

*A Protecção dos Direitos Fundamentais*

1. Num dos textos que compõem o clássico “A Era dos Direitos”, intitulado “Os Fundamentos dos Direitos do Homem”, Norberto Bobbio dizia que “[o] problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Bobbio falava na sua qualidade de filósofo. E por isso mesmo empregava a expressão que se coaduna com a investigação filosófica – a de direitos do homem. Mas para nós, juristas, a expressão a empregar é a de *direitos fundamentais*, visto que a matéria que neste domínio nos interessa não releva apenas de categorias filosóficas ou políticas; decorre do direito positivo, o qual devemos conhecer e compreender para melhor o interpretar e aplicar.

No entanto, apesar desta diferença de perspectivas que nos separam da visão de um autor como Bobbio, creio que poderemos também nós subscrever a ideia atrás enunciada: o problema fundamental em relação aos direitos fundamentais [passe a tautologia] não é o de os justificar mas de os proteger. E este não é apenas um problema filosófico e político, como dizia o autor. É um problema jurídico, visto que ao jurista caberá em larga medida a tarefa de garantir que os direitos venham a ser adequadamente exercidos por parte daqueles que são os seus titulares.

2. Para poder realizar com êxito esta tarefa o jurista está dependente dos instrumentos que lhe sejam facultados pelo ordenamento que tem que aplicar, os

quais por seu turno decorrem da preocupação que o legislador tenha tido com a protecção devida aos direitos.

No ordenamento português essa preocupação foi desde a Assembleia Constituinte máxima. Pode sustentar-se a afirmação sem hesitação: a preocupação do nosso legislador constituinte com a protecção dos direitos foi de *máximo* grau. Razões históricas claras justificam que assim fosse. A Constituição foi para nós, antes de tudo o mais, a carta de navegação que nos orientou no caminho que encetámos rumo a uma sociedade aberta; e, no iniciar desse caminho, a ideia inspiradora da Constituinte foi sem dúvida a de que tal transição histórica não estaria assegurada se se não protegessem maximamente os direitos individuais dos portugueses. Assim, e depois de um debate inicial que incidiu sobre a questão de saber a que tipo de direitos se deveria dar a primazia lógica, na organização do discurso – se aos chamados direitos de liberdade, se aos outros, designados como direitos sociais –, encontrámos uma solução *textual* que perdura até hoje e que é caracterizada por três elementos essenciais.

Em primeiro lugar, por aquele elemento que decorre da divisão dos direitos fundamentais dos portugueses em duas categorias básicas, a dos chamados direitos, liberdades e garantias, por um lado, e a dos chamados direitos económicos, sociais e culturais, por outro. O facto de esta divisão ter sido acolhida denota desde logo a clara influência que a linguagem adoptada pelos Tratados Internacionais redigidos sob a égide da ONU nos anos sessenta do século passado – o Tratado dos Direitos Cívicos e Políticos e o Tratado dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais – terá tido nos trabalhos da Constituinte; mas denota também o desfecho que veio a ter o debate inicial que nela se travou a propósito dos direitos fundamentais e da sua protecção. Ao decidir que na organização do texto deveria ser dada primazia lógica à enunciação dos ditos *direitos, liberdades e garantias* e não à enunciação dos *direitos económicos, sociais e culturais*, a Assembleia Constituinte selou a discussão inicial nela tida quanto aos fundamentos das liberdades. A ideia, seguida por aqueles que defendiam que se reconhecesse primazia lógica aos chamados direitos sociais sobre os direitos de liberdade, e segundo a qual não passaria de mera forma [sem

conteúdo] toda e qualquer autonomia individual que não fosse assegurada por específicas condições económicas, não veio a obter o sufrágio da maioria. O texto ficou, portanto, como ainda agora está: os direitos fundamentais são direitos de liberdade e direitos sociais; mas os primeiros vêm enunciados em primeiro lugar, porque se não demonstrou que a liberdade nada mais fosse do que uma consequência da sociedade ou de um específico modo de organização económica e social. Este, portanto, o primeiro elemento que caracteriza o texto, tal como ele foi elaborado em 76 e tal como ele chegou até nós.

O segundo elemento que o caracteriza é o da extensão. A parte I da nossa Constituição é inusitadamente extensa. E digo *inusitadamente* por comparação com partes análogas de textos constitucionais dos demais Estados-membros da União Europeia (para não mencionar os textos das cartas históricas de direitos). Nenhum dos demais vinte e sete Estados detém um catálogo tão extenso e tão detalhado de direitos quanto o nosso; e esta característica, de extensão e pormenorização, está presente tanto no catálogo dos direitos de liberdade quanto no catálogo dos direitos sociais. Associá-la à particular preocupação que o legislador constituinte terá tido de *proteger maximamente* os direitos não será nem errado nem difícil. Basta reler os debates da Assembleia para se ter a noção precisa de que o *detalhe* do texto, e a *generosidade* do catálogo, não foram apenas o resultado do dissenso profundo que dividia os membros do parlamento quanto ao modelo de ordem colectiva a instituir. Normalmente, e como sabemos, é esta a explicação de História que se dá aos textos inusitadamente longos: a extensão, diz-se frequentemente, é tanto maior quanto mais funda for a discórdia, uma vez que a falta de acordo sobre o caminho a seguir se tende a saldar no estabelecimento de compromissos formais que nada mais fazem do que dilatar para o futuro a decisão que se não pôde, ou quis, tomar no presente. Todavia, e como ia eu dizendo, basta reler os Diários da Constituinte para que se tenha a nítida noção de que não foi apenas o *compromisso formal dilatatório* entre visões inconciliáveis [sobre a ordem que se queria instituir] que justificou a inusitada extensão e pormenorização da Parte I da Constituição. Justificou-a também uma genuína preocupação em proteger *maximamente* os direitos, defendendo-os de todas as ameaças que a transição histórica de uma sociedade fechada para uma sociedade

aberta poderia consigo trazer. Este, portanto, o segundo elemento que caracteriza o texto que chegou até nós: o catálogo mais extenso, e mais pormenorizado, de direitos de liberdade e de direitos sociais que se conhece, tendo pelo menos em conta os textos das constituições dos demais membros da União Europeia.

O terceiro elemento que há ainda a sublinhar, creio, é o da *abertura* desse mesmo catálogo. Para além de ser um elenco especialmente generoso, o elenco da Parte I da Constituição não é um elenco fechado: «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e das regras aplicáveis de Direito Internacional» (artigo 16.º). Assim se manteve, em 76, a solução que vinha já do constitucionalismo republicano (artigo 4.º da Constituição de 1911) e que de algum modo fora inspirada pela nona emenda à Constituição norte-americana.

3. Todos estes três elementos que acabei de identificar são expressivos da particular preocupação que o legislador constituinte dedicou à protecção dos direitos fundamentais. Não é apenas a inusitada extensão de um elenco longo e pormenorizado que revela tal preocupação. Também a revela o facto de se ter feito acrescer a esse elenco longo a cláusula aberta dos direitos, da qual decorre que a «fundamentalidade» não será uma categoria formal mas substancial, uma vez que pode existir fora do texto aprovado pela Assembleia Constituinte; como também a revela a divisão básica entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, com o debate fundador que a pressupôs. Tanto num caso como noutro, o que norteou as soluções textuais foi a intenção de salvaguardar *maximamente* o exercício efectivo dos direitos num quadro histórico de transição. À adopção da chamada «cláusula aberta» esteve subjacente a intenção clara de não impedir no futuro nem a «descoberta» de novos direitos nem o seu reconhecimento jurídico-formal; e ao debate matricial relativo à precedência lógica dos direitos de liberdade ou dos direitos sociais (e ao acolhimento da divisão entre ambos) esteve subjacente a consciência clara de que a enunciação textual das liberdades poderia não ser um elemento suficiente para a garantia do seu exercício efectivo. Em todos estes domínios, portanto, a Assembleia

Constituinte revelou uma consonância perfeita com a afirmação de Norberto Bobbio que recordei atrás. O principal problema a propósito dos direitos é o de saber como protegê-los.

4. Passadas décadas sobre o período constituinte, e concluída a transição histórica de uma sociedade fechada para uma ordem aberta, creio que é nosso dever interrogar-nos, agora, sobre a real capacidade que estes três elementos tiveram para realizar a finalidade precípua que no tempo da Constituinte o justificou – a protecção efectiva dos direitos. E creio também que a resposta a esta interrogação só pode ser uma: os três elementos, juntos, trouxeram dificuldades acrescidas à tarefa de protecção dos direitos. Não contribuíram, como se pensava na Constituinte, para assegurar a sua garantia. Antes trouxeram para quem deve fazê-lo dificuldades acrescidas. Desenvolverei a partir de agora esta afirmação.

4.1. Numa ordem democrática, plural e aberta, o assegurar da protecção efectiva dos direitos não é tarefa que possa ser desempenhada num só golpe por uma só autoridade, exercida num só tempo e reduzida a escrito num só texto – ainda que esse seja o texto constituinte. A protecção dos direitos é, pelo contrário, tarefa quotidiana, que se vai cumprindo *genericamente* no seio da própria comunidade, com os seus contextos vários de História e de Cultura, e que se cumpre *especificamente* através da acção, também ela quotidiana, dos Tribunais. Numa ordem como a nossa, em que, como diz a Constituição, “para além dos tribunais comuns”, existe ainda um Tribunal Constitucional, tal tarefa caberá em última instância à jurisdição constitucional.

Ao realizá-la, a autoridade jurisdicional – tanto a comum quanto a do Tribunal Constitucional – não age nem como *opositora* nem como *executora* da vontade constituinte. Não age como *opositora*. A vontade constituinte é vontade democrática; e não havendo (e nunca sendo sido provado que tal houvesse) nenhuma incompatibilidade de raiz ou de natureza entre função jurisdicional e

princípio democrático, a autoridade dos tribunais – na sua função de protecção dos direitos – não se exerce em oposição à autoridade constituinte mas em complemento dela: serve para resolver tudo aquilo que aquela não pôde ou não quis resolver, e que caiba ainda dentro do âmbito de exercício da função jurisdicional. Mas, por isso mesmo, a autoridade dos tribunais também não é ela própria *mera executora* da autoridade constituinte: a natureza mesma do direitos fundamentais, e dos problemas que decorrem da necessidade de protecção efectiva, impedem que assim seja.

Neste domínio, requer-se que a jurisdição seja capaz de determinar rigorosamente as faculdades ou os poderes que os direitos conferem a quem os detém; que seja capaz de assegurar a convivência harmoniosa dessas faculdades ou poderes com as faculdades ou poderes que se inscrevam em outros direitos, que com os primeiros conflituam ou concorram; que seja capaz de encontrar o ponto de equilíbrio entre o exercício desses poderes e faculdades, por natureza *subjectivos*, com as exigências de natureza *objectiva* que são próprias da comunidade na qual se exercem os direitos. O cumprimento cabal destas exigências convive mal com uma cultura jurídica de cunho dedutivo e formal (no pejorativo sentido do termo), que se limite a conceber a actividade do jurista como sendo a mera execução de decisões já tomadas, dadas ou *postas* por uma autoridade pré-existente. No quadro de uma ordem democrática, aberta e plural, não pode deixar de ser controversa a definição do conteúdo dos direitos, como não pode deixar de ser conflitual o modo da acomodação desse conteúdo aos direitos dos outros e às exigências do interesse colectivo. Por isso, à função jurisdicional pede-se que seja capaz de, em cada momento, justificar com argumentos de razão pública as soluções que encontra para apaziguar a controvérsia e solucionar o conflito. Mas, para que tal suceda, necessário é que esteja ao alcance dessa função, e ao alcance da autoridade que a exerce, a construção de uma visão sistemática dos direitos; a compreensão daquilo que os une e que os eleva à condição de direitos fundamentais; a percepção, em suma, de que a sua consagração [por parte da Assembleia Constituinte] obedeceu a um critério que imprime ordem e sentido ao elenco dos direitos, tornando-o em *outra coisa* que não um aglomerado de elementos onde é difícil descortinar alguma unidade.

4.2. Ao entender que seria graças à *extensão* e ao *pormenor* de regulação da Parte I da Constituição que se viria a assegurar a protecção dos direitos que nela se consagra, a Assembleia Constituinte acabou por formular soluções textuais que dificultam, mais do que promovem, a referida protecção, tal como ela deve ser levada a cabo pela acção quotidiana dos tribunais comuns e, em última instância (e muito particularmente) pela acção do Tribunal Constitucional.

É que a parte dogmática da nossa Constituição é tão inusitadamente longa, e tão inusitadamente pormenorizada, que leva mais facilmente a crer que a sua função é a de enumerar as primícias dos diferentes “ramos” do direito (como se existisse, em corpos separados e estanques, uma constituição para o direito fiscal, uma outra para o direito penal ou processual, ou ainda uma outra para o direito administrativo) e não a de identificar o que é que para nós *fundamental*, tanto no domínio das posições jurídico-subjectivas que devem ser garantidas quanto no domínio dos valores colectivos que, por causa delas, prosseguimos. Se é na parte dogmática da Constituição que se encontra aquilo a que antigamente se chamava as “têtes de chapitre” dos diferentes domínios do direito infraconstitucional, tal sucede não porque seja na necessidade da enunciação destes “títulos de capítulos” que reside a sua básica razão de ser. A Parte I da Constituição não existe para ser um índice, em capítulos separados, dos diferentes ramos do Direito comum. A Parte I da Constituição existe para consagrar um sistema coerente de direitos que, sendo *substancialmente fundamentais*, predeterminam ou condicionam, com diferentes graus de intensidade, a acção do legislador ordinário. Uma coisa é diferente da outra, e uma coisa é decorrência da outra. Por isso, não pode entender-se que a *interpretação do sistema coerente de direitos* se esgota na enumeração dos diferentes “títulos dos capítulos” do direito ordinário. No entanto, a extensão e pormenorização da parte dogmática da nossa Constituição induz a que muitas vezes, na nossa experiência corrente, se confunda uma coisa com a outra.

Semelhante confusão é ainda potenciada, a meu ver, pelo facto de a regulação extensa ser a marca, não apenas do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, mas ainda do catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais.

Sobre a divisão entre estas duas grandes categorias de direitos, e sobre os muitos problemas que ela coloca, uma outra apresentação seria necessária, dada a profundidade de análise que o tema em si reclama. Por agora, apenas quereria salientar o seguinte. Uma vez que à divisão – inspirada que foi pela dicotomia introduzida pelos Pactos Internacionais redigidos nos anos sessenta, e entretanto superada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, escrita no virar do século – se juntou entre nós a extensão e pormenorização da regulação, o texto pode inculcar ainda por este motivo a ideia segundo a qual o “sistema” dos direitos nada mais é do que a sùmula de princípios que fundam as mais diversas disciplinas de direito comum, sùmula à qual se subsume ou se deve subsumir, para cada caso e em quaisquer matérias, a acção do legislador ordinário. Ora esta visão das coisas prejudica todos os esforços feitos no sentido de ler esse sistema à luz da sua unidade (e não à luz de uma desconcertante pluralidade), e, de por isso, nele encontrar razões substanciais que justifiquem por que motivo se atribuiu a qualidade de *fundamental* a certa posição jurídico-subjectiva e não a outra.

Por causa de tal prejuízo, a chamada “cláusula aberta” dos direitos revelou-se, ao longo de todos estes anos, uma cláusula incapaz de ser aplicada.

Como disse, a sua previsão, por parte do legislador constituinte, relevou ainda da máxima preocupação que então se teve em assegurar aos direitos uma efetiva protecção. O que esteve aqui em causa foi a necessidade de se não fechar num certo momento histórico a categoria da “fundamentalidade”, permitindo-se ao intérprete, no futuro, a descoberta de novos direitos sem assento expresso no texto escrito em 1976. Mas a verdade é que não foi através do recurso a esta cláusula que o Tribunal Constitucional afirmou a existência desse direito não escrito que se consubstancia no *direito a um mínimo de existência condigna*. A jurisprudência que foi firmando este direito, ao longo dos anos noventa e no início deste século, não precisou de recorrer à figura contida no artigo 16.º; limitou-se a extraí-lo, como

sabemos, das normas do artigo 1.º (dignidade da pessoa humana) e do artigo 60.º (direito à segurança social). Podemos dizer que assim foi porque a “cláusula aberta” tem por raiz um equívoco e por horizonte uma desnecessidade. Tem por raiz um equívoco: o de pressupor que a categoria da “fundamentalidade” não escrita haverá necessariamente que ser “descoberta” *fora* dos princípios constitucionais formais, como se estes não contivessem em si mesmos a heurística capacidade para serem geradores de normas em função da ponderação de casos. Pode ainda argumentar-se que a “cláusula aberta” tem por horizonte uma desnecessidade: num catálogo tão extenso de direitos – dir-se-á – a preocupação em assegurar-se a “abertura”, no futuro, ao reconhecimento de direitos não escritos será em si mesma uma preocupação desnecessária. Reconhecerei mais razão ao primeiro argumento do que ao segundo. De todo o modo, o que importa agora salientar é que, sendo equívoca ou porventura desnecessária, a “cláusula aberta” não poderia vir a ter outro fado que não aquele que lhe foi destinado em todas estas décadas. A sua aplicação estaria sempre dependente da possibilidade de formulação de um critério substancial (e não meramente formal) de *fundamentalidade* dos direitos, que munisse o intérprete de um guia que lhe permitisse descobrir direitos desta natureza fora do texto da Constituição. Mas foi justamente a descoberta deste critério que a pletórica formulação textual da Parte Dogmática da Constituição tanto dificultou.

5. Celebramos hoje o 35.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Mais de três décadas de vida é um facto em si mesmo tão importante que teríamos sempre razões para o celebrar; mas num quadro de direito substantivo tão complexo quanto aquele que acabei de descrever a celebração redobra de intensidade. O Tribunal soube ao longo destes anos criar e consolidar uma jurisprudência que procurou dar sentido e unidade a um sistema de direitos assente num texto onde não será tudo menos clara a orientação sistemática; procurou proteger efectivamente os direitos interpretando uma parte dogmática da Constituição que, pela sua natureza pletórica, coloca desde logo a questão de saber se todos os preceitos que nela se incluem serão, na verdade – e em que medida o serão – *normas de direitos fundamentais*; exerceu

a sua específica função no contexto de uma cultura jurídica geral que, pelas razões já expostas, se foi alimentando daquele modo de pensar formalista que resume aos métodos de aplicação de uma qualquer lei os métodos de interpretação jurisdicional da constituição. O Tribunal tudo isto fez, apesar da insistência do legislador em atribuir-lhe competências que são largamente estranhas à sua precípua função de justiça constitucional.

Celebrar 35 anos de existência implica também assumir o compromisso de proteger o legado já existente. Por isso, concluirei dizendo que esse legado se protege alertando para os riscos de atribuição de mais competências ou para os riscos de previsão de mais meios processuais. A introdução do recurso de amparo, que alguma doutrina tem entendido ser fundamental para suprir déficits existentes na efectiva protecção dos direitos fundamentais, será, a meu ver, uma modificação que trará tais riscos. Colocar a introdução de tal meio processual no centro do debate, como se fosse ele e só ele o instrumento que nos faltasse para que pudéssemos assegurar uma efectiva protecção dos direitos fundamentais, não é, a meu ver, acertado. É certo que, para tal efeito, nos fazem falta “melhores instrumentos”. Mas não penso que possamos ou devamos reduzir tudo o que nos faz falta a mais um meio processual. A raiz dos nossos problemas situa-se, creio eu, bem *aquém* do processo.

*Maria Lúcia Amaral*

Lisboa, 24 de Maio de 2018