais, explicável por razões históricas e decorrente de certos postulados ou concepções jurídico-filosóficas de base.

Os direitos, liberdades e garantias eram, antes de mais, pensados como direitos do homem e de todos homens e, na perspectiva do Estado democrático, como direitos do cidadão e de todos os cidadãos. Correspondiam, em segundo lugar, à totalidade dos direitos pessoais e aos mais importantes dos direitos políticos, a que se juntavam alguns direitos sociais não económicos. Tinham a estrutura, todos eles, de direitos, liberdades e garantias (com maior ou menor acentuação, quanto a cada um, da estrutura da direito *stricto sensu*, de liberdade ou de garantia). O que os aproximava e os conglobava numa unidade parecia ser a ideia de liberdade, de liberdade civil e política, de autonomia pessoal e cívica.

E essa unidade —que se manifestava logo na não divisão em capítulos do título II, ao invés do que sucedia com o título III— significava que, para a Lei Fundamental, o homem e o cidadão surgiam identificados e dotados de todos esses direitos.

Muito mais heterogéneo era o grupo dos direitos económicos, sociais e culturais. Ele abrangia direitos comuns e particulares; no seu âmbito recaíam todos os direitos económicos, mas nem todos os direitos sociais e culturais; e podiam discernir-se aqui ainda direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, direitos sociais de categorias especiais de pessoas e direitos sociais dos trabalhadores.

As circunstâncias do tempo da feitura da Constituição reforçavam quer a distinção, quer o primado dos direitos, liberdades e garantias dos arts. 25º

a 49°. Após 48 anos de regime autoritário e perante o risco iminente de uma nova ditadura, a Assembleia Constituinte, confrontada durante meses com uma grave crise política e com incertezas acerca de quem viriam a ser num futuro próximo os detentores do poder, preocupou-se, acima de tudo, com salvaguardar os direitos e garantias pessoais, as liberdades cívicas e os direitos políticos dos cidadãos, procurando fazê-los assentar em pontos firmes e estabelecendo anteparas contra quaisquer tentativas de os violar ou frustrar (38).

II. A revisão constitucional de 1982 procedeu neste domínio a três modificações significativas: 1ª) transferiu para o título II um indiscutível direito, liberdade e garantia de todas as pessoas —a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho (hoje art. 47°, nº 1, antes art. 51°, nº 3)— corrigindo assim uma deficiência de colocação; 2ª) dentro do compromisso que permitiu a explicitação da iniciativa privada em sede de direitos fundamentais (art. 61°, e não apenas art. 85°), deslocou para o mesmo título os principais direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores —segurança no emprego, criação de comissões de trabalhadores, direitos destas, liberdade sindical, direitos das associações sindicais, direito à greve e proibição do *lock-out* (novos arts. 53° a 58°) (39); 3ª) dividiu os anteriores preceitos do título II em capítulos de direitos, liberdades e garantias pessoais (arts. 24° a 47°) e de direitos, liberdades e garantias de participação política (arts. 48° a 52°).

Sem embargo de ainda haver direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga no título III, torna-se óbvio que, assim, a separação entre

---

(38) Diferentemente, para JOÃO DE CASTRO MENDES (*Direitos, liberdades e garantias*, cit., loc. cit., pp. 103 e ss.) os direitos, liberdades e garantias determinavam-se por exclusão de partes —pertenciam ao ser humano, enquanto tal, como pessoa ou em aspectos incidíveis da sua personalidade (qualidade de filho, qualidade de cônjuge— Constituição, art. 36°) ou, pelo menos, enquanto cidadãos (Constituição, art. 45°, nº 4, em confronto com o art. 15°, nº 2). Os direitos e deveres económicos, sociais e culturais eram direitos e deveres fundamentais especiais —restringiam-se aos campos específicos assim determinados e tiravam a especialidade do bem tutelado e da forma de tutela— uma forma essencialmente social, baseada num tipo de organização de sociedade. Mas, para nós, esta maneira de ver não era suficiente para explicar a complexidade da contraposição feita pelo legislador constituinte.

(39) Ao mesmo tempo, deixou de se falar em «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras» ou em «poder democrático das classes trabalhadoras» (ou dos trabalhadores), como se inicia nos arts. 2°, 55°, nº 1, 80° e 90°, nº 2 iniciais; passou a falar-se em «intervenção democrática dos trabalhadores» [art. 8°, alínea f)].

os dois títulos passou a repousar num critério essencialmente estrutural. Do que pode duvidar-se é de ainda subsistir a unidade valorativa fundamental do título II, em virtude do carácter de direitos particulares (e, alguns dirão, classistas) dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores aí aditados.

Admitimos que essa unidade possa parecer algo diminuída. No entanto, importa não esquecer que do título II já constavam outros direitos particulares (como os dos cônjuges e dos pais ou os dos jornalistas); que, dos direitos transpostos, alguns (os relativos às comissões de trabalhadores e às associações sindicais) são meras especificações dos direitos de associação e de participação; e, sobretudo que os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores em geral coenvolvem uma ideia de liberdade —de liberdade e desalienação aplicada a certa categoria bem numerosa de pessoas.

O valor dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores não é, por certo, tão grande como o dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Más é suficiente para permitir a sua aproximação.

## 6. O ARTIGO 17º E O REGIME DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

I. A separação dos direitos fundamentais em dois títulos não se apresenta, repetimos, radical. Deparam-se, nomeadamente, direitos, liberdades e garantias no título III da parte I, como já se viu, e noutros títulos e partes da Constituição.

Porque assim é, e porque a direitos de estrutura análoga deveria caber um regime idêntico ou análogo, o art. 17º original (de iniciativa da Comissão de Redacção da Assembleia Constituinte) veio estatuir que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplicaria aos direitos enunciados no título II, aos direitos fundamentais dos trabalhadores, às demais liberdades e ainda a direitos de natureza análoga previstos na Constituição e na lei (40).

---

(40) Sobre o art. 17º inicial, cfr. CASTRO MENDES, *op. cit., loc. cit.*, pp. 106-107; HÖRSTER, *op. cit., loc. cit.*, pp. 94 e 105; ALMENO DE SÁ, «A revisão do Código Civil e a Constituição», in *Revista de Direito e Economia*, nº 2, Julho-Dezembro de 1977, pp. 425 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional.—Direitos Fundamentais*, policopiado, Coimbra, 1977-78, pp. 162-163 e 170-171; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 1ª ed., Coimbra, 1978, pp. 61 e 74 e ss.; Parecer nº 18/78 da Comissão Constitucional, *cit., loc. cit.*, p. 17 e ss., e declarações de voto dos vogais AMÂNCIO FERREIRA e NUNES DE ALMEIDA, *ibidem*, pp. 37 e ss., e 49 e ss.

A expressão «direitos fundamentais dos trabalhadores» prestava-se a não poucas dúvidas. Por princípio, todos os direitos constitucionais (e legais equiparáveis) dos trabalhadores deviam ter-se por direitos fundamentais. Não parecia, todavia, que todos eles, uns com estrutura de direitos, liberdades e garantias, outros com estrutura de direitos sociais, indiscriminadamente, pudessem caber na previsão do art. 17º, porque, pela natureza das coisas, não era de aplicar a direitos sociais o regime concebido nos arts. 18º e seguintes exactamente para direitos de estrutura dos direitos, liberdades e garantias (41). Ou seja: quanto a nós, para efeito do art. 17º, «direitos fundamentais dos trabalhadores» eram apenas direitos, liberdades e garantias dos mesmos.

Houve quem contra-argumentasse alegando que também certos aspectos do regime constante dos arts. 18º a 20º seriam insusceptíveis de aplicação a alguns direitos do título II. Só que isso não impedia que gozassem desse regime, no seu conjunto ou na sua maior parte; pelo contrário, não se via como direitos sociais tais como o direito à assistência material dos desempregados ou à higiene e à segurança no trabalho pudessem (ou possam) beneficiar do princípio da aplicação imediata (art. 18º, nº 1) ou do princípio do carácter excepcional da suspensão (art. 19º).

Alegou-se ainda que a restrição dos direitos de natureza idêntica aos do título II traduzir-se-ia numa inutilização da referência aos «direitos fundamentais dos trabalhadores», que se tornaria supérflua no art. 17º, uma vez que tais direitos viriam a estar incluídos nas «demais liberdades» e nos «direitos de natureza análoga» (42). Não havia tal inutilização porque, desde logo, essa referência —como a das «demais liberdades», que então também seria inútil à face dos «direitos de natureza análoga»— servia de directriz para o intérprete na procura dos direitos de natureza análoga. E, mais que isso, a especificação quer dos direitos fundamentais dos trabalhadores quer das liberdades justificava-se no quadro do projecto constitucional de garantia paralela de uns e outros (43).

A revisão constitucional dissipou estas dúvidas acolhendo o entendimento

---

(41) De resto, havia outras disposições que falavam em direitos dos trabalhadores em sentidos algo diversos: o art. 53º (hoje art. 60º), sobre direitos laborais *stricto sensu*, e o art. 290º, alínea e), já citado.

(42) GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 1ª ed., p. 75.

(43) No sentido de os «direitos fundamentais dos trabalhadores» corresponderem aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, Parecer nº 10/78, de 28 de Março de 1978, da Comissão Constitucional (in *Pareceres*, V, pp. 47 e ss.).

que sustentávamos. Fê-lo, por um lado, transpondo para o título II apenas direitos, liberdades e garantias (e não direitos sociais) dos trabalhadores e, por outro lado, simplificando o próprio art. 17º, que passou a falar unicamente em «direitos enunciados no título II» e «em direitos fundamentais de natureza análoga» (44).

II. Como direitos fundamentais de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do título II encontramos o direito à informação e à protecção jurídica (art. 20º, nº 1), o direito de acesso aos tribunais (art. 20º, nº 2), o direito de resistência (art. 21º), o direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23º), o direito à retribuição do trabalho (art. 60º), a iniciativa privada, cooperativa e autogestionária (art. 61º), o direito de propriedade privada (arts. 62º e 99º), o direito de defesa do ambiente (art. 66º, nº 3), o direito de opção dos trabalhadores das pequenas e médias empresas indirectamente nacionalizadas fora dos sectores básicos da economia pelo regime de autogestão ou de cooperativa (art. 83º, nº 2), o direito de não pagar impostos inconstitucionais (art. 106º, nº 3), os direitos dos consumidores à informação e à reparação dos danos (art. 110º, nº 1) a liberdade de propaganda eleitoral (art. 116º, nº 3, alínea a) (45), o direito de oposição democrática (art. 117º, nº 2), o direito dos partidos à informação (art. 117º, nº 3), o direito de apresentação de candidaturas à Presidência da República (art. 127º, nº 1) e às assembleias de freguesia (art. 246º, nº 2), o direito de ser jurado e juiz popular (art. 217º, nºs 1 e 2), o direito de participar no plenário de cidadãos eleitores nas freguesias de população diminuta (art. 246º, nº 3), o direito de constituir e de participar em organizações populares de base (arts. 263º e 264º), o direito de informação em processo administrativo gracioso (art. 268º, nº 1), o direito de recurso contencioso administrativo (art. 268º, nº 3), as garantias políticas e disciplinares de funcionários (art. 269º, nºs 2 e 3), o direito de defesa da Pátria e de prestação de serviço militar ou cívico (art. 276º), a garantia do emprego por causa desse serviço (art. 276º).

Mais dificilmente integráveis aqui são os direitos dos trabalhadores ao limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas (art. 60º, nº 1, alínea d); os direitos de participação na segurança social (art. 63º, nº 2), na política de família (art. 67º, nº 2, alínea b), na gestão

(44) V. *Diário da Assembleia da República*, 2ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 1ª sessão, nº 101, p. 4159.

(45) Enquanto contenha facultades não compreendidas nas liberdades de expressão, reunião e associação.

das escolas (art. 77º), na defesa dos consumidores (art. 110º, nº 3), na reforma agrária (art. 104º) e na administração pública (art. 267º, nº 4); as garantias das crianças contra todas as formas de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições (art. 69º, nº 2), a autonomia da Universidade (art. 76º, nº 2), e os direitos de organizações populares de base (arts. 118º, 248º e 265º).

Em compensação, nenhuma dificuldade há em admitir direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias apenas previstos na lei. Desde que sejam direitos fundamentais no sentido e no contexto atrás definidos, também poderão ser direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

III. Como há pouco dissemos, o regime de direitos, liberdades e garantias compreende um regime material (arts. 18º e segs.), um regime orgânico (arts. 167º, 168º e 164º) e um regime de limites materiais de revisão constitucional (art. 290º). Quando o art. 17º estipula que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga abrange todas estas regras ou só o regime material?

Temos por seguro que o art. 17º não se reporta senão ao regime material. Situado numa parte de Direito constitucional substantivo e a preceder imediatamente regras dessa índole, não se vê como pudesse cobrir também regras orgânicas e de revisão constitucional com a sua função e a sua lógica próprias; o contrário equivaleria a um alargamento destas regras à margem da *ratio* de cada uma.

Menos aceitável ainda seria admitir que direitos fundamentais criados por lei, de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, tivessem de ser regulados por lei da Assembleia da República, sendo certo que lei formal em Portugal hoje é também o decreto-lei... (46).

IV. Finalmente, o regime dos direitos, liberdades e garantias só se aplica a verdadeiros direitos fundamentais ou aplica-se a todas as figuras contidas no título II da parte parte I, sejam direitos, garantias institucionais ou outras?

Aplica-se a todas as figuras (47), embora, naturalmente, com as variações

---

(46) É a posição que sempre temos defendido: v. *Estudos sobre a Constituição*, I, cit., pp. 392-393. Contra, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 2ª ed., I, p. 161; VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 212.

(47) Neste sentido, CASTRO MENDES, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 109.

decorrentes da sua variedade (sem esquecer as decorrentes da já acenada diversidade de direitos, liberdades e garantias). Como, de resto, o art. 18º, nº 1, sugere aludindo a «preceitos constitucionais», para lá das situações previstas, são as disposições (e os princípios) que se pretende garantir através de um regime específico e reforçado. Quando o art. 17º ou o art. 168º, alínea b), ou o art. 290º, alíneas d) e e), falam em «direitos, liberdades e garantias» reportam-se a tudo quanto conste do título II.

Entender diferentemente (48) seria conceitualismo e envolveria o risco da incerteza ligada a qualificações, ora menos fáceis, ora flutuantes.

## 7. A UNIDADE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

I. A concepção que justifica a maior relevância conferida aos direitos, liberdades e garantias dentre os direitos fundamentais vem a ser, ao cabo e ao resto, a mesma que justifica o relevo a todos estes conferido na organização constitucional da sociedade e do Estado: a concepção que toma a pessoa como princípio e fim dessa sociedade e desse Estado e que, portanto, leva, como já salientámos, a tratar os direitos fundamentais *antes* da organização económica e a proclamar a dignidade da pessoa humana como base primeira da República Portuguesa (art. 1º) e o respeito e a garantia (49) dos direitos e liberdades fundamentais como base do Estado de Direito democrático (arts. 2º e 9º, alínea b).

Pelo menos, quanto aos direitos, liberdades e garantias pessoais, pode bem afirmar-se que a sua fonte ética reside na dignidade da pessoa humana (50).

(48) Como faz VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 210 e 211.

(49) Tal como no preâmbulo se diz «*garantir* os direitos fundamentais dos cidadãos», e não *atribuir*.

(50) Sobre o problema, v. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 40 e ss. Cfr. já F. LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, pp. 17 e 30 e ss. Ou a justificação dada para um preceito introdutório do capítulo de direitos fundamentais a declarar a dignidade humana inviolável, em projecto de revisão total da Constituição suíça: «A protecção da dignidade humana é, de algum modo, o último recurso do direito quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revelasse excepcionalmente ineficaz. Neste sentido, ela é, ao mesmo tempo, o mais primário e o mais subsidiário de todos os direitos» (*Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution, Rapport*, Berna, 1977, p. 34).

II. Não se visa com isto fazer ressurgir as noções ou ilusões oitocentistas do «indivíduo sem individualidade» (51) nem se ignora que cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais pessoas. Pretende-se, sim, frisar que em cada homem e em cada mulher estão presentes as faculdades da humanidade (52) e que todo e qualquer homem, toda e qualquer mulher é irreduzível e insubstituível enquanto tal, enquanto cidadão, enquanto trabalhador (53). E, por isso, completa-se a referência à dignidade da pessoa humana com referência à «mesma dignidade social», que têm todos os cidadãos e todos os trabalhadores (arts. 13º, nº 1, e 60º, nº 1, alínea b), decorrente da inserção numa comunidade determinada (54).

De que não se trata de fazer ressurgir as noções oitocentistas comprova-o exuberantemente o estatuto da propriedade na Constituição. Situando-a entre os direitos económicos, sociais e culturais, e não entre os direitos, liberdades e garantias do título II, a Lei Fundamental de 1976 vem salientar que os

(51) De que, apesar de tudo, poderia ser acusado o art. 1º do Código Civil de 1867, ao dizer: «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações».

(52) Recorde-se que não é exactamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana ou em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa «baseada na dignidade da pessoa humana», a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos. Mas a expressão «dignidade humana» ainda aparece no art. 26º, nº 2, e aparecia no art. 6º, nº 3, da Constituição de 1933.

(53) Não tinha, pois, razão o Deputado ANTÓNIO REIS quando, apesar de se afirmar de acordo com o conteúdo fundamental da expressão «dignidade da pessoa humana», dizia na Assembleia Constituinte que ela permitia introduzir uma dimensão extra-social, individual e, por ventura, metafísica no texto da Constituição (*Diário*, nº 25, p. 624). Cf. a demonstração do contrário em CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, pp. 68 e ss., e 207 e ss.

(54) É curioso realçar a diferente origem das expressões nos projectos de Constituição. Enquanto que «dignidade da pessoa humana» veio do art. 1º do projecto de Constituição do Partido Popular Democrata e do art. 1º da Constituição de Bona, «dignidade social» veio do projecto de Constituição do Partido Socialista e do art. 3º da Constituição italiana.

Na Assembleia Constituinte, chegou a ser proposta a eliminação da referência a dignidade social. Segundo o Deputado VITAL MOREIRA, ela apontaria para um conceito sociológico, insusceptível de homogeneização através duma afirmação jurídica. Em contrapartida, o Deputado JOSÉ LUÍS NUNES justificou-a, sustentando que, desde que se aceitasse a expressão «cidadão», teria que se entender também «a mesma dignidade social». V. o debate in *Diário*, nº 44, pp. 908 e ss.

direitos, liberdades e garantias se reportam ao *ser* da pessoa e não ao *ter*; que a protecção que a pessoa como titular de bens possa merecer na vida económica há-de ser sempre secundária em relação à protecção do *ser*; e que pode a protecção do *ser* de todas as pessoas exigir a diminuição das garantias do *ter* de algumas dessas pessoas (daí a socialização dos principais meios de produção como condição de efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais) (55 e 56).

III. É essa a protecção do *ser* da pessoa que determina, antes de mais, a inexistência em caso algum, da pena de morte (art. 24º, nº 2) e, coerentemente —mas quase ineditamente em Direito comparado— a proibição da extradição por crimes a que corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requisitante (art. 33º, nº 3). Outras manifestações salientes da salvaguarda da dignidade da pessoa humana são também a garantia da integridade pessoal contra a tortura e os tratos e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25º), incluindo em processo criminal (art. 32º, nº 6); os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26º, nº 1); as garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (arts. 26º, nº 2, e 35º); a proibição de penas ou medidas de segurança privativas de liberdade com carácter perpétuo ou duração ilimitada ou indefinida (art. 30º, nº 1); o direito de resposta e rectificação na imprensa (art. 37º, nº 4); a inviolabilidade da liberdade de consciência, religião ou culto (arts. 41º e 43º, nºs 2 e 3); o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal (art. 60º, nº 1, alínea b); o direito à habitação que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (art. 65º, nº 1); a especial protecção da infância, da juventude, dos deficientes e da terceira idade (arts. 69º a 72º).

---

(55) É legítimo, pois, explicar, a exclusão da propriedade do título II da parte I tanto por imperativos socialistas quanto por imperativos personalistas não individualistas.

(56) Observe-se que a desvalorização da propriedade privada não surge apenas na Constituição portuguesa. Por um lado, o art. 17º da Declaração Universal diz que toda a pessoa, *individual ou colectivamente*, tem direito à propriedade e o art. 42º da Constituição italiana diz que a propriedade é *privada e pública*. Por outro lado, não a prevêem os dois Pactos das Nações Unidas, nem a Convenção Europeia, mas só o 1º Pacto Adicional a esta.

Além disso, e apesar de a Constituição não conter uma cláusula geral explícita de tutela de personalidade (57), a ideia de realização pessoal como seu suporte essencial infere-se de todos estes preceitos, do art. 29º, nº 1, da Declaração Universal e, na medida em que o art. 70º do Código Civil encerra um direito autónomo, do art. 16º, nº 1 (58).

IV. O art. 1º da Declaração Universal precisa e explicita a concepção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, das correntes jusnaturalistas donde brotou o constitucionalismo. «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade» (59).

*Dotados de razão e de consciência* —eis o denominador comum a todos os homens que, independentemente ou para além das diferenciações económicas e sociais, determina o reconhecimento, senão de todos os direitos fundamentais, pelo menos, dos direitos, liberdades e garantias pessoais. *Dotados de razão e de consciência* —eis que tais direitos ou, pelo menos, os direitos e garantias pessoais não estão à mercê do Estado-poder, antes encontram o seu fundamento na consciência ética dos homens e dos povos (60).

Enfim, é ainda para uma concepção universalista que apelam a referência do art. 16º, nºs 1 e 3, o art. 15º (princípio de equiparação de direitos dos estrangeiros aos portugueses) e o citado art. 33º.

V. Por referência a um critério valorativo-atento à ideia de Direito expressa na sistematização da Constituição, no art. 19º e no art. 290º —os direitos fundamentais podem dispor-se segundo uma hierarquia:

1º) Os direitos, liberdades e garantias que não podem ser suspensos em caso nenhum, mesmo em estado de sítio —direitos à vida, à integridade

(57) Ao contrário de Constituições que falam num direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como a de Bona (art. 2º), a venezuelana (art. 43º), a turca de 1961 (art. 14º) ou a grega (art. 5º).

(58) Assim RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, «A Constituição e os direitos da personalidade», in *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 194-195.

(59) Também no preâmbulo da Declaração Universal se fala na «dignidade inerente a todos os membros da família humana».

(60) Não tem, pois, razão M. BIGOTTE CHORÃO, «Perspectiva jusnaturalista da revisão constitucional», in *Democracia e Liberdade*, nº 15, Junho de 1980, p. 42, quando sugere estarem os direitos fundamentais na Constituição portuguesa desprovidos de base jusnaturalista, o que os diminui na sua substância e no seu alcance prático.

pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art. 19º, nº 4) (61 e 62).

2º) Os restantes direitos, liberdades e garantias.

3º) Os direitos económicos, sociais e culturais.

Esta hierarquia, a ser verdadeira —como se julga— permite diferenciar bem a Constituição portuguesa, quer das Constituições liberais quer das Constituições marxistas, quer ainda das Constituições autoritárias de qualquer tipo. E não lhe confere um cunho de mero sincretismo; é ou pode ser a base para uma síntese original, sempre no âmbito (insista-se) de um constitucionalismo de tipo ocidental, de um Estado de Direito democrático.

VI. Ou, vistas as coisas, segundo um critério mais formal:

1º) Os direitos, liberdades e garantias que não podem ser suspensos em nenhum caso (art. 19º, nº 4) e devem ter-se por intangíveis em qualquer revisão constitucional (art. 290º, alínea d).

2º) Os direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação política e dos trabalhadores, enunciados no título II da parte I da Constituição aos quais se aplica, na sua plenitude, o regime dos direitos, liberdades e garantias dentro do seu alcance.

3º) Os direitos fundamentais de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do título II, aos quais se aplica, o regime material destes (art. 17º).

4º) Os outros direitos fundamentais constantes da Constituição e da Declaração Universal (direitos fundamentais em sentido formal) que gozam das garantias gerais de fiscalização da constitucionalidade e da revisão constitucional.

---

(61) No texto inicial do art. 19º contemplavam-se somente os direitos à vida e à integridade pessoal. Mas já perante ele sustentávamos, por força do art. 8º, nº 2, e do art. 4º, nº 2, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que a proibição de suspensão abrangia também a não retroactividade da lei penal incriminadora e a liberdade de consciência, religião e culto (*A Constituição de 1976*, cit., p. 356).

Cfr. o art. 4º, nº 2, do Pacto com o art. 15º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

(62) Estes direitos não parece, contudo, que possam reconduzir-se, aos direitos invioláveis de que falam o art. 2º da Constituição italiana e o art. 1º, nº 2, da Constituição alemã federal. É um conceito mais restrito o que pode construir-se a partir do art. 19º, nº 4, da nossa Lei Fundamental. Cfr. PIERFRANCESCO GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Pádua, 1972.

5º) Os direitos fundamentais conferidos por lei e por fontes de direito internacional que devam ser tomados como direitos fundamentais (em sentido material) para efeito do art. 16º, nº 1.

## 8. OS DEVERES NA CONSTITUIÇÃO

I. Não tem a Constituição *ex professo* nenhuma disposição geral sobre deveres, nem uma enumeração de deveres paralela à dos direitos, diferentemente do que fazem ou têm feito outras Constituições (63). É apenas incidentalmente ou por se tratar de deveres mais significativos no âmbito de certos títulos ou capítulos que se deparam referências mais ou menos explícitas a situações jurídicas passivas:

— Na parte I, o dever dos pais de educação dos filhos (art. 36º, nºs 5 e 6), o dever cívico de sufrágio (art. 49º, nº 2), o dever de trabalhar (art. 59º, nº 2), o dever de defender e promover a saúde (art. 64º, nº 1), o dever de defender o ambiente (art. 66º, nº 1), o dever de escolaridade básica [art. 74º, nº 3, alínea a)], o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (art. 78º, nº 1).

— Na parte II, o dever de pagamento de impostos (art. 106º).

— Na parte III, o dever de recenseamento eleitoral (art. 116º, nº 2), o dever de colaboração com a administração eleitoral (art. 116º, nº 4), o dever de obediência de funcionários e agentes (art. 271º, nºs 2 e 3), o dever de isenção partidária dos elementos das Forças Armadas (art. 275º, nº 4), o dever fundamental de defesa da Pátria (art. 276º, nº 1), o dever de serviço militar ou cívico (art. 276º, nºs 2 a 5), os demais deveres decorrentes da organização da defesa nacional [arts. 167º, alínea m), e 139º, nº 3, alínea d)] (64).

II. Há deveres imediatamente exigíveis (o dever de trabalhar ou o de defesa da Pátria, *v.g.*) e deveres não imediatamente exigíveis ou só exigíveis

---

(63) Apesar de ter havido, na Constituinte, debates em geral sobre o assunto: *v. Diário*, nºs 33 a 36, de 20 a 23 de Agosto de 1975, pp. 880 e ss., 900 e ss., 947 e ss. e 974 e ss.

(64) Assim como não são direitos fundamentais as situações jurídicas activas, também não são deveres fundamentais as situações jurídicas passivas dos titulares de órgãos do poder político: os deveres dos Deputados (art. 162º) ou o dever de imparcialidade das entidades públicas nas campanhas eleitorais (art. 116º, nº 3, alínea c).

nos termos da lei (65) (*v.g.*, o dever de imposto ou o de serviço militar); há deveres que vinculam os cidadãos nas suas relações directas com o Estado e deveres que se referem a relações de umas pessoas com as outras pessoas porque a Constituição é também Constituição da sociedade (assim, o dever dos pais para com os filhos); há deveres autónomos (como o de imposto e o de defesa da Pátria) e deveres conexos a direitos (66) (como o de sufrágio); deveres gerais e deveres em função do estado ou de condições particulares (como o dever de isenção partidária dos membros das Forças Armadas); e há deveres de prestação de coisa (tipicamente, o dever de imposto), deveres de prestação de facto positivo (quase todos os restantes e quase todos então infungíveis e pessoalíssimos) e deveres de abstenção (predominante, mas não exclusivamente, o dever de defender o ambiente ou o de isenção partidária).

Todos estes deveres são, porém, verdadeiros deveres jurídicos, porque definidos ou criados por verdadeiras normas jurídicas, as normas constitucionais. Nada permite distinguir obrigações jurídico-constitucionais e deveres cívicos (67), mesmo se a Constituição usa tal termo. O que pode variar é o grau de obrigatoriedade que se queira ligar à existência ou não de sanções e ao tipo de sanções aplicáveis, sabido como as normas constitucionais são, decerto, aquelas em que se deparam mais normas *minus quam perfectae* e *imperfectae*; e o legislador pode impor ou deixar de impor as sanções correspondentes, desde que não contenda com os direitos fundamentais ou que não frustre o alcance das normas constitucionais (68).

III. Seja como for, os deveres constitucionais não esgotam os deveres a que estão ou podem estar adstritos os cidadãos nas relações com o Estado e entre si, como é óbvio; e alguns até são menos gravosos do que deveres ou ónus derivados da lei. Por exemplo, o dever do registro civil (art. 3º, nº 33, da Constituição de 1911, e art. 12º, nº 3, da Constituição de 1933) não deixa de se impor, apesar de não ter passado para a Constituição actual. E também,

---

(65) Algo diversamente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, pp. 141 e ss.

(66) Ou deveres associados a direitos, como lhes chama VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 152 e ss.

(67) Como fazem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, p. 142, e, de certo modo, VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 153-154.

(68) A questão tem sido discutida sobretudo a respeito do dever cívico de voto: v. o nosso «O Direito Eleitoral na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, II, p. 472.

evidentemente (até pela sua conexão com o direito à educação), nada impede que a lei torne obrigatório o ensino secundário, e não apenas o básico.

No entanto, porque falta uma disposição semelhante à do art. 16º, nº 1 —e, num Estado de Direito, não poderia deixar de faltar— tem de se concluir que não existe no Direito português um conceito material de deveres fundamentais paralelo ao de direitos fundamentais. Deveres fundamentais são apenas os que constam da Constituição (69). Quando muito, poderia, porventura, dizer-se que aos direitos, liberdades e garantias corresponde um dever geral de respeito —manifestado, nomeadamente, na vinculação das entidades privadas aos preceitos que lhes respeitam (art. 18º, nº 1)— e que aos direitos económicos, sociais e culturais corresponde um dever geral de solidariedade social.

Há, porém, naturalmente limites a que está sujeito o legislador ordinário na fixação de novos deveres. São essencialmente três esses limites: 1) observância dos princípios da universalidade e da igualdade (arts. 12º e 13º); 2) não imposição, por meio ou a pretexto de deveres, de restrições não autorizadas pela Constituição aos direitos, liberdades e garantias ou que afectem o seu conteúdo essencial (art. 18º, nºs 2 e 3, 2ª parte) (70); 3) necessidade, por isso mesmo, de lei geral e abstracta (art. 18º, nº 3, 1ª parte).

---

(69) Neste sentido, SCHMITT, *Verfassungslehre*, trad. castelhana *Teoría de la Constitución*, México, 1966, p. 203.

(70) Aquando da discussão do art. 18º, nº 2, na Assembleia Constituinte não se conseguiu nenhuma fórmula satisfatória que abrangesse a matéria dos deveres (v. *Diário*, nºs 35 e 36, pp. 947 e ss., e 974 e ss., cit.). Não foi aprovada nenhuma das que foram então apresentadas.

*JURISPRUDENCIA*  
*Estudios y Comentarios*

