

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRP DE 1976:
ZONAS DE DIFERENÇA NO CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
BRASILEIRA DE 1988*

José de Melo Alexandrino

Prólogo

Os direitos fundamentais constituem hoje em dia uma das grandes pontes da cultura jurídica que une Portugal e o Brasil.

Na realidade, desde a revolução liberal de há 190 anos e desde a primeira Constituição brasileira (de 1824), os direitos fundamentais contam nos nossos dois países uma *história paralela*: idêntico é o *tempo dos direitos* (ou seja, o lapso de tempo decorrido entre a adopção do primeiro texto constitucional e o momento a partir do qual se pode considerar que os direitos da pessoa humana são efectivamente reconhecidos e garantidos)¹, que se situa, em ambos os casos, em torno dos 160 anos e chegando, em ambos os casos, apenas com a última Constituição; é visível neste domínio a formidável *influência recíproca* entre as duas experiências constitucionais (quer ao nível dos textos, quer ao nível da jurisprudência, quer ao nível da doutrina); neste domínio em especial, é bem visível o *aprofundamento do diálogo* e da observação recíproca².

A minha intenção, em todo o caso, não é a de acentuar as linhas de comunhão, mas sim a de pôr em realce, por contraste, quatro *zonas de diferença* presentes na Constituição da República Portuguesa de 1976 (abreviadamente, CRP), presumindo, por conseguinte, o conhecimento natural dos correspondentes elementos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

* Tópicos da lição proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2 de Fevereiro de 2010, a juristas brasileiros da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

¹ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Estoril, 2007, p. 17.

² Para dois exemplos recentes, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O princípio da proibição do retrocesso social*, Porto Alegre, 2010; Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, 2010.

Por essa via, é possível alcançar *três objetivos*: (i) dar a conhecer essa dimensão do sistema constitucional português; (ii) proceder a um exercício implícito de comparação jurídica³; (iii) proporcionar uma actualização a respeito das orientações doutrinárias existentes na matéria em análise.

Para o efeito que aqui interessa, onde não será considerada a dimensão adjectiva ou processual, identifiquei quatro zonas de diferença no tratamento dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa. Dizem elas respeito:

- 1) À maior preocupação revelada pelo constituinte português ao nível da *sistematização e da positivação* dos direitos fundamentais;
- 2) À *divisão* estabelecida na CRP entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais;
- 3) À diferente configuração dada à *cláusula aberta*;
- 4) Ao desenvolvimento concedido às regras *sobre* direitos fundamentais.

Vejamos então alguns tópicos a respeito de cada uma destas zonas de diferença, tendo presente no entanto duas coisas: por um lado, que sobre cada uma dessas matérias está longe, muito longe, de existir um consenso doutrinário; por outro, que só muito modestamente os tribunais têm contribuído para realizar o potencial da Constituição, estando por isso a Ciência do Direito forçosamente confinada a um diálogo preferencial com a doutrina.

1. Sistematização e positivação dos direitos fundamentais

O primeiro plano refere-se portanto à sistematização e à positivação dos direitos fundamentais, podendo aí identificar os seguintes cinco aspectos:

- 1) A CRP reservou toda a sua Parte I (do artigo 12.º ao 79.º) aos “Direitos Fundamentais”, estando a mesma dividida em três títulos (o título I sobre “princípios gerais”, o título II sobre “direitos, liberdades e garantias” e o título III sobre “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”);

³ Sobre as questões do método neste domínio, Dário Moura Vicente, *O Direito Comparado após a reforma de Bolonha*, Coimbra, 2009, pp. 17 ss., 72 ss.

- 2) Além dessa extensão e sistemática, a Constituição fixou uma série de designações relevantes: “direitos fundamentais” (as situações jurídicas básicas das pessoas reconhecidas nos artigos 24.º a 79.º da Constituição ou que sejam como tais admitidas pela Constituição), “direitos, liberdades e garantias” (os direitos fundamentais previstos nos artigos 24.º a 57.º da Constituição), “direitos fundamentais de natureza análoga” (os direitos ou posições jusfundamentais que, não estando previstos nos artigos 24.º a 57.º da Constituição, tenham um objecto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdades e garantias)⁴;
- 3) A CRP admitiu expressamente a existência de direitos fundamentais fora do catálogo (artigo 17.º);
- 4) Os direitos fundamentais fora do catálogo são essencialmente direitos equivalentes a direitos, liberdades e garantias (e não a direitos sociais, como em boa medida sucede na Constituição brasileira ou como sucedia na Constituição portuguesa de 1933);
- 5) A Constituição preocupou-se (nos seus artigos 12.º ao 23.º, nomeadamente) com uma definição exaustiva de regras de regime aplicáveis quer aos direitos fundamentais em geral (artigos 12.º a 16.º, 20.º, 23.º, etc.), quer aos direitos, liberdades e garantias em especial (artigos 18.º, 19.º, 21.º), quer a um determinado círculo de direitos (artigo 17.º).

2. Divisão entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais

Uma das verdadeiras *marcas* da CRP (e agora também da nova Constituição angolana de 2010, que nesta parte se apresenta como sua fiel seguidora)⁵ é o realce dado à *distinção paradigmática*⁶ entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais.

⁴ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 30-31.

⁵ Constituição promulgada em 5 de Fevereiro de 2010, após o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 111/2010, de 30 de Janeiro, e o consequente expurgo pela Assembleia Nacional das duas situações de inconstitucionalidade detectadas nos artigos 132.º e 109.º da nova Constituição (por ofensa de dois dos limites materiais enunciados no artigo 159.º da Lei Constitucional de 1992).

⁶ Reconhecendo que assim é também em termos históricos e jusinternacionais, Jorge Miranda, «O sistema português de direitos fundamentais – brevíssima nota», in *Revista de Direito Público*, n.º 1 (2009), p. 129 [129-137].

2.1. Num escrito recente, o Professor Jorge Miranda notou particularmente indícios da distinção⁷: (i) na definição das tarefas do Estado; (ii) na expressa previsão de um regime material aplicável (apenas) aos direitos, liberdades e garantias; (iii) na colocação sistemática dessas duas categorias de direitos em dois títulos; (iv) nas diferentes regras sobre reserva de competência da Assembleia da República; e (v) na colocação apenas dos direitos, liberdades e garantias entre os limites materiais de revisão constitucional (as chamadas cláusulas pétreas, no Brasil).

2.2. Diferentes são no entanto na doutrina⁸ (e mesmo na jurisprudência) as orientações acerca do *critério de distinção*, do *alcance* da distinção e, na última década também, acerca do *regime jurídico aplicável* às duas categorias de direitos fundamentais.

Recentemente, o Professor Jorge Miranda veio a proceder a uma revisão do assunto, na base das seguintes orientações essenciais⁹: (1) a afirmação de que o dualismo não impede a existência de formas de tutela próximas das aplicáveis aos direitos, liberdades e garantias¹⁰; (2) a afirmação de que as normas de direitos sociais não deixam de possuir sempre importantes efeitos jurídicos, ao passo que deve ser relativizada a determinabilidade do conteúdo dos direitos, liberdades e garantias, que de resto também possuem elementos de direitos positivos¹¹; (3) a reconfiguração do regime aplicável, em quatro níveis (distinguindo agora entre princípios comuns e princípios comuns com diferenciação)¹².

Assinalada esta *revisão* (e estando relativamente ao Professor Gomes Canotilho numa situação de *expectativa*)¹³, podemos dizer que se confrontam hoje na doutrina duas correntes nítidas: (i) uma no sentido da *reafirmação da distinção* e do dualismo entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais (caso de José Carlos Vieira de Andrade, entre outros); (ii) uma segunda no sentido contrário, tentando *relativizar ao máximo essa distinção* e defendendo mesmo uma unidade dogmática e de regime entre

⁷ *Ibidem*, pp. 129-130.

⁸ Para uma visão abrangente, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 212 ss.; para uma reavaliação recente no Brasil, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O princípio da proibição...*, pp. 41 ss.; procurando o assentamento das bases de uma dogmática unitária, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010 [no prelo].

⁹ Jorge Miranda, «O sistema português...», p. 130.

¹⁰ Jorge Miranda, «O sistema português...», p. 130.

¹¹ Jorge Miranda, «O sistema português...», pp. 130 ss.

¹² Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 4.^a ed., Coimbra, 2008, pp. 231 ss.; Id., «O sistema português...», pp. 134 ss.

¹³ Uma vez que a última edição do “Manual” remonta ao ano de 2003 e face aos dados que vão sendo deixados pelo grande constitucionalista de Coimbra (assim, por exemplo, diversos dos textos publicados em J. J. Gomes Canotilho, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2006).

essas duas categorias de direitos fundamentais (casos de Jorge Reis Novais, Rui Medeiros, Vasco Pereira da Silva, entre outros).

O Tribunal Constitucional parece situar-se a meio caminho¹⁴.

2.3. Apesar da retórica e das aparências (de que, a meu ver, é elemento a doutrina da indivisibilidade, no plano do Direito internacional), penso que a razão está com a primeira dessas correntes. E isto, quer no plano filosófico e no da realidade social (ou seja, no das necessidades humanas a que o Direito deve atender), quer no plano político, quer no plano técnico-jurídico.

- a) Quanto à *distinção entre as duas categorias* de direitos fundamentais, a mesma deve ser procurada na base de uma perspectiva abrangente, que considere a dimensão histórica, a dimensão jurídico-positiva e a dimensão analítica¹⁵.
- b) Quanto ao *significado da distinção*, antes de mais o mesmo «reside na existência, dentro da Constituição, de *dois tipos* (juridicamente diferenciados) *de direitos fundamentais*: por um lado, é diferenciado o grau de vinculatividade das respectivas normas; por outro lado, relativamente aos direitos económicos, sociais e culturais, têm de ser deixadas ao legislador democrático as opções sobre a afectação dos recursos, bem como o primado da respectiva concretização; em terceiro lugar, nestes direitos, a dimensão objectiva (princípios e deveres) tem precedência sobre a dimensão subjectiva (direitos subjectivos)»¹⁶.
- c) Em todo o caso, isso não quer dizer «que a divisão entre esses dois tipos de direitos fundamentais seja absolutamente radical ou que não haja mecanismos de ligação entre eles. Um desses mecanismos é o artigo 17.º da Constituição, que desempenha um papel de verdadeira “norma de articulação” entre esses dois conjuntos»¹⁷.
- d) A Constituição portuguesa acabou assim por optar por uma solução intermédia relativamente ao estatuto dos direitos sociais, solução que se traduz no seguinte: «1.º) *em regra*, os conteúdos de direitos económicos, sociais e culturais não estão constitucionalmente determinados, sendo o grau, extensão, ritmo e evolução da respectiva fixação deixados ao desenrolar do processo político

¹⁴ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 599 ss.

¹⁵ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 41-42.

¹⁶ *Ibidem*, p. 42.

¹⁷ *Ibidem*, p. 42.

democrático (*primado da concretização legislativa*); 2.º) no entanto, é imediatamente fixada uma série de imposições concretas que obriga à *institucionalização básica* dos princípios de direitos económicos, sociais e culturais, a que o legislador não pode escapar (*premência institucionalizadora*); 3.º) um grau de protecção assimilável à dos direitos subjectivos fundamentais é apenas configurável em situações excepcionais (*efectividade excepcional*)»¹⁸.

3. Configuração dada à cláusula aberta

Embora Portugal tenha recebido a figura da experiência brasileira, são essencialmente diferentes a origem, o fundamento e a configuração da cláusula aberta nas duas Constituições – apesar de nem sempre esse aspecto estar devidamente assinalado na doutrina.

Semelhanças existem sim a outros níveis: ao nível de uma certa *recepção mecânica*¹⁹; ao nível da *função* desempenhada pela cláusula aberta: nos dois casos, parece tratar-se essencialmente de uma regra de interpretação constitucional²⁰ (implicando ainda uma exigência de fundamentalidade material)²¹; e ao nível do desprezo que lhe tem votado a jurisprudência²².

Nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da CRP, “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

As diferenças (face ao paradigma decorrente do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição brasileira) são basicamente as seguintes:

- 1.ª) Quanto à origem e fundamento, não colhe na Constituição portuguesa nem a explicação jusnaturalista, nem a justificação federalista (que têm algum sentido no caso do artigo 78.º da Constituição brasileira de 1891) – o fundamento da cláusula aberta na CRP reside essencialmente na vontade do constituinte;

¹⁸ *Ibidem*, p. 45, nota 92.

¹⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, p. 73.

²⁰ Por todos, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 386 ss.

²¹ No Brasil, por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10.ª ed., Porto Alegre, 2009, pp. 78 ss.

²² Sobre o assunto, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 375 ss., 620 ss.

- 2.^a Na Constituição portuguesa, os direitos constitucionais fora do catálogo são reconhecidos *expressamente* (artigo 17.º), sem recurso à cláusula aberta (o mesmo se poderia dizer, por exemplo, da Constituição alemã);
- 3.^a) Na Constituição portuguesa, *tão-pouco a admissão de direitos implícitos* nos princípios constitucionais requer a utilização da cláusula aberta (veja-se o caso paradigmático do direito ao mínimo de existência condigna)²³;
- 4.^a) A Constituição portuguesa admite como fonte de reconhecimento não só a norma de tratado internacional como também a norma de *costume internacional* e a norma de *fonte legal*;
- 5.^a) Não há na CRP necessidade de distinguir terminologicamente entre direitos implícitos e direitos decorrentes do regime e dos princípios (querendo-me parecer que tão-pouco essa distinção faça sentido no Brasil)²⁴;
- 6.^a) A Constituição portuguesa não resolve inteiramente o problema do regime aplicável aos direitos de fonte extraconstitucional²⁵.

4. Proliferação de regras *sobre* direitos fundamentais

O último dos aspectos a considerar prende-se com a exuberância na Lei Fundamental portuguesa de regras constitucionais relativas ao regime dos direitos fundamentais (ou regras *sobre* direitos fundamentais, segundo a sugestão alemã).

4.1. Há designadamente na Constituição portuguesa regras que reconhecem um papel à *Declaração Universal dos Direitos do Homem* em matéria de interpretação e integração das normas de direitos fundamentais (artigo 16.º, n.º 2); há uma regra importantíssima que determina que o regime dos direitos, liberdades e garantias é aplicável aos direitos fundamentais *de natureza análoga* (artigo 17.º); prevê-se expressamente a *vinculação das entidades privadas* pelas normas de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1); são definidas diversas regras em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente a do *carácter excepcional* dessas restrições e a da vinculação às exigências do princípio da

²³ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 626 ss.; por último, em perspectiva luso-brasileira, Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo...*, pp. 91 ss.

²⁴ Neste sentido há muito se pronunciou, contra a doutrina dominante no Brasil, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e do Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, 1996.

²⁵ Sobre algumas destas hesitações, Sérvulo Correia, *Direitos Fundamentais – Sumários*, Lisboa, 2002, pp. 55 ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 75 ss.

proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2); é expressamente consagrado o critério do respeito pelo *conteúdo essencial* dos preceitos de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3).

4.2. Porém, a respeito de todas e de cada uma destas regras da CRP, são bem visíveis – e até certo ponto salutares – as divergências na doutrina.

- a) Relativamente ao papel da DUDH, há por um lado um orientação absolutizadora, uma orientação intermédia e orientações relativizadoras, sendo certo que o Tribunal Constitucional tem passado ao lado da utilização desse recurso²⁶.
- b) Relativamente aos direitos fundamentais *de natureza análoga*, tem havido algumas hesitações quando à definição do critério relevante, quanto à possibilidade de extensão a direitos extraconstitucionais e quanto ao regime aplicável a esses direitos (sendo dominantes na doutrina e no Tribunal Constitucional o critério da determinabilidade do conteúdo do direito e a extensão de todo o regime dos direitos, liberdades e garantias)²⁷.
- c) Relativamente à *vinculação das entidades privadas*, uma importante corrente doutrinária repudia a doutrina dos efeitos directos, havendo também um sector que prefere a doutrina dos deveres de protecção, negando em qualquer desses dois casos aquilo que pareceria decorrer da letra da Constituição²⁸.
- d) Relativamente à regra do artigo 18.º, n.º 2, que postula o carácter excepcional das restrições, já se defenderam todas as teses²⁹: desde a da relevância absoluta, a da irrelevância e a da relevância relativa (que me parece a posição mais ajustada)³⁰.
- e) Também relativamente ao critério do respeito pelo *conteúdo essencial* dos direitos, liberdades e garantias, parece engrossar a corrente relativizadora do papel e da utilidade desse mecanismo constitucional³¹.

²⁶ Para uma síntese, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 328 ss.

²⁷ Sobre o estado da discussão, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 258 ss.

²⁸ Para uma síntese, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 92 ss.; para um desenvolvimento, Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, 2005; na literatura brasileira, Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, reimp., São Paulo, 2009, pp. 66 ss.

²⁹ Para o correspondente arrolamento, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 443 ss.

³⁰ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 454 ss.

³¹ Paradigmaticamente, na doutrina portuguesa, Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 779 ss.; na doutrina brasileira, por último, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, 2009, pp. 183 ss.

Epílogo

Talvez não devesse ser ainda silenciado o facto de a Constituição portuguesa dos direitos fundamentais aparecer, pelo menos desde 1 de Dezembro de 2009, integrada por uma Carta de direitos fundamentais da União Europeia (agora vinculativa, na sequência do Tratado de Lisboa).

Que deveremos dizer dessa relação?

Mais uma vez, também aqui as perspectivas são diferentes de autor para autor e são diferentes conforme o ângulo de observação for o do Direito interno ou o do Direito da União Europeia³².

Pessoalmente, entendo que os direitos da Carta de direitos fundamentais da União Europeia nem são direitos fundamentais (porque não descrevem uma relação da pessoa com o Estado assente na Constituição), nem perturbam os direitos fundamentais da Constituição (pois estes reentram nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático referidos nos artigo 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 4, da CRP)³³; de resto, penso que se deveria ter atentado melhor na experiência de verdadeiras federações (como os Estados Unidos ou a Austrália) para verificar como uma vinculação prematura dos Estados membros a um catálogo uniforme de direitos fundamentais não faça sentido.

Sob o ângulo do Direito interno, não só os Estados continuam a ser os “Senhores dos Tratados”, como o Tribunal Constitucional não pode abdicar da *fidelidade* ao controlo da legitimidade constitucional das normas de Direito europeu; sob o ângulo do Direito da União Europeia, os ordenamentos estaduais são vistos como «parte integrante de um universo global»³⁴, arrogando-se também aí, sem surpresa de maior, o Tribunal de Justiça da União a competência da competência.

³² Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra, 2006, pp. 324 ss. [295-331].

³³ Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados...», p. 319 ss.

³⁴ Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados...», p. 330.