

JORGE MIRANDA

MANUAL
DE DIREITO
CONSTITUCIONAL

DIREITOS FUNDAMENTAIS

TOMO IV

5.^A EDIÇÃO



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

b) Em alguns casos, são deveres ligados à vida económica, social e cultural que assumem relevância constitucional, por, sem o seu cumprimento, se frustrarem a efetivação de direitos fundamentais ou de interesses difusos e as correspondentes incumbências do Estado (v. g., os deveres de escolaridade básica ou de defesa do ambiente, incidíveis dos direitos e das incumbências respeitantes à educação e ao ambiente).

Se seria forçado afirmar que as normas prescritivas de deveres equivalem, no fundo (ou equivalem sempre), a normas permissivas de intervenção do Estado, seguro é que, numa forma ou doutra, acarretam (ou podem acarretar) limites e restrições de direitos. Por isso, a sua interpretação e a sua aplicação não podem fazer-se em termos idênticos aos da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais e requerem particularíssimos cuidados ⁽¹⁾.

§ 3.º

Categorias de direitos fundamentais

22. As classificações

Os direitos fundamentais constituem, em cada ordenamento constitucional, uma unidade. Mas isso não significa que não possam ser estabelecidas categorias, a partir de diferentes ângulos.

(1) Cfr. CARL SCHMITT, *op. cit.*, págs. 202-203; SANTI ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milão, reimpressão, 1953, págs. 91 e segs.; GIORGIO LOMبارDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milão, 1967; SANTIAGO VARELA DIAZ, *La idea de deber constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, págs. 69 e segs.; BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA e VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, págs. 41-42; ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Pádua, 1985, págs. 11 e segs.; CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1997, *maxime* págs. 35 e segs.; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Los deberes constitucionales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Maio-Agosto de 2001, págs. 11 e segs.; SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, págs. 113 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., págs. 531 e segs.; FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE LIMA, *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*, in *Constituição e Cidadania — Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, obra coletiva (coordenação de Paulo Bonavides, Francisco Gerson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê), São Paulo, 2006, págs. 140 e segs.; BIDO PIEROTH e BERNHARD SCHLINK, *Grundrechte-Staatsrecht*, II, 2007, trad. portuguesa *Direitos Fundamentais — Direito Estadual*, II, Lisboa, 2007, págs. 60 e 61 (criticamente); INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia ...*, cit., págs. 226 e segs.; CARLOS RÁTIS MARTINS, *Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais*, Salvador, 2011.

Quanto à estrutura e ao conteúdo, para além da divisão tripartida de JELLINEK em *status libertis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*, distinguiremos direitos de agir e direitos de exigir e direitos de existência, direitos de liberdade, direitos de participação, direitos de prestações e direitos de defesa.

No tocante aos sujeitos, consideraremos, por um lado, direitos fundamentais individuais e institucionais; por outro lado, direitos comuns e direitos particulares; e, por outro lado ainda, direitos do homem, do cidadão e do trabalhador.

Quanto ao exercício, direitos de exercício individual, de exercício coletivo e de exercício individual e coletivo simultaneamente.

No respeitante ao objeto, em primeiro lugar, direitos pessoais, sociais e políticos; depois, direitos gerais e especiais; e, por fim, direitos fundamentais materiais e procedimentais.

Numa visão mais complexa, por último, prestaremos atenção às garantias, também elas, apesar de instrumentais, suscetíveis de ser tomadas como direitos e sem se confundirem com as garantias institucionais.

Já a dicotomia direitos, liberdades e garantias — direitos económicos, sociais e culturais, consagrada na Constituição e em instrumentos internacionais, será analisada no momento próprio, o do atual sistema português de direitos fundamentais.

23. *Status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*

I — Não obstante as reservas que registámos à doutrina dos direitos subjetivos públicos de JELLINEK, justifica-se pelo seu imenso interesse considerar a classificação que apresenta, globalizando os direitos por referência a posições jurídicas diferenciadas perante o Estado, em sucessivos estatutos jurídico-públicos.

Escreve JELLINEK:

«Pelo facto de pertencer ao Estado, de ser dele membro, o indivíduo qualifica-se sob diversos aspetos. As possíveis relações nas quais pode encontrar-se com o Estado colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes.

«... Por virtude da subordinação ao Estado, que forma a base de qualquer atividade estadual, o indivíduo, na esfera dos seus deveres individuais, encontra-se no *status passivo*, no *status subjectionis*, de que fica

excluída a autodeterminação e, portanto, a personalidade. Uma personalidade absoluta do indivíduo, não subordinada de nenhuma maneira à vontade do Estado, é uma conceção incompatível com a natureza do Estado e que somente aparece na mística personalidade preestadual ligada a especulações de direito natural. Qualquer personalidade é relativa, ou seja, limitada; e também o é a personalidade do Estado.

«Chamado a desenvolver determinadas tarefas, o Estado aparece igualmente limitado na sua capacidade de agir, por efeito do dever moral que lhe incumbe de reconhecer a personalidade dos súbditos; e a isso fica juridicamente obrigado por força do seu próprio ordenamento jurídico. A relação entre o Estado e cada pessoa faz-se, assim, de tal sorte que um e outro surgem como duas grandezas que se implicam reciprocamente. Com o desenvolvimento da personalidade individual diminui a extensão do *status passivo* e com isso o campo da autoridade do Estado. A história política moderna tem por conteúdo o constante desenvolvimento da personalidade individual e da limitação do poder...

«A soberania do Estado é um poder objetivamente limitado, que se exerce no interesse geral. E é uma autoridade exercida sobre pessoas, que não estão em tudo e por tudo subordinadas, é uma autoridade exercida sobre homens livres. Ao membro do Estado pertence, por isso, um *status*, em que é senhor absoluto, uma esfera livre do Estado, uma esfera que exclui o *imperium*. Tal vem a ser a esfera da liberdade individual, do *status negativo*, do *status libertatis*, dentro da qual são prosseguidos os fins estritamente individuais mediante a livre atividade do indivíduo.

«Toda a atividade do Estado desenvolve-se no interesse dos súbditos. Quando ele, na realização das suas tarefas, reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder público atue em seu favor, quando lhe dá a faculdade de servir-se das suas instituições, quando, numa palavra, o Estado concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas, está-lhe reconhecendo o *status positivo*, o *status civitatis*, o qual se apresenta, pois, como o fundamento do complexo das pretensões estatais no interesse individual.

«A atividade do Estado só se torna possível através de ação de indivíduos. Quando o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promove-o a uma condição mais elevada, mais qualificada, promove-o à cidadania ativa. Esta corresponde ao *status ativo*, ao *status activae civitatis*, com o qual o indivíduo fica autorizado a exercer os chamados direitos políticos em sentido estrito.

«Nestes quatro *status* — passivo, negativo, positivo e ativo — se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspetos sob os quais pode considerar-se a situação de direito

público do indivíduo. Estes quatro *status* formam uma linha ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo, pelo facto de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício do poder político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do *imperium* do Estado» ⁽¹⁾.

II — Como resulta da transcrição feita, são três as categorias de direitos que vêm a ser recortadas: *direitos de liberdade*, que têm por objeto a expansão da personalidade sem interferência do Estado; *direitos cívicos* (em certo sentido adotado pela doutrina), os quais têm por objeto prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade no seu conjunto no interesse dos súbditos ⁽²⁾; e *direitos políticos*, os quais têm por objeto a interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação da sua vontade ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

O quadro proposto corresponderia, de certa maneira, ao processo de emancipação da pessoa humana. No entanto, está longe de ser confirmado pela história: recordem-se a democracia ateniense com o seu défice de liberdade individual e o Estado liberal com direitos políticos e sem direitos sociais. A história aponta, antes, para a interdependência dos diversos direitos.

24. Direitos de agir e direitos de exigir

Tomando como referência a Constituição portuguesa — ou qualquer outra de Estado social de Direito — facilmente se enxerga a grande diversidade de estrutura e de conteúdo dos direitos que consigna.

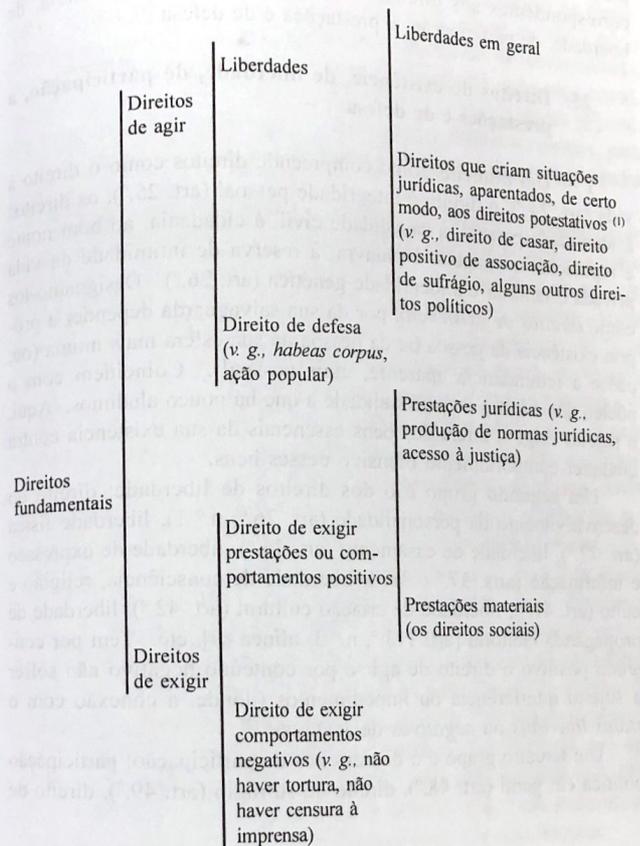
⁽¹⁾ *Sistema...*, cit., págs. 96 e segs. V. também *Teoria General del Estado*, cit., págs. 313 e segs.

⁽²⁾ Para uma análise, cfr., por todos, ROBERT ALEXY, *op. cit.*, págs. 247 e segs. Cfr., por exemplo, ROCHA SARAIVA, *op. cit.*, II, págs. 89 e segs.

⁽³⁾ Cfr. a classificação alvitada por BARBOSA DE MELO (*Democracia e Utopia*, Porto, 1980, págs. 27 e segs.), distinguindo os direitos fundamentais em direitos políticos, cívicos e de liberdade, consoante se polarizem em torno da ideia de igualdade, da de fraternidade e da de liberdade.

⁽⁴⁾ Poderia, porém, anotar-se ser a classificação incompleta, por não incluir os direitos patrimoniais: assim, SANTI ROMANO, *La teoria...*, cit., *loc. cit.*, págs. 141 e segs.

Uma dicotomia básica é de direitos de agir e de direitos de exigir, segundo este esquema:



⁽¹⁾ E aproximados das *competências*, de que fala ALEXY, para quem os direitos fundamentais se repartem por direitos a alguma coisa, a ações positivas ou a ações negativas, liberdades e competências. V. *Teoria...*, págs. 186 e segs.

Mas esta classificação afigura-se demasiado abstrata. Parece preferível outra voltada para o conteúdo e para os bens jurídicos correspondentes aos direitos — donde direitos de existência, de liberdade, de participação, a prestações e de defesa ⁽¹⁾.

25. Direitos de existência, de liberdade, de participação, a prestações e de defesa

I — Um primeiro grupo compreende direitos como o direito à vida (art. 24.º), o direito à integridade pessoal (art. 25.º), os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva de intimidade da vida privada e familiar e à identidade genética (art. 26.º). Designamo-los como *direitos de existência*, por da sua salvaguarda depender a própria existência da pessoa ou da pessoa na sua esfera mais íntima (ou, passe a redundância aparente, mais pessoal). Coincidem com o núcleo dos direitos de personalidade a que há pouco aludimos. Aqui, o sujeito *exige* a tutela dos bens essenciais da sua existência contra qualquer comportamento ofensivo desses bens.

Um segundo grupo é o dos direitos de liberdade: direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1), liberdade física (art. 27.º), liberdade de casamento (art. 36.º), liberdade de expressão e informação (arts. 37.º e 38.º), liberdade de consciência, religião e culto (art. 41.º), liberdade de criação cultural (art. 42.º), liberdade de propaganda eleitoral [art. 113.º, n.º 3, alínea a)], etc. Têm por conteúdo positivo o direito de agir e por conteúdo negativo não sofrer o sujeito interferência ou impedimentos (donde, a conexão com o *status libertatis* ou *negativos* de JELLINEK ⁽²⁾).

Um terceiro grupo é o dos direitos de participação: participação política em geral (art. 48.º), direito de sufrágio (art. 49.º), direito de

⁽¹⁾ Cfr. a sistematização dos direitos fundamentais que apresentámos em *Um projecto de Constituição*, Braga, 1975, e em *Uma Constituição para Timor*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, págs. 942 e segs.

⁽²⁾ Cfr. a distinção entre a liberdade negativa (não interferência) e a liberdade positiva (autogoverno) de ISALAH BERLIN, *op. cit.*, págs. 70 e segs. e 133 e segs.

acesso a cargos públicos (art. 50.º), direito de ação popular [art. 52.º, n.º 3, alínea b)], direito de petição-representação (art. 52.º, n.ºs 1 e 2), direito de participação das organizações de trabalhadores na elaboração de legislação do trabalho [arts. 54.º, n.º 5, alínea a)], e 56.º, n.º 1, alínea a)], direitos de participação das associações de consumidores, de associações representativas de beneficiários da segurança social, de famílias [arts. 60.º, n.º 3, 63.º, n.º 2, e 67.º, n.º 2, alínea g)], etc. São também direitos de agir — de agir, por diferentes modos, para a conformação de atos ou atividades do Estado e de outras entidades públicas.

Surgem depois os direitos a prestações: direito à administração da justiça (arts. 20.º, n.º 1, e 202.º), direito dos trabalhadores a assistência material quando, involuntariamente, se encontrem em situação de desemprego [art. 59.º, n.º 1, alínea e)], direitos à segurança social (art. 63.º), à proteção da saúde (art. 64.º), à habitação (art. 65.º), ao ensino (art. 74.º), etc. São também direitos de exigir, de exigir o acesso a certos bens e serviços ao Estado e a outras entidades — incluindo em certos termos — entidades da sociedade civil. E neles dominam os direitos sociais ou direitos económicos, sociais e culturais.

Uma quinta categoria vem a ser a dos direitos de defesa: direito a tutela jurisdicional efetiva de direitos e interesses legalmente protegidos (arts. 20.º e 268.º, n.ºs 4 e 5), direito de resistência (arts. 21.º, 103.º, n.º 3, e 271.º, n.º 3), direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23.º), direito de requerer *habeas corpus* (art. 31.º), direitos de arguidos em processo penal (art. 31.º), direito de defesa em caso de expulsão ou extradição (art. 33.º), direito à objeção de consciência (arts. 41.º, n.º 6, e 276.º, n.º 4), direito à greve (art. 57.º), direitos dos arguidos em processo disciplinar (art. 269.º, n.º 3), direito de recorrer para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada [art. 280.º, n.º 1, alínea b)]. Aqui, de novo, há uma atividade das pessoas, mas especificamente voltada para a salvaguarda dos seus direitos.

II — Poderia tender-se a qualificar os direitos de liberdade, de participação e de defesa como direitos de conteúdo ativo e os direitos de existência e a prestações direitos de conteúdo passivo. Direitos de conteúdo ativo, aqueles, por o seu exercício consistir sempre

num comportamento do sujeito; e direitos de conteúdo passivo estes, por nestes avultar, para efeitos de proteção jurídica, um comportamento de outrem, desfavorável no caso dos direitos de existência, favorável no caso dos direitos a prestações.

Seria, porém, levar demasiado longe a contraposição e esquecer que se descortinam duas ou mais vertentes, embora em medida variável, em quase todos os direitos.

Por outro lado, a liberdade ou a ideia de liberdade aparece em quase todos os direitos. Os direitos de participação são também direitos de liberdade, os direitos de defesa pressupõem decisão de escolha do tempo e do modo respetivos pelo sujeito e até os direitos a prestações podem envolver manifestações de liberdade e participação.

III — Aos direitos correspondem outros tantos deveres do Estado: deveres de proteção quanto aos direitos de existência e de liberdade; aos direitos de participação e de defesa deveres de organização e de procedimento; aos direitos a prestações deveres de prestação.

No fundo, todos se reconduzem a deveres de prestação: de prestação predominantemente jurídica os deveres de proteção e os de organização e procedimento; deveres de prestação predominantemente material os deveres de prestação em sentido estrito (correspondentes aos direitos de prestação também em sentido estrito que são os direitos sociais).

26. Direitos de liberdade e direitos sociais

I — Nos direitos de liberdade, parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de situações de necessidade e de desigualdades de facto — umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc.) — e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afetada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos de liberdade, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder; com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns, é a liberdade atual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efetiva que se começa a realizar.

Os direitos de liberdade são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à proteção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* ⁽¹⁾ e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O escopo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder ⁽²⁾, o destes é a organização da solidariedade ⁽³⁾.

Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la; e também a unidade do sistema jurídico ⁽⁴⁾ impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.

Indissociáveis, pois, uns dos outros, direitos de liberdade e direitos sociais inserem-se numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica como um todo ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Como dissemos na Assembleia Constituinte, a liberdade é a liberdade-autonomia do homem perante outros homens e perante o Estado, é a liberdade-participação no Governo e na administração, mas é também (aqui parafraseando Franklin D. Roosevelt) a liberdade-libertação da miséria, da insegurança e da necessidade (v. *Diário*, sessão de 4 de Julho de 1975, pág. 275).

⁽²⁾ Assim, JELLINEK, *La Déclaration*, cit., loc. cit., pág. 399.

⁽³⁾ Cfr. a noção de *status positivus socialis*, por exemplo, em INGO WOLFGANG SARLET, *op. cit.*, págs. 282 e segs.

⁽⁴⁾ Cfr. GEORGES VLACHOS, *La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1972, págs. 310 e segs.

⁽⁵⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito ...* cit., pág. 403; ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e*

Este o postulado de base. Não obstante, há diferenças de estrutura, de realização e, consequentemente, de regimes que não podem ser obnubilados.

II — Os direitos de liberdade e os direitos sociais distinguem-se não apenas pelos diversos significados e funções jusfundamentais que envolvem (como acaba de se sublinhar) mas também pela sua estrutura, pelo modo como são consignados e pelas condições de efetivação. O que não se justificaria seria empolar a distinção, vendo-os como compartimentos estanques, ou, ao invés, tender a apagá-la ou a desvalorizá-la, mesmo se se descobrem elementos reais de aproximação.

A diferença básica reside (conforme decorre do quadro há pouco exposto) em que os direitos de liberdade são direitos de agir e os direitos sociais direitos de exigir. Mais precisamente: as liberdades têm como contrapartida uma atitude de respeito e de não interferência por parte de outrem e os direitos sociais envolvem a pretensão de prestações normativas e materiais ou fáticas.

Ou, retomando JELLINEK, as liberdades são, no essencial, direitos negativos, ainda quando possam compreender vertentes positivas, e os direitos sociais direitos positivos, ainda quando, por seu turno, possam abarcar ou ser acompanhados de exigências de respeito e não

culturais na Constituição portuguesa, Coimbra, 2007; RUI MEDEIROS, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre unidade e diversidade*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, obra coletiva, I, 2010, pág. 658; ou LUISA CRISTINA PINTO E. NETTO, *Por uma compreensão sistémica e unitária dos direitos fundamentais*, in *Direito Constitucional — Em homenagem a Jorge Miranda*, obra coletiva (coord. HELENA TELINO NEVES GODINHO e RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIÚZA), Belo Horizonte, 2011, págs. 259 e segs.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso dos direitos*, Coimbra, 2011, págs. 179 e segs.

Numa postura radical, pondo em causa a dicotomia, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que temos direito — Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007, págs. 135 e segs.; e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, obra coletiva, III, Coimbra, 2010, págs. 393 e segs., maxime 411 e segs.

intervenção. Mas, quer uns quer outros — e esta vem a ser a nota que tem de ser, ao mesmo tempo, posta em foco — acompanhados de deveres de proteção do Estado⁽¹⁾.

Pode e deve falar-se, 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 converter-se quer em abstenções quer em ações do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada⁽²⁾ — mas nunca em substituição da ação ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afetar o seu ser. É fundamentalmente neste sentido de respeito e preservação da personalidade e da capacidade de ação das pessoas que se justifica ainda dizer que as diferentes liberdades se salvaguardarão ou se efetivarão tanto mais quanto menor for a intervenção do Estado, ao passo que os direitos sociais poderão ser tanto mais efetivados quanto maior ela vier a ser.

⁽¹⁾ Cfr., PAULO MOTA PINTO, *O direito ...*, cit., loc. cit., págs. 189 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Omissões normativas e deveres e proteção do Estado*, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, obra coletiva, II, Coimbra, 2001, págs. 111 e segs.; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, maxime págs. 37 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos ...*, cit., págs. 256 e segs.; CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, págs. 377 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais ...*, cit.; RUI MACHETE, *A legitimidade activa dos particulares e a subjectivação das normas administrativas*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 86, Março-Abril de 2011, pág. 21. Cfr. ROBERT ALEXY, *op. cit.*, págs. 435 e segs.

Sobre a proteção penal, cfr. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e Crime*, Porto, 1995; LUIZ REGIS PRADO, *Bem jurídico-penal e Constituição*, São Paulo, 1996; MARIA FERNANDA PALMA, *Constituição e Direito Penal*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra coletiva (org. de Jorge Miranda), II, Coimbra, 1997, pág. 227, e, mais amplamente, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, 2006.

⁽²⁾ Cfr. GEORGES VLACHOS, *op. cit.*, loc. cit., pág. 315: já não é um dever abstrato 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.

Uma atitude geral de respeito obriga tanto as entidades públicas como ainda, em certos casos e em certas condições — defini-las vem a ser um dos mais difíceis problemas do Direito constitucional contemporâneo — as entidades privadas (art. 18.º, n.º 1, *in fine*, da Constituição) ⁽¹⁾. 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, pelo menos quando haja relações de desigualdade ou de dependência, importa que uns respeitem a personalidade dos outros para que possam todos conviver ⁽²⁾.

Em segundo lugar, os direitos de liberdade têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável ao nível de normas constitucionais e os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opção do legislador ordinário ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Cfr. *infra*.

⁽²⁾ Por isso, como observa JOÃO BAPTISTA MACHADO (*op. cit.*, pág. 144), a neutralidade do Estado não se concretiza, necessariamente, em mera abstenção mas também, quando necessário, numa ação destinada a impedir que a livre atuação dos indivíduos e das forças sociais possa vir a criar coações incompatíveis com a auto-determinação de outros indivíduos e de outras forças sociais.

⁽³⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, págs. 172 e segs., *maxime* 176. Cfr., próximos, JOÃO CAUPERS, *op. cit.*, págs. 40 e segs.; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, Porto, 1992, págs. 370 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito ...*, cit., pág. 401; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 292 e segs., *As restrições ...*, cit., págs. 133 e segs.; *Direitos sociais*, págs. 141 e segs.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *op. cit.*, II, págs. 237 e segs.; RUI MEDEIROS, *Direitos ...*, cit., *loc. cit.*, págs. 663 e segs. E já na Assembleia Constituinte, Deputado COSTA ANDRADE, *Diário*, n.º 33, de 20 de Agosto de 1975, pág. 871.

Cfr. SCHMITT, *op. cit.*, págs. 192 e segs. e 203 e segs. (falando em direitos absolutos e direitos relativos), BURDEAU, *Constitution ...*, cit., *loc. cit.*, pág. 125; ERNST FORSTHOFF, *Concepto y esencia del Estado social de Derecho*, in *El Estado social*, cit., pág. 87.

Mas, cfr. ainda a visão crítica de ISABEL MOREIRA, *A solução ...*, cit., págs. 186 e segs.

⁽⁴⁾ Sem olvidar a anterioridade de matriz histórica e a maior elaboração conceitual dos direitos de liberdade. Cfr. LÍVIA MARIA SANTANA E SANT'ANA VAZ, *Notas sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*, in *O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e*

Donde, uma mais vincada *densidade constitucional* dos primeiros do que dos segundos, não obstante serem sempre apuráveis o lugar, a projeção e o sentido de cada direito social, pelo menos em face das incumbências correspondentes prescritas na Constituição ⁽¹⁾.

Ou, doutro prisma, os direitos de liberdade constam de normas constitucionais precativas e, quase todos, de normas precativas executíveis por si mesmas (ao contrário de muitos dos direitos de defesa e de direitos de participação política). Os direitos sociais constam de normas programáticas ⁽²⁾.

Nem é só pela natureza das coisas que a margem de decisão do legislador frente aos direitos de liberdade se oferecer mais restrita do que perante os direitos sociais. Há, outrossim, uma razão política: a coerência com os princípios democráticos pluralistas. Em Estado social de Direito, as normas constitucionais sobre direitos sociais têm de propiciar, no limite da sua força jurídica e do conteúdo essencial dos direitos, a suficiente abertura a diferentes manifestações de vontade popular através de voto ⁽³⁾.

Em terceiro lugar, a efetivação das liberdades depende sobretudo de condições socioculturais e institucionais. Condições socioculturais: o sentido cívico dominante na comunidade. Condições institucionais: a segurança (arts. 27.º, n.º 1, e 272.º, n.º 1), a legalidade democrática [arts. 3.º, n.º 2, 199.º, alínea f), 202.º, n.º 2, 219.º, n.º 1, 272.º, n.º 1], a ordem constitucional democrática (art. 19.º, n.º 2) ⁽⁴⁾.

Portugueses — *Aspectos relevantes*, obra coletiva (org. de Jorge Miranda e Bleine Caúla), Curitiba, 2011, pág. 109.

⁽¹⁾ De resto, a respeito destes ou daqueles direitos, pode haver graus variáveis de determinabilidade das normas que contemplem: cfr. JORGE MIRANDA, *Pensões no sector bancário e direito à segurança social*, in *Jurisprudência Constitucional*, 7, Julho-Setembro de 2005, pág. 14.

⁽²⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual ...*, II, cit., págs. 283 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 3.ª ed., Coimbra, 2009, págs. 107 e segs.

⁽³⁾ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, Lisboa, 2006, págs. 93 e segs.; ou JAMES SPIEGEMANTAL, *The forgotten freedom: freedom from fear*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2010, págs. 543 e segs.

⁽⁴⁾ Todos têm direito a que reine uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades (art. 28.º da Declaração Universal).

e o aparelho judiciário (arts. 202.º e segs.). Já a efetivação dos direitos sociais depende ainda, e mais que tudo, de condições económicas e financeiras. O Estado *garante* os direitos e liberdades fundamentais e *promove* a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais [art. 9.º, alíneas b) e d), *in fine*] ⁽¹⁾.

Acrescente-se que os direitos de liberdade — bem como as garantias e os direitos políticos — são apenas, por definição, observados ou plenamente observados em regime político liberal ou pluralista, que é, insista-se, o subjacente ao Estado social de Direito. Eles constituem padrões e princípios do Estado de Direito democrático (Constituição portuguesa) ou do Estado democrático de Direito (Constituição brasileira). Os direitos sociais, pelo contrário, como não menos se sabe, eram os direitos preferenciais em Estado marxista-leninista. Os direitos de liberdade podem existir em países em desenvolvimento, os direitos sociais não têm aí condições de efetivação.

III — A distinção das duas categorias de direitos não deve, entretanto, ser exagerada ou empolada:

a) Direitos de liberdade não são o mesmo que direitos naturais e direitos sociais o mesmo que direitos civis (em certa aceção) ou direitos outorgados pelo Estado. Não está aqui em causa senão uma análise de situações jurídicas ativas de Direito positivo; mas, se assim não fosse, por certo seria incorreto qualificar de direito natural o direito de antena e muito difícil não qualificar como tais o direito ao trabalho ou o direito à segurança social.

b) Direitos de liberdade tão pouco são o mesmo que direitos individuais e direitos sociais o mesmo que direitos institucionais ou coletivos. Entre os direitos fundamentais institucionais contam-se algumas liberdades (v. g., a das confissões religiosas e a das associações) e, de resto, os direitos sociais apresentam-se, de ordinário, como de titularidade individual (poucos direitos serão mais *individuais* que o direito ao trabalho ou o direito ao ensino).

⁽¹⁾ O que não equivale a implausibilidade ou a inviabilidade destes, cfr. AMARTYA SEN, *op. cit.*, págs. 504-505.

c) Os direitos de liberdade não se determinam por exclusão de partes por pertencerem ao ser humano enquanto tal, como pessoa ou em aspetos incidíveis da sua personalidade ou pelo menos enquanto cidadão, e os direitos económicos, sociais e culturais não são direitos fundamentais especiais tirando a sua especialidade do bem tutelado e de uma forma de tutela eminentemente social ⁽¹⁾. São gerais — ou comuns — tanto os primeiros como os segundos direitos. Os direitos sociais podem dizer respeito, hoje, a todas as pessoas e atingir uma pluralidade de bens. E tão dependentes de formas organizativas podem ser alguns dos direitos de liberdade (v. g., a liberdade de formação de partidos políticos) como os direitos sociais.

d) A relatividade doutrinal dos conceitos de direito subjetivo, expectativa, pretensão, interesse juridicamente protegido não permite qualificar ou deixar de qualificar os direitos fundamentais em bloco como direitos subjetivos numa aceção rigorosa (no sentido do Direito civil) ⁽²⁾. E tão pouco se afigura curial dizer dos direitos sociais que deles não possam deduzir-se pretensões jurídicas concretas por via interpretativa ⁽³⁾; que sejam direitos sob reserva (condição) de lei ou constituídos por lei ⁽⁴⁾; ou que neles os indivíduos não apareçam como destinatários diretos de normas constitucionais ⁽⁵⁾.

IV — Mais vigorosas têm sido as vozes dos que, nos últimos tempos, têm vindo a diluir ou a desvalorizar a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Há quem, aparentemente, partindo de uma conceção unitária dos direitos subjetivos públicos, descubra uma “composição interna” dos direitos fundamentais sem aceção de categorias ⁽⁶⁾; ou quem tenda a salientar os

⁽¹⁾ Conforme sugere JOÃO DE CASTRO MENDES (*op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 103 e segs.).

⁽²⁾ Cfr. as perspetivas de ÉTIENNE GRISEL, *op. cit.*, págs. 98 e segs.; JEAN RIVERO, *Les Droits...*, cit., *loc. cit.*, pág. 32; GUIDO CORSO, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 783; JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Direitos subjetivos e direitos sociais*, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, obra coletiva, São Paulo, 1998, págs. 113 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pág. 476; JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., págs. 141 e segs.

⁽³⁾ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, págs. 76 e segs.

⁽⁴⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, cit., págs. 373-374 e 381, nota.

⁽⁵⁾ MANUEL AFONSO VAZ, *O enquadramento...*, cit., *loc. cit.*, pág. 445.

⁽⁶⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que temos direito — Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007, págs. 113 e segs.

elementos de continuidade em detrimento dos elementos de distinção⁽¹⁾; ou quem negue o dualismo por haver espaços de preceptividade em todos os direitos fundamentais⁽²⁾. E há quem, reconhecendo haver diferenciação no mundo dos direitos fundamentais, sustente que tal não decorre da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, mas de outras características ou vicissitudes⁽³⁾.

Assim, para JORGE REIS NOVAIS, por uma parte:

— Os direitos de liberdade, dada a natureza do objeto, asseguram uma quantidade determinada ou determinável de acesso individual aos bens por eles assegurados, enquanto que nos direitos sociais, salvo casos excepcionais e particulares, a Constituição não pode ou não deve fixar ela própria esses limites⁽⁴⁾.

— A separação de poderes implica que o juiz não possa apreciar se há ou não os recursos disponíveis para a concretização dos direitos sociais; só pode apreciar se as dificuldades financeiras apontadas são suficientemente relevantes para fazer afastar ou fazer ceder as pretensões individuais e se o procedimento seguido para se chegar à decisão de prioridade, bem como os respetivos consensos, não merecem censura⁽⁵⁾.

— Um direito negativo é mais justificável que um direito positivo⁽⁶⁾.

— A falta de determinabilidade dos direitos sociais não é uma lacuna ou opção indevida do legislador constituinte; está, antes, relacionada com a natureza destes direitos e com a sua dependência de fatores mutáveis que o Estado não controla⁽⁷⁾.

— Os direitos sociais não são diretamente aplicáveis; carecem de prévia intervenção cooperadora do legislador para que os deveres do Estado ou a pretensão do seu titular sejam judicialmente exigíveis⁽⁸⁾.

— À luz da tese dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, não há nos direitos sociais uma oposição tendencial tão primária e evidente entre maioria e direitos fundamentais como a que ocorre com os direitos de liberdade⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ ISABEL MOREIRA, *A solução ...*, cit., maxime págs. 181 e segs.

⁽²⁾ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, loc. cit., págs. 406 e segs.

⁽³⁾ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais ...*, cit., 15.

⁽⁴⁾ *Ibidem*, págs. 63-64.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, pág. 117.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, pág. 129.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, pág. 143.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, pág. 151.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, pág. 320.

Em contrapartida, a identidade entre direitos de liberdade e direitos sociais verifica-se:

a) Sempre que a norma constitucional fixa definitivamente deveres estatais de natureza precisa e inequívoca com caráter de regra suscetível de aplicação direta e imediata.

b) No domínio dos deveres estatais de respeito de acesso individual a bens jusfundamentalmente protegidos que os particulares estão em condições de assegurar através de recursos próprios, sem necessidade de ajuda do Estado.

c) No domínio dos deveres estatais de proteção do acesso individual a bens jusfundamentalmente protegidos, seja contra ameaças ou agressões do próprio Estado e das entidades públicas, seja de entidades particulares, do próprio titular ou de eventualidade ou riscos naturais⁽¹⁾.

Olhando à dimensão negativa presente nos direitos sociais, a sua natureza jurídica é exatamente a mesma dos direitos de liberdade⁽²⁾. É sempre possível traduzir um direito social em direito, liberdade e garantia; a ameaça de lesão de um direito social (saúde, habitação, trabalho) é também ameaça de lesão ao direito ao desenvolvimento da personalidade⁽³⁾.

Finalmente, os direitos sociais vivem nos direitos a prestações concretizados na lei; estes são, portanto, corpo dos direitos fundamentais sociais⁽⁴⁾. Não há que separar direitos sociais e direitos derivados a prestações — tal como não há que separar direitos de liberdade e direitos derivados de liberdade⁽⁵⁾.

E a indeterminação do conteúdo é superável no tempo, pois, a partir do momento em que o legislador fixa, com elevado grau de precisão e clareza, até por razões de igualdade e segurança jurídica, o conteúdo do direito exigível do Estado, o direito social adquire um grau de determinabilidade e densidade bastante superior; aliás, ao que apresenta, em geral, a conformação legal dos direitos de liberdade⁽⁶⁾.

Como decorre dos passos transcritos, JORGE REIS NOVAIS aparece, de certa sorte, dividido entre o relevo que não pode deixar de emprestar ao elemento positivo dos direitos sociais (designadamente, quanto à reserva do financiamento possível) e a vontade de realçar o elemento negativo. Ora,

⁽¹⁾ *Ibidem*, págs. 302 e segs. V. também pág. 283.

⁽²⁾ *Ibidem*, pág. 235. V. ainda págs. 54 e segs., 238 e segs. e 311 e segs.

⁽³⁾ *Ibidem*, pág. 355.

⁽⁴⁾ *Ibidem*, pág. 178.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, pág. 84.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, págs. 152 e 288.

relendo o que escreve, julgamos nítida a preponderância do primeiro sobre o segundo. E, como ele próprio sugere, o que importa para distinguir esta ou aquela categoria de direito, é o direito como um todo, e não cada uma das faculdades em que se desdobra ⁽¹⁾.

A recondução à unidade só a consegue ao *traduzir*, algo forçadamente, os direitos sociais em direitos de liberdade e quando analisa as normas legais concretizadoras e conformadoras dos direitos. Mas, bem pelo contrário, o confronto tem de se situar ao nível das normas constitucionais, e não ao das normas legislativas. E, justamente, a eventual menor determinabilidade das normas legais regulamentadoras de direitos de liberdade resulta da natureza destes direitos, deixados tanto quanto possível à decisão de conformação e exercício dos próprios titulares.

Muito menos, por mais imbrincadas que venham a estar as normas constitucionais e as normas legislativas, se justifica afirmar que o não cumprimento da norma legal jusfundamental por parte dos poderes públicos se configura como violação do direito fundamental ou como restrição, legítima ou ilegítima, do direito fundamental ⁽²⁾. Em caso algum, pode ter-se como inconstitucionalidade o não cumprimento de uma norma legal.

27. O reflexo das duas vertentes nos direitos de liberdade e nos direitos sociais

Dito isto, tão incontornáveis como as diferenças são as manifestações de vertente positiva nos direitos de liberdade e de vertente negativa nos direitos sociais ⁽³⁾:

a) Quanto a algumas liberdades, exigem-se prestações positivas ⁽⁴⁾ ou ajudas materiais ⁽⁵⁾, 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

⁽¹⁾ *Ibidem*, págs. 63 e 64.

⁽²⁾ *Ibidem*, pág. 288.

⁽³⁾ Cfr., por exemplo, ISABEL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 118 e segs.

⁽⁴⁾ Cfr. PHILIPPE BRAUD, *op. cit.*, págs. 148 e segs., JÖRG PAUL MULLER, *op. cit.*, págs. 62 e segs.; FRANCO MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Turim, 1995, pág. 70; ou PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento...*, cit., loc. cit., págs. 189 e segs.

⁽⁵⁾ Cfr. JEAN RIVERO, *Les Droits de l'Homme*, cit., loc. cit., pág. 31.

poderes político e económico (arts. 38.º, n.ºs 4 e 6, 1.ª parte, e 39.º, n.º 1) e a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião nos meios de comunicação e confronto social do setor público (arts. 38.º, n.º 6, 2.ª parte, e 39.º, n.º 1); com a liberdade religiosa (art. 41.º, n.º 5); com o direito de manifestação (art. 45.º, n.º 2); com a liberdade de propaganda eleitoral, associada à igualdade das diversas candidaturas e à imparcialidade das entidades públicas [art. 113.º, n.º 3, alíneas a), b) e c)].

b) A vertente negativa nos direitos sociais manifesta-se nos seguintes pontos:

— as prestações que lhes correspondem não podem ser impostas às pessoas contra a sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites (v. g., tratamentos médicos ou frequência de escolas) ⁽¹⁾;

— quando a Constituição institua formas de participação, não pode ser impedido o seu desenvolvimento;

— é vedado ao poder público restringir o acesso aos direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos, por meio de medidas arbitrárias; e, evidentemente, é-lhe vedado e aos particulares lesar os bens ou os interesses jusfundamentais que lhes correspondem (v. g., o ambiente ou o património cultural).

c) Há não poucos direitos de liberdade, ou direitos, liberdades e garantias, com conteúdo menos determinado na Constituição por as respetivas normas não serem exequíveis por si mesmas: assim, as garantias concernentes à utilização de informática (art. 35.º), a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social (art. 38.º, n.º 3) ⁽²⁾, o direito de antena (art. 40.º), a objeção de consciência (art. 41.º, n.º 6), a liberdade de manifestação (art. 45.º, n.º 2), o direito de sufrágio (art. 49.º), o direito de ação popular (art. 52.º, n.º 3), o direito de gestão democrática das escolas (art. 77.º, n.º 1).

d) O conteúdo dos direitos sociais fica determinável através do estabelecimento das incumbências do Estado para a sua concretiza-

⁽¹⁾ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública v. Liberdade Individual*, Lisboa, 1999, págs. 18 e segs.

⁽²⁾ Cfr. LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO, *op. cit.*, pág. 275.

ção: assim, quanto aos direitos dos trabalhadores (art. 55.º), ao direito à segurança social (art. 63.º), ao direito à proteção da saúde (art. 64.º), ao direito à habitação (art. 65.º), ao direito ao ensino (art. 74.º) (1).

e) Todos os direitos fundamentais envolvem para o Estado, imediata ou mediadamente, custos, conquanto sejam patentes as diferenças entre os custos financeiros correspondentes aos deveres de proteção das liberdades e garantias, sobretudo das judiciais (arts. 20.º, 27.º e 202.º e segs.) e das prestações e serviços exigidos pelos direitos sociais [arts. 63.º, n.º 2, 64.º, n.º 2, alínea a), 65.º, n.º 2, alínea b), 74.º, n.º 2, alíneas c) e e)] (2).

f) A interconexão de liberdades e direitos sociais (3) afigura-se óbvia quer no processo histórico da sua formulação, quer no momento atual de exercício e efetivação. A liberdade sindical e o

(1) Cfr. RUI MEDEIROS, *Direitos ...*, cit., loc. cit., págs. 665-666.

(2) Cfr. FLÁVIO GALDINO, *O custo dos direitos*, in *Legitimação dos direitos humanos*, obra coletiva (org. Ricardo Lobo Torres), Rio de Janeiro, 2002, págs. 139 e segs., maxime 173 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios ...*, cit., pág. 296 e *Direitos sociais*, cit., págs. 93 e segs., 110, 111, 117 e 119; PAULO MOTA PINTO, *Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, in *Themis*, 2006, 30 anos da Constituição portuguesa, pág. 205; PAULO OTERO, *Instituições ...*, I, cit., págs. 539 e 540; JOSÉ CASALTA NABAIS, *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, in *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra, 2007, págs. 163 e segs., maxime 177-178; VIRGILIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais — conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2.ª ed., São Paulo, 2011, págs. 241 e 242.

JOSÉ CASALTA NABAIS sustenta que enquanto os direitos sociais têm por suporte fundamentalmente custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros públicos indiretos cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. "Na verdade, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exata medida dessas despesas. Uma individualização que toma tais custos particularmente visíveis tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do Estado, ou melhor dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais. Já os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do Estado com a sua realização e proteção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito".

(3) Nas palavras de ROBERT PELLOUX, *op. cit.*, loc. cit., pág. 54.

direito à greve são instrumentos de defesa dos direitos dos trabalhadores (arts. 55.º, n.º 1, e 57.º, n.º 2). Há garantias ao serviço de direitos sociais: assim, o direito à segurança no emprego (art. 53.º) em relação ao direito ao trabalho (art. 58.º, n.º 1) (1), e, em geral, também funcionam como tais certos direitos específicos de participação (arts. 52.º, n.º 3, 55.º, 56.º, 60.º, n.º 3, 63.º, n.º 1, 64.º, 66.º, 77.º e 79.º). Em contrapartida, a efetivação 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. 74.º, n.º 2, alíneas a) e c)], é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender (art. 43.º) e da liberdade de criação cultural (art. 42.º). Finalmente, não faltam casos de harmonização: por exemplo, o direito ao trabalho não pode ser efetivado com privação da liberdade de profissão (art. 47.º).

28. Direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais institucionais

I — A conceção oitocentista dos direitos fundamentais tomava-os como direitos exclusivamente individuais ou individualistas. Eram direitos do homem, direitos das pessoas singulares e de exercício individual, voltados para a salvaguarda da liberdade pessoal (2). Donde, as designações constitucionais dominantes (como «direitos individuais» ou «direitos dos cidadãos»).

Contudo, já nas Constituições liberais se encontravam direitos que não podiam remeter-se a esse puro esquema — o que significava que, mesmo em tal contexto, ele não era totalmente válido. O mais típico era a liberdade de imprensa; mas também, quando garantidos, o direito de petição coletiva, a liberdade de culto religioso, o direito de reunião ou o direito de associação. E as Constituições dos séculos XX e XXI vão tornar mais frequentes e mais claros os direitos com dimensão institucional e coletiva. Não poucos dos direitos constitu-

(1) Assim, acórdão n.º 148/87 do Tribunal Constitucional, de 6 de Maio, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 178, de 5 de Agosto de 1987.

(2) Cfr. SCHMITT *op. cit.*, págs. 200 e segs.

cionais dos trabalhadores (como a liberdade sindical ou o direito à greve) pressupõem-na; certas liberdades clássicas estendem-se a instituições; e estas adquirem direitos de participação de vários alcances.

O fenómeno hodierno da relevância institucional dos direitos fundamentais flui de duas causas difundidas por toda a parte: a passagem do homem isolado ao «homem situado» (BURDEAU) e o pluralismo de grupos (ou corpos intermediários, segundo alguns) no seio da sociedade civil⁽¹⁾. Na sua consagração, as Constituições vão mais ou menos longe consoante os postulados políticos de que partem. Mas não deixa de ser curiosa a aproximação a este respeito, como se sabe, de duas Constituições de índoles tão diferentes como as portuguesas de 1933 e 1976.

II — Não foi, portanto, sem intenção que logo no início deste volume dissemos serem os direitos fundamentais direitos das pessoas *individual ou institucionalmente consideradas* — quer dizer, direitos das pessoas como seres individuais e direitos das pessoas inseridas ou projetadas em instituições ou das instituições ao serviço das pessoas.

Os direitos fundamentais reportam-se sempre à pessoa humana, mas há bens jurídicos da pessoa que só podem ser salvaguardados no âmbito ou através de instituições (associações, grupos de qualquer natureza, instituições *stricto sensu*), dotadas de maior ou menor autonomia frente aos indivíduos que, em cada momento, as consti-

⁽¹⁾ Cfr., em sentidos discrepantes, JEAN BUCHMANN e ANDRÉ BUTTGENBACH, *Les droits fondamentaux des personnes et des groupes sociaux*, in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, XXVII, 1950, págs. 146 e segs.; GEORGES VILACHOS, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 287 e segs.; JEAN RIVERO, *Les droits de l'homme: droits individuels ou droits collectifs?*, in *Les droits de l'homme — Droits collectifs ou droits individuels*, obra coletiva, Paris, 1980, págs. 17 e segs.; JÖRG PAUL MULLER, *op. cit.*, págs. 96 e segs.; PAUL DELVAUX, *Problématiques des droits de l'homme: droits subjectifs ou droits de l'être en société?*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1983, págs. 525 e segs.; ALESSANDRO PACE, *op. cit.*, págs. 15 e segs.; PETER HABERLE, *Le libertà*, *cit.*, págs. 204 e segs. (falando num *status activus corporativus*); ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO, *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, Março-Agosto de 2002, págs. 49 e segs. Cfr. ainda, mas na perspectiva de grupos étnicos e linguísticos, HUGUES MOUTOUH, *Contribution à l'étude juridique du droit des groupes*, in *Revue du droit public*, 2007, págs. 479 e segs.

tuam. Trata-se sempre da protecção, da promoção, da realização da pessoa, mas essa realização passa, no nosso tempo, pela atribuição de direitos a determinadas instituições (personificadas ou não).

É nesta ótica que se justifica classificar os direitos fundamentais em individuais e institucionais, sendo individuais, obviamente, o direito à vida, a liberdade pessoal, a objecção de consciência, o direito ao trabalho, o direito ao ensino ou, em geral, os demais direitos sociais; e direitos institucionais o direito de antena (art. 40.º da Constituição), o de livre organização das confissões religiosas (art. 41.º, n.º 3), o direito de livre ação das associações (art. 46.º, n.º 2), os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54.º, n.º 5) e das associações sindicais (art. 56.º) ou os direitos de participação no Conselho Económico e Social (art. 92.º, n.º 2).

Muitos, senão a maior parte, dos direitos individuais referem-se apenas à vida ou aos interesses das pessoas a que são atribuídos. Outros revestem-se de alcance institucional, por implicarem instituições em que se desenvolvem ou de cuja dinamização depende o seu exercício: o direito de constituir família (art. 36.º, n.º 1), o direito de sufrágio (art. 49.º), o direito de constituir ou de participar em associações e partidos políticos (art. 51.º), o direito à segurança social (art. 63.º), o direito à habitação (art. 65.º).

Alguns dos direitos, somente para efeito de análise, podem dizer-se individuais ou institucionais. Na realidade, são simultaneamente individuais e institucionais: assim, a liberdade religiosa, a qual compreende a liberdade de cada um ter a sua religião e as suas convicções e a liberdade de, em conjunto com os que professem a mesma religião ou a mesma confissão, ter a correspondente vida comunitária; a liberdade de expressão em geral e de imprensa em particular, que é a liberdade de cada um manifestar e divulgar o seu pensamento, e a liberdade de expressão de diversas correntes políticas, designadamente nos órgãos de comunicação social do setor público (arts. 38.º, n.º 6, e 39.º, n.º 6)⁽¹⁾.

Certos direitos não são exclusivos de indivíduos ou de instituições; podem ser conferidos quer a uns quer a outros. Formulados para os indivíduos num primeiro momento, estendem-se depois às pessoas coletivas (art. 12.º, n.º 2): assim, o direito ao bom nome (art. 26.º, n.º 1), o sigilo de correspondência (art. 34.º, n.º 4) ou o direito de resposta (art. 37.º, n.º 4).

⁽¹⁾ Cfr. já *Ciência Política*, *cit.*, II, pág. 220.

III — Entendimento mais restritivo é o sustentado por VIEIRA DE ANDRADE, para quem os direitos fundamentais são posições jurídicas subjetivas individuais ⁽¹⁾ ou, quando muito, direitos individuais coletivizados ⁽²⁾ e para quem, portanto, direitos como o de antena, os de organizações de trabalhadores e outros direitos de participação se reconduzem a faculdades ou competências no quadro de opções organizatórias.

Mesmo à face do art. 12.º, n.º 2, da Constituição, deve ser tida em conta a diferença de qualidade entre os sujeitos de direitos que são as pessoas humanas e os que o não são: a diferença entre o caráter *final* da personalidade jurídica do homem e o caráter *instrumental* da personalidade jurídica coletiva. Os direitos fundamentais das pessoas coletivas são direitos fundamentais por analogia e atípicos. Quanto aos «direitos fundamentais coletivos» em sentido estrito, direitos exclusivos de pessoas coletivas ou organizações, devem ser equiparados a garantias institucionais ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Como se observa, não divergimos tanto das premissas de VIEIRA DE ANDRADE quanto da interpretação e do enquadramento sistemático que confere a largo número de direitos, com a sua consequente desvalorização.

Ao contrário desse Autor, nós divisamos no direito de antena, nos direitos de participação das organizações de trabalhadores e nos das associações de famílias, de beneficiários da segurança social ou de consumidores também um *radical subjetivo* e um sentido último de proteção da pessoa, similar aos que se encontram nos direitos das confissões religiosas ou das associações em geral. O direito de antena destina-se a permitir a expressão, em plano de relativa igualdade, de ideias e opiniões nos meios de comunicação social, só possível por via dele. Tal como reconhecer às pessoas pertencentes

⁽¹⁾ *Op. cit.*, págs. 106, 120 e 133.

⁽²⁾ *Ibidem*, pág. 121.

⁽³⁾ *Ibidem*, pág. 122.

⁽⁴⁾ Mais longe vai JOSÉ CASALTA NABAIS (*Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in *Por uma liberdade*, cit., pág. 111), falando, a respeito da excessiva titularidade de direitos fundamentais por entidades e organizações coletivas em “coletivismo jufundamental”.

a certas categorias sociais a faculdade de defender os respetivos interesses a partir das correspondentes organizações equivale a reconhecer-lhes mais possibilidade de manifestação, mais dignidade, nunca menos dignidade.

Não negamos que haja aqui uma dimensão organizatória; mas ela também existe, por exemplo, no direito de sufrágio (como resulta do art. 113.º da Constituição). E não sustentamos uma identidade de estrutura ou de projeção dos direitos individuais e dos direitos institucionais: justamente, os direitos políticos só enquanto individuais (como o sufrágio) são constitutivos da vontade política do povo, não os direitos de grupos, ligados a interesses setoriais ⁽¹⁾. Apenas sustentamos que o conceito de direitos fundamentais abrange uns e outros.

IV — Nas pessoas coletivas públicas as coisas passam-se diferentemente. Há que distinguir.

Se os direitos fundamentais são situações jurídicas ativas das pessoas enquanto membros da comunidade política, seria contraditório pensar em direitos fundamentais das entidades em que se desdobra o poder político ou configurar nesses moldes relações estritamente políticas ou administrativas. Os direitos de participação das regiões e das autarquias locais na dinâmica estatal reconduzem-se a fenómenos de descentralização e equilíbrio do poder, estranhos à problemática de que ora nos ocupamos ⁽²⁾. Ou, no máximo, a fenómenos procedimentais e processuais ⁽³⁾.

Por maioria de razão, o mesmo se diga a respeito dos institutos públicos, das empresas públicas e das pessoas coletivas correspondentes à Administração pública sob formas jurídico-privadas — todas, entidades resultantes de mera descentralização funcional

⁽¹⁾ JORGE MIRANDA, *O quadro de direitos políticos da Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, 1, págs. 177 e segs.

⁽²⁾ No art. 283.º, n.º 1, fala-se em «direitos das regiões autónomas» [tal como, antes de 1989, no art. 281.º, n.º 1, alínea c)], mas impropriamente.

⁽³⁾ Assim, os direitos de participação procedimental e de ação popular das autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes nas respetivas circunscrições (art. 2.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto).

ou de desdobramento, por imperativos de racionalidade, do próprio Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais.

Naturalmente, porém, as pessoas coletivas públicas podem gozar de direitos não fundamentais, de direitos subjetivos públicos — como se disse atrás — e até privados, assim como princípios constitucionais objetivos, como o da proporcionalidade, da tutela da confiança e da proteção jurisdicional não deixam de se lhes estender ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

Já não assim no domínio das associações públicas ou, pelo menos, das associações públicas profissionais (arts. 47.º e 267.º, n.º 4, da Constituição) e das Universidades públicas (arts. 76.º e 77.º) e, porventura — se receberem estatuto adequado — das organizações de moradores (arts. 248.º e 265.º, n.º 2). Aqui trata-se de realidades sociologicamente distintas (no todo ou em parte) do Estado-comunidade, com interesses específicos e com relativa capacidade de livre determinação frente ao Estado-poder. Por isso, podem gozar de direitos fundamentais, o primeiro dos quais vem a ser, justamente, o de autonomia ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cfr. um caso de violação do princípio da tutela da confiança, resolvido menos satisfatoriamente pelo Tribunal Constitucional: acórdão n.º 24/98, de 22 de Janeiro, in *Diário da República*, 2.ª série, de 19 de Fevereiro de 1998. Falando em garantias institucionais, v. o acórdão n.º 496/2010, de 15 de Dezembro, *ibidem*, 2.ª série, de 27 de Janeiro de 2010.

⁽²⁾ Contra, afirmando que a titularidade de direitos e deveres fundamentais por sujeitos coletivos públicos deve ser a mesma das restantes pessoas jurídicas, DAVID DUARTE, *A norma de universalidade de direitos fundamentais*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000, págs. 426 e segs.

⁽³⁾ Em sentido próximo, v. NUNO E SOUSA, *A liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, págs. 233 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica das Universidades*, Lisboa, 1992, pág. 34; PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, Lisboa, 1995, págs. 548 e 549; VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 1997 págs. 510 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., págs. 422 e 423; LUIS PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias*, Coimbra, 2004, págs. 93 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., págs. 122 e segs. Na doutrina de outros países, cfr., exemplo, JÖRG PAUL MÜLLER, *op. cit.*, págs. 98-99; JOSÉ MANUEL PIAZ LEMA, *Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, in *Revista de Administración Pública*, Setembro-Dezembro de 1989, págs. 79 e segs.; GIOVANNI BIAGLINI, *Tienen legitimación en materia de derechos fundamentales las empresas públicas? Considera-*

V — Em alguns casos, revela-se tão forte a incidência plurim-
-individual dos direitos e tão forte a cumulação de vontades no
sentido que dir-se-iam direitos coletivos (direitos coletivos e
não já institucionais, por serem direitos de uma coletividade ou de
uma categoria inorgânica).

Ocorreria isto com o direito de manifestação (art. 45.º, n.º 2),
com o direito à greve (art. 57.º), com o direito de organização do
trabalho em condições socialmente dignificantes [art. 59.º, n.º 1,
alínea b)] ou com o direito de participação de professores e estuda-
ntes na gestão das escolas (art. 77.º), e, inclusive, com o direito de
associação (art. 46.º) e direito de constituir partidos (art. 51.º).

Mas estes direitos somente poderiam formar um *tertium genus*
vistas do prisma dos interesses — interesses coletivos a prosseguir,
e não interesses individuais simplesmente — e do prisma do exercí-
cio — exercício apenas relevante (ou mais ou menos relevante)
quando conjunto ou coletivo. Não formam um *tertium genus* do
prisma da titularidade jurídica.

VI — De resto, a necessidade de garantia da liberdade indivi-
dual e de outros direitos das pessoas surge no interior de quaisquer
instituições. Designadamente, surge no interior dos partidos (arts. 10.º,
n.º 2, e 51.º, n.º 5, da Constituição), das comissões de trabalhadores
(art. 54.º, n.º 2), das associações sindicais (art. 55.º, n.º 3), das famí-
lias (art. 69.º, n.º 2), das associações públicas (art. 267.º, n.º 4).

Apesar de criadas para a melhor realização das pessoas, as
associações e as instituições sociais podem afetar a situação destes
ou daqueles dos seus membros, cujos direitos devem ser garantidos,
portanto, pela Constituição e pela lei. Não se compreenderia que os
mesmos direitos fossem protegidos contra o Estado e não também,
em termos adequados, perante quaisquer grupos da sociedade civil ⁽¹⁾.

ciones a la luz de la libertad de empresa, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8, 2004, págs. 27 e segs.

⁽¹⁾ Cfr., sobre a Itália (onde existe a cláusula geral do art. 2.º da respetiva
Constituição), COSTANTINO MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie
dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore
Pugliatti*, obra coletiva, III, Milão, 1978, págs. 1575 e segs.; PAOLO BARILE, *Diritti*

Voltaremos ao assunto a propósito do regime dos direitos, liberdades e garantias.

Assim, a par de direitos fundamentais das instituições, existem direitos individuais *no interior das instituições*, prolongamentos de direitos fundamentais (perante o Estado) ou (numa aceção mais alargada) verdadeiros direitos fundamentais autónomos, por se carregarem de um sentido de resistência ao poder (seja ele qual for).

29. Direitos de exercício individual, direitos de exercício coletivo e de exercício individual e coletivo simultaneamente

Em plano diferente — não já o da titularidade, mas o de exercício — fica a observação de que há direitos de exercício individual, de exercício coletivo e de exercício individual e coletivo simultaneamente ⁽¹⁾.

Por natureza, são direitos sempre de exercício individual os direitos de existência, o direito ao desenvolvimento da personalidade, a liberdade física, a liberdade de consciência, a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade positiva e negativa de associação, o direito de acesso a cargos públicos, etc., o direito ao trabalho e, em geral, todos os direitos sociais.

São direitos de exercício coletivo — quer dizer, que só podem ser postos em prática por um conjunto de pessoas — a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de manifestação, o direito à greve, o direito de sufrágio.

São direitos de exercício individual e coletivo simultaneamente a liberdade de expressão e informação, a liberdade de religião e de culto, a liberdade de organização e atividade partidária, o direito de petição, a liberdade de propaganda eleitoral.

dell'Uomo e Libertà Fondamentali, Bolonha, 1984, págs. 67-68; EMANUELE ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Pádua, 1989, págs. 188 e segs.

⁽¹⁾ Pode distinguir-se, ainda, da perspectiva do mesmo titular, entre exercício *simplex* (de um só direito de cada vez) e exercício *complexo* (exercício de dois ou mais direitos ao mesmo tempo). Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., pág. 380; ou GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pág. 1269.

Contudo, em nenhuma circunstância, num Estado de Direito o exercício coletivo de direitos como os acabados de indicar pode sacrificar a liberdade de escolha individual das pessoas pertencentes à coletividade ou à categoria socioeconómica. O direito de manifestação implica o de não participar em manifestações contra a sua vontade, o direito à greve o de não aderir à greve, o direito de participação o de livre escolha do seu sentido, a liberdade de associação a liberdade *negativa* de associação, etc.

30. Direitos fundamentais comuns e direitos fundamentais particulares

I — O Estado moderno foi construído em nome da subordinação geral e imediata dos súbditos, depois cidadãos, ao poder. O afã do absolutismo monárquico de reduzir ou eliminar os laços feudais e estamentais e os respetivos privilégios serviu para realizar esse princípio; e o constitucionalismo intentou levá-lo até às últimas consequências. Os direitos fundamentais sobrevieram, pois, como direitos do homem e de todos os homens.

Havia e há, porém, na sociedade, múltiplos estados e situações em que as pessoas se encontram integradas, suscetíveis de as qualificar ou de para elas implicarem identidades particulares. A época liberal terá conseguido ignorá-las ou pô-las em causa, não pôde fazer que não existissem; e a vida dos nossos dias mostrou-as mais nítidas, fez avultar diferentes grupos e formulou (ou formulou de novo), sob a sua influência, muita da proteção constitucional dos indivíduos.

Daí a necessidade, hoje, de distinguir entre direitos comuns ou universais dos cidadãos e direitos particulares ou direitos próprios destes ou daqueles cidadãos; de distinguir entre direitos de todos os membros da comunidade política, só por virtude dessa qualidade, e direitos de certos e determinados membros, devido às categorias sociais que integram ou às situações duradouras em que tenham de se mover ⁽¹⁾; e de,

⁽¹⁾ Cfr., por exemplo, P. MERTENS, *Égalité et droits de l'homme: de l'homme abstrait à l'homme «situé»*, in *L'Égalité*, obra coletiva, IV, Bruxelas, 1975, págs. 274 e segs.

entre estes, integrar, por exemplo, entre nós, os direitos constitucionais dos cônjuges (art. 36.º, n.º 3) e dos filhos (art. 36.º, n.º 4), os direitos dos jornalistas [art. 36.º, n.º 2, alíneas a) e b)], os direitos associativos e sociais dos trabalhadores (arts. 54.º, 56.º e 59.º), os direitos dos consumidores (art. 60.º), os direitos dos pais e das mães, das crianças ⁽¹⁾, dos jovens, dos idosos e das pessoas com deficiência (arts. 68.º a 71.º) ou os direitos dos funcionários (arts. 269.º, n.ºs 2 e 3, e 271.º, n.º 2).

II — Perante tais direitos particulares pode perguntar-se se não se vem inverter toda a evolução atrás enfatizada de passagem de direitos *estamentais* para direitos *universais* e, sobretudo, se não se vem parcelar ou atomizar a pessoa humana ⁽²⁾ — aqui tomada sob a veste de cônjuge, ou pai, ou filho, ali sob a veste de trabalhador, acolá sob a de consumidor, etc.

Parece-nos que o elenco apontado à face da Constituição portuguesa — mais extenso, embora, do que os que se encontram noutras Constituições atuais — não é tão vasto que afete a noção proposta. É um elenco menor no conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e, salvo um ou outro afloramento excessivo, corresponde até a situações que sempre se verificam, independentemente das formas de organização política, económica e social.

Por outro lado, no contexto em que se vão inserir, estes direitos não se reconduzem, de modo algum, a direitos corporativos, de carácter fechado e exclusivista, porque são atribuídos a todos quantos se achem ou venham a achar nas mesmas posições, e ninguém é impedido de a elas aceder. São direitos de *estado*, e não privilégios de grupo ou de classe. Recortam-se no âmbito de estatutos de fronteiras abertas e flexíveis, a interpretar no quadro global das normas constitucionais. Provenientes da mesma e única Constituição, não podem contrariar o princípio geral da universalidade (art. 12.º, n.º 1) e, por isso, tão pouco limitam a unidade fundamental da comunidade política.

⁽¹⁾ Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Os direitos das crianças. Linhas para uma construção unitária*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, págs. 275 e segs.

⁽²⁾ Cf. PAUL DELVAUX, *op. cit.*, loc. cit., pág. 528.

A finalidade prática de consagração destes direitos não é outra, na quase totalidade de casos, senão ainda a realização da pessoa — a realização da pessoa ou o desenvolvimento da personalidade — nas condições concretas em que se tem de mover. A nossa Constituição não di-lo expressamente a propósito dos direitos dos trabalhadores [art. 59.º, n.º 1, alínea b)], dos direitos das crianças (art. 68.º), dos direitos dos jovens (art. 70.º, n.º 2), dos direitos dos idosos (art. 72.º, n.º 2) ⁽¹⁾. E, se não é assim rigorosamente com os direitos dos jornalistas, nem por isso se afigura menos indiscutível que a razão de ser da sua previsão não é a proteção privilegiada de uma qualquer classe profissional, mas sim a garantia da liberdade de imprensa: é porque da liberdade dos jornalistas depende, em muito, a liberdade de comunicação social que ela é elevada a direito fundamental.

31. Direitos do homem, do cidadão e do trabalhador

Surgidos como direitos do homem e de todos os homens, os direitos fundamentais apresentaram-se também, de início, como direitos do homem, sempre o mesmo, com idênticas qualidades e abstraindo das situações sociais e económicas em que pudesse achar-se. Todavia, o reconhecimento de que, por detrás desse homem abstrato, estava, de facto, um homem concreto — o burguês — e a contraposição afirmada doutro homem concreto — o trabalhador ou o operário — com direitos a conquistar implicaram, e ainda implicam, uma revisão ou tantas revisões quantas as concepções que se adotem.

Para as correntes socialistas marxistas e marxistas-leninistas, os direitos do homem ou do homem e do cidadão são direitos burgueses, vinculados ao domínio da burguesia e ao serviço desta classe; e, se, eventualmente, atribuídos a outras classes, não passam de liberdades formais, até por os trabalhadores não disporem, na socie-

⁽¹⁾ Assim como os direitos dos pais em relação aos filhos têm em vista a felicidade de uns e outros, e daí a sua garantia (art. 36.º, n.º 6). Cf. o nosso estudo *Sobre o poder paternal*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1990, págs. 23 e segs.

dade capitalista, de meios para os aproveitar e efetivar. Direitos fundamentais a promover não-de ser os direitos do trabalhador.

Para as correntes (sejam quais forem as suas inspirações) que se reclamam do Estado social de Direito, é possível desprender os direitos declarados nas Constituições liberais da ligação aos interesses da burguesia para os fazer plenamente direitos de todos os homens. Tal como é possível acrescentar, sem excluir, a esses direitos (afinal, direitos comuns na aceção acabada de indicar) direitos correspondentes a situações socioeconómicas específicas, designadamente direitos dos trabalhadores, e direitos que, sendo embora de todos os homens, para os trabalhadores assumem mais interesse (como o direito ao trabalho ou o direito à segurança social) — porque a experiência do constitucionalismo consiste, toda, na aquisição progressiva dos direitos daqueles que careçam de protecção. Lembremo-lo já no capítulo anterior.

Deste modo, independentemente de quaisquer outros aspetos, as Constituições mais recentes contemplam direitos em que sobressaem ora a qualidade genérica do homem enquanto homem, ora a do cidadão, ora a do trabalhador. E isso permite uma nova classificação dos direitos quanto à sua titularidade ⁽¹⁾.

32. Direitos pessoais, sociais e políticos

I — Um enfoque puramente individualista tenderá a circunscrever os direitos fundamentais àqueles que se prendem ou mais se prendem com a realização individual do homem — assim, a liberdade e a segurança (ou a liberdade, a segurança e a propriedade, na trilogia das Constituições liberais). Em contrapartida, perspectivas coletivistas ou (noutro plano) corporativistas tenderão a identificar direitos fundamentais com integração na coletividade ou em instituições coletivas, por só aí o homem se realizar. Entre estes pontos extremos, é possível, contudo, salientar direitos de diverso âmbito — tal como os revela, em grau variável, o Direito comparado.

⁽¹⁾ Assim, FELICE BATTAGLIA, *Estudios de Teoria del Estado*, trad., Bolonha-Madrid, 1966, págs. 157 e segs.

Uma diferente classificação dos direitos fundamentais quanto ao objeto ou ao conteúdo atende, pois, aos diversos círculos de desenvolvimento da pessoa que os direitos facultam e, para além disso, aos valores constitucionais que eles, mais ou menos intensamente, refletem. Donde, a tricotomia direitos pessoais, direitos sociais e direitos políticos ⁽¹⁾.

II — Há direitos em que se trata de proteger, direta e essencialmente, a pessoa enquanto tal, a pessoa singular, o indivíduo, nos atributos caracterizadores da sua personalidade moral e física. São os direitos que sempre se encontrariam, ainda que, por hipótese, não se constituíssem laços perduráveis de convivência social e apenas se desse a mera coexistência dos indivíduos. Neles cabem o direito à vida (art. 24.º da Constituição), o direito à integridade moral e física (art. 25.º), o direito à liberdade e à segurança (art. 27.º), a liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º) ou o direito de deslocação e de emigração (art. 44.º).

Há direitos da pessoa situada na sociedade, na sociedade civil (chamada assim em contraste com o Estado ou com o Estado-poder, não porque a sociedade civil não seja politicamente relevante — o que seria absurdo) ⁽²⁾. São os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advenientes da inserção nas múltiplas sociedades sem as quais ela não poderia alcançar e fruir os bens económicos, culturais e sociais *stricto sensu* de que necessita.

⁽¹⁾ Mais amplamente, JACQUES MARITAIN (*Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle*, cit., págs. 93 e segs.) fala em direitos da pessoa humana, direitos da pessoa cívica e direitos da pessoa social ou, mais em particular, da pessoa operária, sendo estes os direitos do ser humano nas suas funções sociais, económicas e culturais (direitos dos produtores e dos consumidores, direitos dos técnicos, direitos dos que se dedicam às obras do espírito). Também na encíclica *Laborem Exercens*, JOÃO PAULO II se refere a «direitos do homem do trabalho» (n.º 17).

Cfr. a classificação de direitos da Constituição italiana; a que apresentámos em *Um Projecto de Constituição*, Braga, 1975; e, de certo modo, o enquadramento da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia através de cinco grandes critérios — dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania.

⁽²⁾ Sobre o assunto, v. *Manual...*, III, cit., págs. 30 e segs., e autores citados.

E daí que se subdividam em direitos económicos, como a liberdade de profissão (art. 47.º) ou o direito de propriedade (art. 62.º), direitos culturais como a liberdade de imprensa (art. 38.º) ou o direito à educação e à cultura (art. 73.º) e direitos sociais *stricto sensu* como o direito de constituir família (art. 36.º, n.º 1) ou o direito à segurança social (art. 63.º).

Finalmente, há direitos da pessoa frente ao Estado ou no Estado, direitos de participação na vida pública (como se lê na rubrica do art. 48.º), direitos de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país (mesmo art. 48.º, n.º 1, e art. 21.º, n.º 1, da Declaração Universal). Identificam-se com o *status activae civitatis* de JELLINEK e compreendem o direito de informação sobre os atos do Estado e das demais entidades públicas (art. 48.º, n.º 2), o direito de sufrágio (art. 49.º), o direito de acesso a cargos públicos (art. 50.º), o direito de associação política (art. 51.º), o direito de apresentação de candidaturas à presidência da República (art. 124.º, n.º 1) ou o direito de tomar parte na administração da justiça (art. 207.º), etc.

Dum prisma valorativo, dir-se-ia que os direitos *personais* se ligam à autonomia, à liberdade e à segurança da pessoa; que os direitos *sociais* decorrem da sua sociabilidade e têm em vista objetivos de promoção, de comunicação e de cultura; e que os direitos *políticos* se ajustam à ideia de participação.

III — É ainda bem conhecida e significativa uma divisão mais simples: a divisão da liberdade em *civil* e *política*.

A liberdade civil abrange os direitos das pessoas no seio da sociedade civil. A liberdade política compreende todos os pertinentes à relação com o Estado-poder, sejam direitos de participação *stricto sensu* ou direitos políticos, sejam — principalmente — quaisquer liberdades enquanto exercidas ou projetadas na vida política (liberdade de opinião e expressão política, liberdade de formação de partidos e associações políticas, liberdade de reunião e manifestação política).

A liberdade civil é, por consequência, primordialmente uma liberdade-autonomia. A liberdade política pressupõe liberdade-autonomia e liberdade-participação.

Como mostrámos, a contraposição oferece, além do interesse histórico evidenciado na celeberrima contraposição de BENJAMIN CONSTANT, um interesse atual relevantíssimo quanto à distinção de regimes políticos.

33. Direitos gerais e direitos especiais

Assim como as normas jurídicas podem ser, de uma banda, normas de direito comum e normas de direito particular e, de outra banda, normas gerais e normas especiais — ali, classificadas a partir dos destinatários, aqui a partir do seu conteúdo precetivo⁽¹⁾ — também os direitos fundamentais podem ser direitos comuns e direitos particulares — consoante conferidos à generalidade das pessoas ou a categorias de pessoas definidas através de certas qualidades — e direitos gerais e direitos especiais — os primeiros atribuídos ou atribuíveis em razão de situações de carácter geral, os segundos atribuídos ou atribuíveis à face de situações especiais eventualmente verificáveis.

Esta classificação é eminentemente lógico-sistemática. Não se esgota, contudo, em puro pretexto para formalismos, porque ou permite realçar situações merecedoras de proteção acrescida ou vem adequar melhor o tratamento jurídico dos direitos aos bens que por eles devem ser alcançados.

São direitos especiais, entre outros, na Constituição portuguesa, o direito a *habeas corpus* por virtude de prisão ou detenção ilegal (art. 31.º, n.º 1), as garantias de processo criminal (art. 32.º), a proteção dos representantes eleitos dos trabalhadores no exercício das suas funções (art. 55.º, n.º 6), a especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto [arts. 59.º, n.º 2, alínea c), e 68.º] e a liberdade de propaganda eleitoral [art. 113.º, n.º 3, alínea c)]⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr., por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, 2005, págs. 527 e segs.

⁽²⁾ Em plano completamente diverso situam-se os regimes especiais dos partidos (art. 51.º) e das associações sociais sindicais (art. 55.º).

34. Direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais procedimentais

I — Referimo-nos atrás a uma dimensão procedimental, a um *status activus processualis*, como uma das tendências de visão atual dos direitos fundamentais, querendo com isso significar a necessidade de os compreender não só estaticamente, ou do prisma do seu conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento. Não basta declarar os direitos, reconhece-se hoje; importa instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos ⁽¹⁾.

Para além disso, o próprio fenómeno procedimental implica posições jurídicas subjetivas, verdadeiros direitos fundamentais. Implica-as, ou porque haja de se assegurar a intervenção dos cidadãos ou de grupo de cidadãos em decisões coletivas ou porque haja de ser garantida a defesa de outros direitos contra eventuais resultados desfavoráveis a que o procedimento possa conduzir.

É o caso, na Constituição portuguesa, em primeiro lugar, do direito de sufrágio (art. 49.º), do direito de formação de partidos políticos (art. 51.º), dos direitos de apresentação de candidaturas (arts. 124.º, 151.º e 239.º, n.º 4), assim como dos direitos de participação das organizações de trabalhadores na legislação do trabalho [arts. 54.º, n.º 5, alínea d), e 56.º, n.º 2, alínea a)], ou dos direitos de participação dessas organizações e das organizações representativas de atividades económicas na elaboração dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 92.º). E é o caso, depois, do direito, em geral, de acesso a tribunal (art. 20.º) do direito de ação

⁽¹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, Coimbra, 1990, e *Direito...*, cit., págs. 447 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, 1991, págs. 184 e segs., e *Os direitos...*, cit., págs. 151 e 152; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca...*, cit., págs. 206 e segs., 332 e segs. e 428 e segs.; PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, 1995, págs. 40 e segs. e 337 e segs.; ANGELO SCHIALLALI, *Derechos fundamentales y procedimiento entre libertad y seguridad*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13, Janeiro-Junho de 2010, págs. 209 e segs.

para defesa de interesses difusos [art. 52.º, n.º 3, alínea a)], do direito de participação dos administrados em procedimentos que lhes digam respeito (arts. 267.º, n.º 5, e 268.º, n.º 1), do direito de acesso à justiça administrativa (art. 268.º, n.ºs 4 e 5) ou das garantias dos arguidos em processo penal (art. 32.º) e em processo disciplinar (art. 269.º, n.º 3).

II — Justifica-se, pois, fazer uma contraposição entre *direitos fundamentais materiais* ou direitos das pessoas nas situações da vida constitucionalmente garantidas, e *direitos fundamentais procedimentais* ou direitos de pessoas conexas com procedimentos relativos a funções ou a órgãos de poder público ⁽¹⁾; e, nestes, ainda (como mostram os exemplos acabados de sugerir) subdistinguir direitos procedimentais *substantivos* — em que a participação no procedimento vale de per si — e direitos procedimentais *adjetivos* ou direitos *processuais* — em que está em causa a tutela de outros direitos por meio de regras de processo ⁽²⁾.

Trata-se, todavia, de classificação dependente de mais de uma variável e algo fluida, porque uns e outros direitos se interpenetram e completam.

35. Direitos e garantias

I — Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em *direitos propriamente ditos*, por um lado, e *garantias*, por outro lado ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Tópicos*, cit., págs. 9-10; JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, 1995, págs. 225 e segs.

⁽²⁾ VIEIRA DE ANDRADE (*O dever...*, cit., pág. 188) fala em 1) direitos fundamentais procedimentais ou direitos a determinados procedimentos como bens jurídicos autónomos; 2) direitos fundamentais de cunho procedimental, ou direitos dependentes de um procedimento, direitos cuja concretização ou cujo exercício individual só é possível através de uma normação ordinária de cariz organizatório ou procedimental; 3) direitos fundamentais postos em causa por um procedimento ou direitos de defesa em procedimento.

⁽³⁾ Cfr. o nosso artigo *Garantias Constitucionais*, in *Verbo*, IX, págs. 173-174, e autores citados, ou INGO WOLFGANG SARLET, *op. cit.*, págs. 178 e segs.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respetivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexa que possuem com os direitos; na aceção jus-constitucionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.

Ou, olhando àqueles direitos em que mais clara se revela a distinção, os direitos de liberdade:

— As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado;

— As liberdades envolvem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere* ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face — positiva e negativa ⁽¹⁾; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de atuação do Estado ou das próprias pessoas;

— As liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada ⁽²⁾.

Os exemplos são frisantes. Ao direito à vida (art. 24.º, n.º 1) correspondem as garantias que consistem na proibição da pena de morte (art. 24.º, n.º 2) e na proibição de extradição por crimes puníveis com a pena de morte segundo o direito do Estado requisitante (art. 33.º, n.º 6); ao direito à liberdade e segurança (art. 27.º, n.º 1) a não retroatividade de lei incriminadora (art. 29.º, n.º 1), o *habeas corpus* (art. 31.º) ou as garantias do arguido (art. 32.º); à liberdade de expressão e de informação (art. 37.º, n.º 1) a proibição de censura e a sujeição das infrações aos princípios gerais de direito criminal (art. 37.º, n.ºs 2 e 3); à liberdade sindical (art. 55.º, n.ºs 1 e 2) a não sujeição da eleição dos dirigentes sindicais a qualquer autorização ou homologação (art. 55.º, n.º 3); etc. ⁽³⁾.

⁽¹⁾ A liberdade de religião envolve a de professar e de não professar religião, a de associação a de se associar ou de não se associar, a de emigração a de emigrar ou de não emigrar, etc.

⁽²⁾ Cfr. as características dos direitos de liberdade apontadas por PIERFRANCESCO GROSSI, *op. cit.*, págs. 235 e segs.

⁽³⁾ V. uma classificação de garantias em JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, págs. 84 e 85.

Casos há em que se torna difícil discernir se se está diante de um direito autónomo ou de uma garantia. É o que sucede com a proibição de separar os filhos dos pais (art. 36, n.º 6), com a objeção de consciência (arts. 41.º, n.º 6, e 276.º, n.º 4), com o direito de queixa (arts. 52.º, n.º 1, e 23.º, n.º 1), com a proibição de *lock-out* (art. 57.º, n.º 4), com o direito à indemnização por requisição ou expropriação por utilidade pública (art. 62.º, n.º 2). Tudo dependerá então do prisma que se quiser adotar.

II — As garantias e os direitos procedimentais interpenetram-se, sem se confundirem.

As garantias acabadas de indicar, com exceção das de processo penal, são direitos fundamentais materiais. Assim como os direitos procedimentais substantivos são direitos *stricto sensu*, e não garantias. Mas reconduzem-se a garantias os direitos fundamentais adjetivos, estejam ao serviço de outros direitos fundamentais (a liberdade, a honra, a propriedade) ou ao serviço de direitos não fundamentais.

III — Controversa vem a ser a qualificação das garantias como direitos ou como direitos fundamentais. Há quem a conteste em nome das características acabadas de mencionar, por faltar ou parecer remota quase sempre a ligação aos sujeitos e por não convir transformar a organização constitucional (e, muito menos, legal) em interesse próprio dos cidadãos, com o corolário da afirmação de uma espécie de direito material à constitucionalidade (ou à legalidade).

Também haveria de se reconduzir as garantias a garantias institucionais se se assentasse no pressuposto de que, em Estado liberal ou burguês de Direito, verdadeiros direitos fundamentais são apenas os direitos de liberdade ⁽¹⁾.

A nossa posição é mitigada. Reconhecemos a existência de garantias constantes da Constituição que não são direitos — tão distantes ficam de qualquer possibilidade de invocação autónoma pelos cidadãos em juízo ou perante órgãos administrativos ou doutra natureza: assim, v. g., a proibição de um número nacional único dos cidadãos (art. 35.º, n.º 5), a independência dos órgãos de comunica-

⁽¹⁾ Retomando a expressão de SCHMITT atrás citada.

ção social perante o poder político e o poder económico (arts. 38.º, n.ºs 4 e 6, e 39.º, n.º 1) ou a proibição de programação da educação e da cultura segundo diretrizes ideológicas (art. 43.º, n.º 2). Todavia, muito mais numerosas são as garantias em que ocorre a atribuição ou a projeção subjetiva, conquanto mediata, tudo se passando como se houvesse o desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário — o direito propriamente dito — e num elemento ou momento secundário — a garantia ⁽¹⁾. As garantias são, desde logo, aqui elementos da definição constitucional desses direitos ⁽²⁾.

Corroboram este entendimento a história da reivindicação e da obtenção das garantias ⁽³⁾, mormente das da segurança pessoal (muitas das quais explicitadas antes da maior parte das liberdades), a formulação e a análise das respetivas normas, o seu sentido sistemático dentro da Constituição e a convicção arraigada na comunidade jurídica da sua inserção na esfera das pessoas.

As garantias podem e devem ser olhadas objetivamente como *têtes de chapitre* de grandes ramos de Direito, como o Direito criminal e o Direito processual criminal (há muito) ou (hoje também) o Direito administrativo. Enquanto objeto de preceitos constitucionais, a sua função própria é a de proteção das pessoas e estas podem nelas se firmar para defender a sua personalidade.

Somente a tal luz se compreende que se prescreva que ninguém pode ser submetido a tortura (art. 25.º, n.º 2), que a decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação de liberdade deva ser logo comunicada a parente ou a pessoa de confiança do detido, por este indicada (art. 28.º, n.º 3), que o processo criminal tenha estrutura acusatória (art. 32.º, n.º 5), que as associações não possam ser dissolvidas ou suspensas senão nos casos previstos na lei e mediante

⁽¹⁾ Cfr. a distinção entre direitos principais e direitos acessórios ou subordinados no acórdão n.º 51/87 do Tribunal Constitucional, de 4 de Fevereiro (in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 83, de 9 de Abril de 1987).

⁽²⁾ Sobre as garantias como direitos subjetivos à garantia, v. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *op. cit.*, pág. 33.

⁽³⁾ Sobre o aparecimento do conceito de garantias na França (embora com paralelo nos países anglo-saxónicos), v. PEDRO CRUZ VILLALON, *El Estado de Sitio y la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 225 e segs.

decisão judicial (art. 46.º, n.º 2), que nenhum trabalhador possa ser obrigado a pagar quotização para sindicato em que não esteja inscrito [art. 55.º, n.º 2, alínea b), 2.ª parte] ou que os atos administrativos careçam de fundamentação expressa quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (art. 268.º, n.º 3).

Somente a tal luz se compreende o regime minucioso muito justificado da suspensão de garantias, e não somente de direitos *stricto sensu*, em situação de necessidade (em estado de sítio ou em estado de emergência) com regras como a da especificação dos direitos suspensos ou da proporcionalidade (art. 19.º, n.º 5 e n.ºs 4 e 8), de óbvia índole subjetivista.

E também só assim se não confundem garantias como essas com condições de efetivação como as que se estabelecem para os direitos sociais [art. 9.º, alínea d), e primitivo art. 50.º]. São coisas diversas, por exemplo, os meios processuais de tutela da liberdade pessoal contra acusações e prisões arbitrárias e as condições de efetivação do direito ao trabalho (art. 58.º, n.º 3) ou do direito à habitação (art. 65.º, n.º 2). São-no, sobretudo — se bem que, como, de imediato, se vai frisar, a contraposição tenha de ser vista com todo o cuidado — quando as condições de efetivação acarretam incumbências do Estado: por certo, a fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho [art. 59.º, n.º 2, alínea b)], a criação de um serviço nacional de saúde (art. 64.º, n.º 2), o ordenamento do espaço territorial [art. 66.º, n.º 2, alínea b)] ou a criação de um sistema público de educação pré-escolar [art. 74.º, n.º 2, alínea b)] não poderiam ser elevados a direitos fundamentais.

IV — Numa perspetiva globalizante do sistema jurídico-constitucional, deve acrescentar-se que os direitos políticos e, em geral, os direitos de participação, para além de valerem por si mesmos, servem de garantias dos restantes direitos fundamentais — quer dos direitos de liberdade, quer dos direitos económicos, sociais e culturais. A história do direito de sufrágio mostra-o bem.

36. Direitos fundamentais relativos e absolutos?

Poderá transpor-se para o campo dos direitos fundamentais a distinção entre direitos relativos e direitos absolutos, vinda do domí-

nio civilístico e que também adquire algum relevo em Direito internacional público ⁽¹⁾?

Entendendo como entendemos os direitos fundamentais como direitos em face do Estado, parece que a resposta deve, em geral, ser negativa. Eles são sempre direitos relativos, ainda que em termos diversos dos que se verificam em Direito privado, porquanto por virtude do princípio da universalidade não pressupõem uma certa e determinada relação entre dois sujeitos: são todas as pessoas dentro da comunidade jurídico-política, cada um por si, que está em relação com o Estado ⁽²⁾.

Direitos fundamentais relativos em sentido próximo do Direito privado são, sim, o direito de resposta e de retificação (art. 37.º, n.º 4), o direito de liberdade sindical na empresa [art. 52.º, n.º 2, alínea d)], o direito à retribuição do trabalho [art. 59.º, n.º 1, alínea a)].

Alguns direitos fundamentais coincidem com direitos de personalidade, como se sabe, e estes são, por natureza, absolutos ⁽³⁾. Mas há uma diferença capital. Enquanto direito fundamental, o direito à vida consiste em não ser privado da vida, designadamente pela aplicação de morte (art. 24.º, n.º 2), o direito à integridade pessoal em não sofrer tortura (arts. 25.º, n.º 2, e 32.º, n.º 8), o direito à reserva de intimidade da vida privada em haver garantias efetivas contra a obtenção ou a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana de informações relativas às pessoas e às famílias (art. 26.º, n.º 2) — isto mesmo sem considerar específicos deveres de proteção.

⁽¹⁾ Cfr., entre nós, recentemente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, págs. 87 e segs.; MIGUEL GALVÃO TELLES, *Direitos absolutos e relativos*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, obra coletiva, Coimbra, 2005, págs. 643 e segs.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 10.ª ed., Coimbra, 2007, págs. 91 e 92; EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *op. cit.*, pág. 67, nota.

⁽²⁾ Cfr., em sentido próximo, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca...*, cit., págs. 179 e segs.

⁽³⁾ MIGUEL GALVÃO TELLES, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 666.

É certo também que não poucos direitos fundamentais vinculam os particulares (art. 18.º, n.º 1, 3.ª parte) como a liberdade de expressão (art. 37.º). Mas, independentemente de que seja o alcance dessa eficácia ⁽¹⁾, tal não os converte em direitos absolutos, porque ou se trata de uma eficácia derivada ou colateral ou então esses direitos reconduzem-se ainda a direitos de personalidade.

⁽¹⁾ Cfr. *infra*.