

“TODOS DIFERENTES, TODOS IGUAIS” BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

VASCO PEREIRA DA SILVA²

RESUMO: Todos os direitos fundamentais apresentam uma identidade axiológica, enquanto manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, e uma identidade de natureza jurídica, em virtude da respectiva natureza “duplamente dupla”, na medida em que apresentam simultaneamente uma dimensão negativa e uma dimensão subjectiva. Assim, os direitos fundamentais apresentam uma natureza jurídica unitária, independentemente do “momento do seu nascimento” - e consequente integração na “primeira”, na “segunda” ou na “terceira geração” - ou da sua “arrumação constitucional” como “direitos, liberdades e garantias” ou como “direitos económicos, sociais e culturais”. Pois, todos eles, devem ser qualificados simultaneamente como: direitos subjectivos e princípios jurídicos ou como estruturas objectivas da comunidade. Assim, todos os direitos fundamentais gozam, em face da Constituição portuguesa, de um regime jurídico unitário, devendo por isso ser-lhes aplicadas as regras do regime dito dos direitos, liberdades e garantias, na medida em que constituam direitos subjectivos, e o regime dos direitos económicos, sociais e culturais, na medida da respectiva dimensão objectiva, enquanto princípios fundamentais da ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Portugal; Direito Constitucional.

ABSTRACT: All fundamental rights present an axiological identity, as manifestations of the human dignity principle, and a legal nature identity, due to the respective “double double” nature, to the extent that they present simultaneously a negative and a subjective dimension. Fundamental rights thus present a unitary legal nature, regardless of their “birth moment” – and the resulting integration in the “first”, “second” or “third generation” – or “constitutional arrangement” as “rights, liberties and guarantees” or as “economic, social and cultural rights”. For they all must be qualified simultaneously as subjective rights and as legal principles

Artigo recebido em 22.06.2011. Artigo aceito para publicação em 05.09.2011 mediante convite.

¹ «“Todos Diferentes, Todos Iguais” - Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais» foi elaborado para integrar o livro de homenagem ao Prof. Doutor Luís Carvalho Fernandes, com quem aprendi a noção de direito subjectivo, na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil, na Universidade Católica Portuguesa. O presente texto retoma, com as necessárias adaptações, o que antes se escreveu em VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura», Almedina, Coimbra, páginas 27 e seguintes.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. *vasco@fd.lisboa.ucp.pt.*

or objective community structures. Therefore, all fundamental rights enjoy, under the Portuguese Constitution, a unitary legal regime, as a result of which it should be applied to them the rules of the “rights, liberties and guarantees” regime, in that they constitute subjective rights, and the “economic, social and cultural rights” regime, in that they have an objective dimension as fundamental principles of the legal order.
KEYWORDS: Fundamental Rights; Portugal; Constitutional Law.

SUMÁRIO: 1. Os Direitos Fundamentais “na história”. As Diferentes “gerações” de Direitos Fundamentais; 2. A Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais como Direitos Subjectivos e como Estruturas Objectivas da Sociedade; 2.1. A Dimensão Subjectiva: Os Direitos Fundamentais como Direitos Subjectivos; 2.2. A Dimensão Objectiva dos Direitos Fundamentais; 3. O Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa. Unidade ou Diversidade?; Referências.

SUMMARY: 1. Fundamental Rights “in history”. The Different “generations” of Fundamental Rights; 2. The Double Dimension of Fundamental Rights as Subjective Rights and Objective Society Structures; 2.1. The Subjective Dimension: Fundamental rights as subjective rights; 2.2. The Objective Dimension of Fundamental Rights; 3. The Legal Regime of Fundamental Rights in the Portuguese Constitution. Unity or Diversity?; References.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS “NA HISTÓRIA”. AS DIFERENTES “GERAÇÕES” DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As constituições “vivas” caracterizam-se pela “abertura no tempo”, pois o respectivo conteúdo material vai sendo – quotidiana e renovadamente – concretizado e recriado em cada momento histórico, enquanto resultado circunstancial de uma constante (e ineliminável) relação de “amor/ódio”, ou de “conflito/compromisso”, entre valores, princípios, normas jurídicas e realidade constitucional, em estado de permanente evolução. Assim, a Constituição não é apenas o resultado de determinadas circunstâncias históricas, como também a forma de reagir sobre elas, pelo que é a si mesma que lhe compete a tarefa de ir construindo (ou não, no caso das constituições “falhadas”) a própria História.

Neste “jogo constitucional” de interações permanentes verifica-se, então, um entrecruzamento entre a “História (pública)” e as “histórias (privadas)”, uma vez que, num Estado democrático e de direito, a Constituição vai sendo diariamente construída e vivificada por todos e cada um dos cidadãos que - à semelhança do “bourgeois gentilhomme”, de MOLIÈRE – “passam a vida inteira a fazer Direito Constitucional sem o saber”... Relacionamento entre “a História” e “as histórias” da Constituição que é particularmente evidente no domínio dos direitos do Homem ou dos direitos fundamentais, nos quais se manifestam – de “forma vital” – tanto as situações de confronto/encontro entre indivíduo e colectividade, como os problemas de conflito/cooperação entre valores, normas e factos.

Importa assim considerar os direitos fundamentais, enquanto modo de efectivação do princípio da dignidade da pessoa humana na História, simultaneamente nas perspectivas axiológica e histórica. Pois, «a dimensão

histórica dos direitos humanos constitui uma forma de realização da sua dimensão axiológica, uma vez que os princípios ético-jurídicos ligados à realização da dignidade da pessoa humana assumem uma configuração histórica concreta numa determinada comunidade, num momento dado. A perenidade dos direitos do Homem, enquanto exigências de realização integral da dignidade da pessoa humana, não impede, pois, a circunstancialidade da sua concretização num local e numa época determinados»³.

Uma “chave de leitura” possível da conjugação destas dimensões axiológica e histórica é procurar relacionar a(s) história(s) das posições subjectivas de vantagem dos particulares com a do Estado e a da Constituição, mediante o recurso à ideia das “gerações” de direitos fundamentais. Neste sentido, as “gerações” de direitos fundamentais seriam a manifestação da historicidade da dignidade da pessoa humana em cada uma das etapas da evolução do Estado e da Constituição, nomeadamente, através da correspondência entre os “direitos da primeira geração” e os modelos de Estado e de Constituição Liberal, os da “segunda geração” e os de Estado e de Constituição Social e os da “terceira geração” com os de Estado e de Constituição Pós-Social.

Mas, para falar em gerações de direitos fundamentais, é preciso esclarecer, primeiro, aquilo que se entende por cada um desses termos, de modo a evitar “ruídos de comunicação”, resultantes da atribuição de sentidos diferentes (e, nalguns casos, mesmo antagónicos) a uma denominação (aparentemente) comum. Assim, «em minha opinião, falar em gerações de direitos humanos pode ser uma noção equívoca, se utilizada no sentido determinista de evolução de estádios inferiores para outros mais desenvolvidos, que se substituem uns aos outros – que o mesmo é dizer, em termos metafóricos, se se encarar esta questão como um fenómeno de “luta de gerações”. Da mesma maneira que pode ser uma noção incorrecta, se entendida num sentido objectivista, considerando que as “novas” gerações já não têm que ver com direitos das pessoas, individualmente consideradas, antes com aspirações colectivas, comunitárias ou dos povos»^{4, 5}.

De resto, distintas são também as “árvores genealógicas” em matéria de direitos fundamentais. Assim, há os que distinguem entre «os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento,

³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente», Almedina, Coimbra, 2002, pp. 21 e 22.

⁴ Crítica desta assimilação dos direitos dos povos aos direitos do Homem é também a posição de Jorge Miranda, ainda que o autor identifique os direitos de “terceira geração” com os “direitos dos povos”, em termos que se afastam da orientação que defendo. Vide JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais», tomo IV, 2ª edição, Coimbra Editora, 1993, páginas 62 e seguintes.

⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 22. Em sentido próximo, vide JOHN RAWLS, «O Direito dos Povos» (tradução), Martins Fontes, São Paulo, 2001, mx. páginas 102 e seguintes.

o direito ao património comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os Estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos» (CANOTILHO). Tal como há também os que se referem a quatro gerações de direitos fundamentais, entendendo que «a primeira seria a dos direitos de liberdade (...), a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política, a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores, a quarta seria a dos direitos dos povos» (CANOTILHO) ⁶.

Pela minha parte, não me revejo nestas “famílias” de direitos fundamentais nem considero correcta a elaboração das respectivas “árvores genealógicas”. Para mim, os direitos fundamentais (como, de resto, quaisquer outros direitos subjectivos) são posições jurídicas de vantagem de pessoas concretas e determinadas (ainda que possam ser consideradas tanto individualmente como integradas num grupo), não são realidades objectivas desprovidas de sujeito(s), pertença de todos e de ninguém - à semelhança das “pombinhas da Cat’rina”, que “andam de mão em mão” e “são de quem as apanhar”. Não há que confundir o direito objectivo com os direitos subjectivos, pois, conforme escreve HENKE, «o direito que existe independentemente da minha pessoa (...) é, como é óbvio, algo diferente do meu direito, que eu tenho relativamente a outrém»⁷. Assim, a solidariedade, o desenvolvimento, a tutela do património comum da Humanidade, entre outros, constituem princípios objectivos essenciais da ordem jurídica internacional, mas não são direitos humanos; integram o direito objectivo e criam tarefas a cargo do Estado e de entidades públicas, mas não conferem direitos subjectivos aos indivíduos.

Esclarecidas estas “questões de família”, não obstante, julgo continuar a valer a pena utilizar a designação de gerações de direitos fundamentais. Isto, porque «falar em gerações de direitos humanos é (...) um conceito útil, se elas forem consideradas como momentos históricos de realização dos direitos dos indivíduos. As gerações representariam, assim, a dimensão da historicidade dos direitos humanos, mostrando como a matriz comum dessas posições subjectivas se vai concretizando ao longo do tempo, conduzindo ao progressivo aprofundamento e desenvolvimento das formas de realização da dignidade da pessoa humana»⁸. Da mesma maneira como, «entendidas desta forma, as gerações de direitos que se vão sucedendo não põem em causa o legado histórico das anteriores, nem pretendem substituir-se umas às outras, tal como não perdem a sua dimensão individual, antes constituem estádios sucessivos de aprofundamento e de desenvolvimento dos direitos do Homem.

⁶ GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 386.

⁷ WILHELM HENKE, «Das subjektive Recht im System des oeffentlichen Rechts», in «Die oeffentliche Verwaltung», nº 17, Agosto de 1980, p. 622.

⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 22.

Usando a metáfora de há pouco, o que está aqui em causa não é um fenómeno de “luta”, ou de “confronto”, mas sim de “convívio de gerações” de direitos do Homem⁹.

Assim, de acordo com a “árvore genealógica” que proponho, ligando gerações de direitos e modelos de Estado e de Constituição, haveria a considerar:

1) que «com o modelo de Estado Liberal, e no quadro de uma filosofia não intervencionista dos poderes públicos na vida da sociedade, surge a primeira geração dos direitos humanos, que inclui as liberdades individuais e os direitos civis e políticos (v.g. a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, o direito de propriedade privada, o direito de voto)¹⁰. Em causa estava a protecção dos indivíduos contra o Estado, que obrigava à abstenção dos poderes públicos na esfera (ironizando, poder-se-ia mesmo falar nos “domínios”) das pessoas garantidos pelos direitos fundamentais»¹¹;

2) que «o Estado Social, que assume uma dimensão prestadora chamando a si a realização de tarefas nos domínios económicos, sociais e culturais, trouxe consigo a segunda geração dos direitos humanos, correspondente aos direitos sociais (v.g. o direito ao trabalho, à segurança social, à saúde, à educação). Tratava-se, agora, de assegurar a protecção dos indivíduos através da actuação do Estado, realizada sobretudo através da função administrativa, o que levou à caracterização deste modelo, de acordo com a expressão consagrada pela doutrina alemã, como um “Estado de Administração” (“Verwaltungsstaat”)¹². Mas, ao mesmo tempo, esta nova geração de direitos, vem acompanhada da transformação dos direitos políticos (nascidos na geração anterior), que agora se generalizam a todos os cidadãos, mediante a consagração do sufrágio universal, conduzindo ao “alargamento do público político” típico da “sociedade técnica e de massas” (ROGÉRIO SOARES)¹³;

3) que «o Estado Pós-social em que vivemos, no quadro de uma lógica constitutiva e infra-estrutural dirigida para a criação de condições para a colaboração de entidades públicas e privadas, está associado a uma terceira geração de direitos humanos em novos domínios da vida da sociedade, como é o caso do ambiente e da qualidade de vida, da protecção individual relativamente à informática e às novas tecnologias, da tutela da vida e da personalidade em face da genética, sendo ainda

⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., pp. 22 e 23.

¹⁰ Refira-se, no entanto, que os direitos políticos, na altura, possuíam ainda natureza “classista”, correspondendo sociologicamente à afirmação política da classe burguesa, conforme resultava das regras de sufrágio restrito (censitário ou capacitário), só mais tarde, com o advento do Estado Social, se verificando a adopção do sufrágio universal.

¹¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 23.

¹² VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 23.

¹³ Vide ROGÉRIO SOARES, «Direito Público e Sociedade Técnica», Coimbra, Atlântida, 1969.

de incluir nesta categoria as garantias individuais de procedimento (o qual é entendido não apenas como instrumento de legitimação do poder, mas também como modo de realização da protecção jurídica subjectiva)¹⁴. Pertencem assim a esta geração, entre outros, o direito ao ambiente, à qualidade de vida, de acesso a bancos de dados, de preservação do património genético¹⁵, de participação e de audiência no procedimento», de acesso ao direito e de protecção jurídica, de forma a garantir a tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares. Em «causa está, uma vez mais, o retorno à ideia de protecção do indivíduo contra o poder, acentuando a ideia de defesa das pessoas contra novas ameaças provenientes tanto de entidades públicas como privadas, sem que isso signifique pôr em causa a necessidade de garantia dos direitos também através da acção estadual¹⁶».

Esta sucessão “geracional” implicou mudanças quantitativas e qualitativas na noção de direitos fundamentais, que conduziram tanto ao seu alargamento como à sua transformação¹⁷. Assim, por um lado, dá-se a “descoberta” de novos direitos fundamentais, seja em todas aquelas novas situações em que a dignidade da pessoa humana se defronta com graves e distintas ameaças (até então, desconhecidas ou insignificantes) exigindo uma protecção jurídica ao nível constitucional, seja como resultado da “decomposição” ou “recomposição” de “clássicos” direitos fundamentais que vão dando origem a outros, seja ainda em virtude de densificação e de mutação em protecção subjectiva de regras, até aí, simplesmente destinadas a uma tutela (ou garantia) objectiva. Por outro lado, verifica-se a modificação da própria noção (de partida) dos direitos fundamentais, pois, na actualidade (ao fim de três gerações – e, sabe-se lá, quantas mais virão?) estes já não se limitam apenas às tradicionais liberdades, mas passaram a incluir também direitos de prestação

¹⁴ Vide HELMUT GÖRLICH, «Grundrechte als Verfahrensgarantien», 1ª edição, Nomos, 1981.

¹⁵ Vide JOÃO LOUREIRO, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in «Portugal – Brasil Ano 2000 – Tema Direito», in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Coimbra Editora, Coimbra, páginas 263 e seguintes.

¹⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., pp. 23 e 24. Para uma caracterização mais desenvolvida dos modelos de Estado Liberal, Social e Pós-Social, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 43 e ss.

¹⁷ O que se verificou tanto nos países em que o legislador constituinte adoptou, desde logo, uma noção ampla de direitos fundamentais, como em Portugal, como naqueles outros, em que o “catálogo de direitos” da constituição material foi sendo progressivamente alargado por acção da jurisprudência e da doutrina, como na Alemanha (vide neste sentido HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», nº 30, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1972, páginas 43 e seguintes). Relativamente à Alemanha, conforme escreve HÄBERLE, «desde 1949 a dogmática jurídica tem vindo a desenvolver e a intensificar o âmbito das liberdades básicas, generalizando-as e possibilitando a que, através delas, e na medida do possível, qualquer cidadão as assumia e as “leve a sério” como verdadeiras “liberdades reais”». O que significou, nomeadamente, a «descoberta de novas liberdades públicas como, por exemplo, o direito a manifestar-se livremente pelas ruas ou a elaboração do concreto elenco de prestações de segurança social, até alcançar, por fim, mesmo o âmbito relativo à segurança processual e procedimental» (HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit., p. 82).

e direitos de participação (procedimentais, processuais). Daí que se os direitos fundamentais ainda podem ser entendidos como “direitos de defesa” contra agressões ilegais, contudo, tal “defesa” não pode mais ser vista em sentido puramente negativo, decorrente de meras abstenções de actuação estadual, antes implica também a existência de (uma grande diversidade de) prestações a cargo de entidades públicas e da consagração de garantias de participação e de procedimento, da mesma forma como tal “defesa” não vale apenas contra entidades públicas mas também contra privados.

Em síntese provisória, a mudança de gerações obriga quer ao alargamento quer à “actualização” do conceito de direitos fundamentais. E esta reconstrução jurídica da noção de direitos fundamentais vai no sentido de se considerar que a protecção (ou “defesa”) que eles garantem é realizada, simultaneamente, através das respectivas dimensões de “abstenção”, de “prestação” e de “participação”, assim como vale tanto perante destinatários públicos como privados.

Mas - a provar que as dimensões histórica e axiológica se completam -, este esforço de alargamento e de reconstrução jurídica da teoria dos direitos fundamentais contribui para fazer realçar a renovada “unidade” da categoria dos direitos fundamentais, a dois níveis:

1) O da identidade axiológica de todos os direitos fundamentais. Pois, sejam eles da primeira, da segunda ou da terceira geração, os direitos fundamentais constituem a resposta jurídico-constitucional adequada ao problema da protecção da dignidade da pessoa humana, a qual vai evoluindo (no tempo e no espaço) em função de novas agressões e desafios colocados pela vida social;

2) O da identidade estrutural de todos os direitos fundamentais, pois todos eles se podem caracterizar, do ponto de vista jurídico, por apresentar simultaneamente uma vertente negativa e uma vertente positiva, assim como também uma dimensão subjectiva e objectiva.

No que respeita à identidade estrutural, a vertente negativa surgiu com a primeira geração dos direitos fundamentais, que eram concebidos como “liberdades” ou direitos de abstenção de agressões estaduais, mas este “direito de defesa” contra agressões públicas na esfera constitucionalmente protegida continua a fazer todo o sentido (e a verificar-se) quando se trate dos direitos da segunda ou da terceira geração. Na verdade, «tanto pode haver uma agressão estadual violadora do direito fundamental quando se trate do direito de propriedade (v.g. uma declaração de utilidade pública ilegal de um prédio) como do direito ao trabalho (v.g. decisões discriminatórias, em razão do sexo, no acesso ou na promoção no domínio da função pública), como também do direito ao ambiente (v.g. uma licença ambiental ilegal concedida a uma indústria de produtos tóxicos)»¹⁸.

¹⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 89.

Daí que qualquer direito fundamental, independentemente da “data de nascimento” ou da “geração” a que pertença, apresenta sempre uma vertente negativa, que obriga as entidades públicas a abster-se de agressões susceptíveis de lesão da posição subjectiva de vantagem constitucionalmente protegido.

Em termos simétricos, se a vertente positiva dos direitos fundamentais - que obriga a prestações¹⁹ dos poderes públicos, ou à cooperação entre estes e os privados²⁰ para a sua realização - nasceu com os direitos da segunda e da terceira geração, ela é, hoje em dia, igualmente necessária para garantir os direitos da primeira geração. Uma vez que, «mesmo os direitos fundamentais “clássicos”, ou de primeira geração, não dependem apenas de uma mera abstenção estadual (...), antes implicam também a colaboração do Estado para a sua realização. Pois, também os direitos de primeira geração necessitam que as autoridades estaduais criem condições para a sua realização, mediante a actuação dos órgãos do poder legislativo, administrativo e judicial»²¹ (v.g. o direito de voto não se realiza se não houver leis eleitorais, recenseamento, eleições, apuramento de resultados, da mesma maneira como o direito de propriedade depende, para a sua realização, não apenas de regulações legais, mas também de actuações dos poderes públicos - polícias²², tribunais, garantias e procedimentos administrativos, garantias de acesso à justiça e processos judiciais...). Daí que, do ponto de vista da respectiva estrutura jurídica, qualquer direito fundamental, independentemente da geração em que se integre, possua sempre também uma vertente positiva, que obriga à intervenção e colaboração das entidades públicas para a sua realização.

A necessidade de actuação dos poderes públicos para a concretização dos direitos fundamentais não apresenta, no entanto, sempre a mesma intensidade. Sendo de distinguir (como, a seu tempo, melhor se verá) os casos em que os direitos fundamentais estabelecem um dever de adopção de uma conduta certa e determinada a cargo dos poderes públicos, cujo conteúdo se encontra (no todo ou em parte) constitucionalmente

¹⁹ As prestações estaduais para a realização dos direitos fundamentais, típicas dos direitos da segunda geração, tanto podem revestir-se de natureza jurídica, como não. Assim, pode-se distinguir entre os “direitos a prestações em sentido restrito” (“Leistungsrechte im engeren Sinne”) e “em sentido amplo”: os primeiros consistem em «direitos dos indivíduos a acções positivas do Estado» «de natureza fáctica (ex: art. 63.º - direitos a prestações fácticas inerentes ao direito à segurança social)», enquanto que os segundos têm por objecto um «acto positivo de natureza normativa (ex. direito à protecção do direito à vida através de normas penais, emanadas do Estado)» (GOMES CANOTILHO, «Direito C. e T. da C.», cit., p. 1259).

²⁰ A institucionalização de formas de cooperação entre privados e entidades públicas como forma de concretização dos direitos fundamentais representa uma característica típica de um grande número de direitos de terceira geração (v.g. direitos de natureza procedimental ou processual).

²¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 87.

²² Entre os novos direitos subjectivos públicos dos particulares no domínio do moderno Direito Administrativo, decorrentes dos direitos fundamentais, inclui-se o “direito a uma intervenção policial” (VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 231 e ss.).

predeterminado (em termos equivalentes aos do poder vinculado, ou da “discricionaridade reduzida a zero” do Direito Administrativo), que é correspondente à dimensão subjectiva desses direitos – “direitos fundamentais como direitos subjectivos” -; daqueles outros casos em que a necessidade de adoptar comportamentos ou de tomar medidas de concretização fica, contudo, na disponibilidade dos poderes públicos, dependendo da respectiva “margem de apreciação” e de “decisão” (em termos equivalentes aos do poder discricionário do Direito Administrativo) ou da “reserva do possível” (como costumam dizer os constitucionalistas), situação que corresponde à dimensão objectiva dos direitos fundamentais – “direitos fundamentais como estruturas objectivas da sociedade”.

Daí que, do ponto de vista da sua estrutura jurídica, todos os direitos fundamentais sejam idênticos, já que, todos eles apresentam uma vertente negativa, implicando um direito de defesa contra agressões públicas, em simultâneo com uma vertente positiva, que obriga à actuação dos poderes públicos para a sua realização (que tanto podem corresponder a direitos subjectivos dos particulares como a tarefas de natureza objectiva). De resto, é curioso verificar como cada uma das gerações de direitos fundamentais, não apenas fez crescer o catálogo dos direitos, como contribuiu também para o enriquecimento da respectiva estrutura jurídica – pois, a primeira geração colocou a tónica na dimensão negativa dos direitos, a segunda geração na sua dimensão positiva de carácter prestador, e a terceira geração na sua dimensão positiva de carácter participativo ou de colaboração. Mas, independentemente da ênfase colocada num ou noutro dos aspectos do respectivo conteúdo por cada uma das gerações de direitos, o que é facto é que em nossos dias todos os direitos fundamentais apresentam, simultaneamente, todas essas características (ainda que em grau diferenciado), possuindo uma mesma identidade estrutural (complexa), que é fruto do enriquecimento jurídico trazido pela evolução histórica.

2. A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJECTIVOS E COMO ESTRUTURAS OBJECTIVAS DA SOCIEDADE

É agora tempo de aprofundar a questão da natureza jurídica dos direitos fundamentais, nomeadamente, retirando todas as consequências da respectiva qualificação como direito subjectivo e como estrutura jurídica da sociedade. Em termos esquemáticos, a questão da natureza jurídica dos direitos fundamentais depende da resposta às três “questões mágicas” (que, em escritos anteriores, enunciei tanto a propósito do direito ao ambiente como do direito à cultura) quanto a:

- Saber se todos os direitos fundamentais possuem uma verdadeira dimensão subjectiva ou, se alguns deles (nomeadamente, os da segunda e da terceira geração), não consistem antes em tarefas estaduais “disfarçadas”?

- Saber se todos os direitos fundamentais devem ou não ser considerados como direitos subjectivos?
- Saber quais as consequências em termos de regime decorrentes da natureza jurídica dos direitos fundamentais?

A resposta a dar às duas primeiras questões resulta, em parte, das considerações anteriores, enquanto que a terceira será respondida na parte final do presente trabalho. Assim, conforme se referiu, todos os direitos fundamentais apresentam uma identidade axiológica, enquanto manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, e uma identidade de natureza jurídica, em virtude da respectiva natureza “duplamente dupla”, na medida em que apresentam simultaneamente:

- uma dimensão negativa, que protege os seus titulares de quaisquer agressões provenientes de entidades públicas ou privadas, e uma dimensão positiva, que obriga à actuação dos poderes públicos para a sua concretização;
- uma dimensão subjectiva, enquanto direitos subjectivos públicos, e uma dimensão objectiva, como princípios jurídicos ou como estruturas objectivas da sociedade.

E, conforme antes se demonstrou, os direitos fundamentais apresentam uma natureza jurídica unitária, independentemente do “momento do seu nascimento” - e conseqüente integração na “primeira”, na “segunda” ou na “terceira geração” (e mais gerações se seguirão, pois “não há fim para a História) -, ou da sua “arrumação constitucional” como “direitos, liberdades e garantias” ou como “direitos económicos, sociais e culturais”. Pois, todos eles, devem ser qualificados simultaneamente como:

- direitos subjectivos, desde logo, na medida correspondente à sua dimensão negativa, enquanto direitos de defesa contra agressões na esfera constitucionalmente protegida, mas também naquilo que se refere à respectiva dimensão positiva, pois são ainda de integrar na protecção subjectiva os deveres de actuação concretos e determinados a cargo de poderes públicos, assim como o dever de assegurar (ao menos) a garantia do “mínimo” de intervenção pública para a concretização dessa posição de vantagem do respectivo titular²³;
- princípios jurídicos ou como estruturas objectivas da comunidade, o que se traduz na consideração dos direitos fundamentais como conjunto de valores e princípios conformadores de todo o sistema

²³ Conforme se fez também já referência, a presente formulação representa uma evolução da concepção unitária dos direitos fundamentais, por mim antes enunciada, a propósito do direito ao ambiente (vide «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., pp. 84 e ss.), e na qual se fazia corresponder o direito subjectivo à dimensão negativa da protecção constitucional, assim como a vertente de princípio jurídico ou de estrutura objectiva da sociedade à dimensão positiva do direito fundamental.

jurídico - que devem ser utilizados como “critérios” de interpretação e de aplicação de todas as normas jurídicas -, assim como na consagração de tarefas, princípios ou regras jurídicas de actuação a cargo dos poderes públicos (correspondentes à parte objectiva da dimensão positiva do direito fundamental).

Isto dito, importa agora analisar, mais detalhadamente, o que significa cada uma dessas dimensões da protecção subjectiva da cultura.

2.1. A Dimensão Subjectiva: Os Direitos Fundamentais como Direitos Subjectivos

A qualificação de um qualquer direito fundamental como direito subjectivo público assenta na denominada doutrina da “norma de protecção” (“Schutznormtheorie”), a qual, na sua evolução, passou por três momentos principais. Estes momentos podem ser caracterizados como: a fase do surgimento, com BÜHLER; a fase da reformulação, com BACHOF; a fase do alargamento, a partir da (re)aproximação dogmática entre a noção de direitos fundamentais e os direitos subjectivos das relações jurídicas administrativas²⁴. Assim, em termos muito sintéticos:

1) num primeiro momento, BÜHLER procedeu à teorização das três “condições de existência” de um direito subjectivo público, a saber: uma norma jurídica vinculativa, a intenção legislativa (contida na norma) de protecção de interesses individuais, a consagração de meios de tutela jurisdicional para a protecção desses interesses individuais legalmente protegidos²⁵;

2) num segundo momento, BACHOF precedeu à reformulação da noção de direito subjectivo público, em termos adequados a um Estado Social de Direito, o que conduziu ao alargamento do âmbito de aplicação da protecção jurídica subjectiva²⁶. BACHOF “revisita” as “condições de existência” do direito subjectivo público, reformulando-as e reduzindo-as a duas. Assim, em primeiro lugar, BACHOF desloca a condição da “norma vinculativa” para as vinculações legais, considerando que existe um direito subjectivo na medida dessas vinculações jurídicas (v.g. o conteúdo do direito é igual ao conteúdo

²⁴ Para o aprofundamento da teoria dos direitos subjectivos públicos e sua evolução vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., pp. 212 e ss..

²⁵ OTTMAR BÜHLER, «Die Subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechung», Kolhammer, Berlin/Stuttgart/Leipzig, 1914, pp. 224 e 225.

²⁶ OTTO BACHOF, «Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im öffentlichen Recht», in «Gedächtnisschrift für Walter Jellinek – Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht», 2ª edição, Gunther & Olzog, Muenchen, 1955, páginas 287 e seguintes. Vide também (embora já mais na óptica do Direito Administrativo), as considerações sobre a noção de direito subjectivo público em: OTTO BACHOF, «Über Einige Entwicklungstendenzen im Gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht», in «Staatsbürger und Staatsgewalt», volume II, C.F. Müller, Karlsruhe, 1963, páginas 3 e seguintes; «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», nº 30, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, páginas 193 e seguintes.

do dever a que a entidade pública está obrigada). Em segundo lugar (nos termos da “condição” considerada “mais importante”), procede-se ao alargamento do direito subjectivo a todos aqueles casos em que uma qualquer vinculação jurídica proteja simultaneamente interesses públicos e privados (o que engloba, na categoria dos direitos, aquilo que tradicionalmente a doutrina portuguesa, estranhamente inspirada pelo direito italiano, denominava de interesses legítimos), considerando mesmo existir, nos modernos Estados de direito, uma “presunção” a favor do direito subjectivo. Já que, «de acordo com a ordem constitucional», todas as vinculações resultantes de «normas que conferem situações de vantagem objectiva e intencionalmente concedidas transformaram-se em direitos subjectivos» (BACHOF)²⁷. Por último, segundo BACHOF, a protecção jurisdicional deve passar a ser vista como “consequência” e não mais como “condição” do direito subjectivo, uma vez que as modernas constituições dos Estados de Direito consagraram o princípio da protecção plena e efectiva dos particulares (vide, na Alemanha, o artigo 19.º, 4.º da Lei Fundamental, em Portugal, o artigo 268.º, n.º 4, CRP). De referir, por último, que esta “reconstrução” por BACHOF da teoria do direito subjectivo público de BÜHLER encontrou aceitação doutrinária generalizada (na Alemanha como noutros países);

3) num terceiro momento, verificou-se o «renascimento (...) da teoria da norma de protecção» (BAUER)²⁸, decorrente da reformulação conceptual e do alargamento dos direitos subjectivos públicos a partir da doutrina dos direitos fundamentais. Este “novo fôlego” da doutrina da norma de protecção decorre da (re)afirmação dos direitos fundamentais como direitos subjectivos e da adopção de concepções unitárias acerca da natureza de todas as posições subjectivas públicas de vantagem. Desta forma, os direitos fundamentais «são utilizados tanto como critério de interpretação e de integração de lacunas de normas jurídicas ordinárias, a fim de determinar quais os interesses que elas visam proteger, como também para fundamentar imediatamente direitos subjectivos dos particulares perante a Administração. Esta reformulação da teoria da norma de protecção, acentuando o papel dos direitos fundamentais (o que representa um desenvolvimento da perspectiva inicial, mais virada para a determinação do sentido de normas de direito ordinário) pode-se dizer

²⁷ OTTO BACHOF, «Reflexwirkungen und S. R. im ö. R.», cit., in «Gedächtnisschrift für W. J. – F. und B. aus dem ö. R.», cit., p. 300.

²⁸ HARTMUT BAUER, «Die Schutznormtheorie im Wandel», in HECKMANN/MESSERSCHMIDT, «Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts», Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 117. Sobre a posição particular deste autor (a “meio-caminho” entre a refutação e a reformulação da doutrina da norma de protecção), vide também HARTMUT BAUER, «Geschichtliche Grundlage der Lehre vom subjektiven öffentlichen Rechte», Duncker & Humblot, Berlin, 1986; «Altes und Neues zum Schutznormtheorie», in «Archiv des öffentlichen Rechts», volume 113, n.º 4, Dezembro de 1988, páginas 583 e seguintes; «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik», in «Die Verwaltung – Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft», volume 25, n.º 3, 1992, páginas 301 e seguintes.

que corresponde actualmente à posição maioritária da doutrina alemã, sendo seguida por autores como BACHOF, ERICHSEN, TSCHIRA, KREBS, SCHMIDT-ASSMANN, WAHL»²⁹. Assim, partindo dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos e enquanto criadores de um estatuto constitucional dos cidadãos, chega-se ao reconhecimento de “novos” direitos subjectivos públicos a particulares (antes considerados “terceiros” e agora tornados “sujeitos”) em relações administrativas multilaterais, em especial, nos novos domínios de actuação da Administração Pública (v.g. ambiente, consumo, urbanismo, saúde).

A evolução da teoria dos direitos subjectivos públicos, segundo a doutrina da norma de protecção, veio pôr termo ao «dualismo» doutrinário, até aí existente, que separava «os direitos subjectivos do Direito Constitucional» e os «direitos subjectivos do Direito Administrativo» (BAUER)³⁰. E conduziu ao alargamento dos direitos subjectivos públicos nas relações jurídicas administrativas multilaterais tendo por base a Constituição (*maxime* em domínios como o ambiente, o urbanismo, o consumo, a concorrência, a polícia).

Assim, é unânime o reconhecimento de que a unificação dogmática dos direitos subjectivos públicos, a partir dos direitos fundamentais, deu “bons frutos” no Direito Administrativo. Mas, se isso é assim, hoje, no Direito Administrativo, cabe agora perguntar porque é que não sucedeu o mesmo também no Direito Constitucional? Porque é que a noção de direito fundamental, enquanto direito subjectivo público, continuou a ser, na prática, restringida apenas a certas categorias de direitos (v.g. os “direitos da primeira geração” ou os “direitos, liberdades e garantias”) e não foi alargada a todos? E porque é que, tantas vezes, a doutrina se limita apenas a qualificar os direitos fundamentais como direitos subjectivos (se é que, em alguns casos, chega sequer a fazer isso) sem se preocupar com o seu significado e alcance?

Da minha perspectiva, é tempo de, reafirmando a ideia de unidade dos direitos subjectivos públicos independentemente da sua fonte, procurar retirar todas as consequências dogmáticas da conjugação do Direito Constitucional com o Direito Administrativo, numa base de reciprocidade. O que significa que, depois de se ter feito o percurso do Direito Constitucional para o Administrativo, é necessário procurar agora seguir também em sentido inverso, do Direito Administrativo para o Constitucional, de modo a repensar a própria noção de direito fundamental.

Sem este refluxo do Direito Administrativo para o Constitucional continuaria a manter-se uma grave e insustentável situação de esquizofrenia ao nível dos direitos subjectivos públicos. Se não, veja-se o seguinte exemplo: a dogmática administrativa reconhece, com base no direito fundamental ao ambiente, que os vizinhos de uma fábrica gozam do direito subjectivo público

²⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 235.

³⁰ HARTMUT BAUER, «Geschichtliche G. der L. vom s. ö. R.», cit., p. 132.

à intervenção das autoridades públicas para verificar se estão, ou não, a ser cumpridos os limites de poluição estabelecidos na licença ambiental (vide o D.L. nº 194/2000, de 21 de Agosto). Ora, esse mesmo direito fundamental ao ambiente, que assume no Direito Administrativo (para além, obviamente, da vertente negativa) uma dimensão positiva, conferindo direitos subjectivos públicos dos particulares à intervenção das autoridades públicas, é normalmente concebido pela doutrina constitucional - também enquanto direito subjectivo público - como apresentando uma dimensão puramente negativa, com sendo um mero direito de abstenção. E é um absurdo considerar que um só - e o mesmo - direito fundamental possua um conteúdo negativo e outro positivo, se entendido na perspectiva do Direito Administrativo, mas já tenha apenas um conteúdo negativo, quando avaliado na óptica do Direito Constitucional.

Daí a necessidade de consideração de uma “quarta fase” – ou, pelo menos, de uma nova etapa da “terceira fase” – da doutrina da norma de protecção, de forma a construir uma noção unitária de direito subjectivo público, que tenha em conta tanto a influência do Direito Constitucional no Administrativo como a do Direito Administrativo no Constitucional. O que passa, nomeadamente, por reconstruir a noção de direito fundamental, considerando simultaneamente a sua dimensão negativa como a positiva. É, pois, nessa linha de orientação, que devem ser entendidas as considerações que se seguem acerca dos elementos componentes da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais.

Refira-se ainda, de passagem, que também não me parece fazer qualquer sentido a tentativa de “importar” para o Direito Constitucional a distinção entre “direitos de primeira”, “de segunda” ou “de terceira categoria”, por muito que esta se encontre generalizada (algo incompreensivelmente, se não se recorrer a “explicações do foro psicanalítico”)³¹, entre nós, no domínio do Direito Administrativo. Pois, conforme antes escrevi, relativamente ao Direito Administrativo, «a pretensa distinção das categorias de direito subjectivo, de interesse legítimo e de interesse difuso assenta, mais do que em supostas características materiais diferenciadas, sobretudo, numa distinção de ordem formal, que é a que decorre da utilização pela ordem jurídica de diferentes técnicas de atribuição de posições de vantagem, ainda que conduzindo a resultados idênticos»³². Se não vejamos:

- 1) a lei pode atribuir um direito subjectivo, mediante uma norma jurídica que expressamente qualifica, como tal, essa posição jurídica de vantagem.

³¹ Sobre a “infância difícil” do Direito Administrativo e a necessidade de proceder à respectiva psicanálise cultural, sentando-o sucessivamente nos “divãs”: “da História”, “da Constituição” e da “Europa”, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit, mx os Capítulos I e II.

³² Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente», Almedina, Coimbra, 2002, páginas 96 e seguintes.

Ora, neste caso (mas, incompreensivelmente, só neste) a doutrina administrativa clássica não tem qualquer dificuldade em qualificar a posição do particular perante a Administração como sendo um direito subjectivo;

2) mas a lei também pode estabelecer um dever da Administração no interesse do particular, o qual, no âmbito de uma relação jurídica, é correlato da posição de vantagem do particular. Ora, nesta situação – da mesma maneira como na hipótese antes referida –, não obstante a diferente técnica legislativa utilizada, o particular goza também de uma posição substantiva de vantagem, cujo conteúdo é delimitado (de forma negativa) pela norma jurídica³³ (...);³⁴

3) «para além das duas situações referidas, a ordem jurídica pode ainda atribuir um direito subjectivo mediante uma disposição constitucional (consagradora de um “estatuto”), que atribui aos particulares a possibilidade de fruição individual de um bem jurídico, livre de agressões ilegais provenientes de entidades públicas ou privadas; para além de estabelecer deveres ou tarefas aos poderes públicos necessárias para a sua concretização – como sucede no caso dos direitos fundamentais. E, também nesse caso, não obstante a diferente técnica jurídica utilizada, nos encontramos perante um direito subjectivo dos particulares, que tem como conteúdo, quer o dever de abstenção (com o consequente “direito de defesa”), quer eventuais deveres de actuação das autoridades públicas (mas não as genéricas tarefas, de natureza programática, muitas vezes dependentes de realidades de natureza extra-jurídica), no âmbito de relações jurídicas concretas. Da minha perspectiva, portanto, os denominados (por influência italiana) interesses difusos, equivalem a direitos subjectivos públicos decorrentes da Constituição»³⁵. Ora, se tais considerações são válidas para o Direito Administrativo, mais ainda se impõem no

³³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit, pp. 246 e 247.

³⁴ Conforme, seguidamente, aí se explicava, «se o que está em causa são duas formas de atribuição de posições substantivas de vantagem, no domínio do Direito Público, tanto possui um direito subjectivo o funcionário que sabe que, ao fim de tantos anos de serviço, terá direito a uma regalia de natureza pecuniária, como o concorrente a um cargo público, que sabe que a Administração tem o dever de o ouvir, ou de o tratar segundo regras de imparcialidade, gozando assim dos correlativos direitos. Da mesma forma como, no domínio do Direito Privado, no que respeita à atribuição de direitos subjectivos, é indiferente que a norma estabeleça que o credor tem direito a receber a coisa vendida ou, pelo contrário, que o devedor tem o dever de a entregar, ou de cuidar dela até ao momento aprazado para a entrega. Assim sendo, então porque é que, no caso do Direito Privado, ninguém tem dúvidas em afirmar que, apesar da diferente técnica legislativa utilizada, tanto nos casos em que a lei qualifica directamente uma posição como sendo um direito, como naqueles outros em que a lei cria antes um dever jurídico estabelecido no interesse de outrem, se está perante um direito subjectivo, ao passo que, no Direito Público, a doutrina dominante, entre nós, tenderia a dizer que só a primeira das hipóteses é que configura um direito subjectivo, enquanto que a segunda daria origem a um mero interesse legítimo?» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit, p. 247).

³⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit, pp. 247 e 248.

domínio do Direito Constitucional, em que não se consegue vislumbrar qualquer razão para introduzir essas pseudo-categorias de posições jurídicas subjectivas. Daí a conclusão de que «em qualquer das três figuras referenciadas, e independentemente da técnica jurídica utilizada, encontramos-nos perante posições substantivas de vantagem, destinadas à satisfação de interesses individuais, possuindo idêntica natureza ainda que podendo apresentar conteúdos diferenciados, que são por isso de configurar como direitos subjectivos. Daí a reafirmação da minha ideia de não ser justificável distinguir entre direitos de primeira, de segunda, ou de terceira categoria, como seriam os direitos subjectivos, os interesses legítimos e os interesses difusos, sendo antes preferível proceder ao tratamento unificado dessas posições substantivas de vantagem no “conceito-quadro” de direito subjectivo (o que não obsta, por sua vez, a que este possa apresentar diferentes espécies e conteúdos, como sucede, de resto, noutros ramos de Direito)»³⁶.

Esclarecida esta questão, e partindo de uma concepção unitária dos direitos subjectivos públicos, é tempo agora de procurar “dissecar” a “composição interna” dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, enquanto direito subjectivos, podem ser decompostos nos seguintes elementos:

- 1) direito de não agressão, ou liberdade contra agressões públicas;
- 2) direito a actuações dos poderes públicos, cujo conteúdo é correlativo dos deveres de actuação concretos e determinados, a que aqueles se encontrem obrigados pelas normas constitucionais;
- 3) direito (pelo menos) a um “mínimo” de intervenção estadual (sempre que as normas constitucionais se limitem a estabelecer deveres genéricos, tarefas, ou princípios jurídicos de actuação a cargo dos poderes públicos);
- 4) direito a protecção estadual contra agressões aos direitos fundamentais provenientes de entidades privadas.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais conferem aos seus titulares um direito subjectivo de não agressão, ou uma liberdade em face de agressões públicas. Trata-se da dimensão tradicional e paradigmática da natureza subjectiva do direito fundamental, que remonta à clássica teorização do “status negativus” (GEORG JELLINEK), mas que agora deve ser alargada a todos os direitos fundamentais, sejam eles da “primeira”, da “segunda” ou da “terceira geração”.

O direito subjectivo de não agressão consiste na atribuição ao respectivo titular de uma «faculdade jurídica de resistência contra uma

³⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit, p. 248.

intervenção estadual», a que corresponde, do lado dos poderes públicos «uma obrigação negativa (também chamada de “competência negativa”), qual seja, a obrigação de não fazer alguma coisa, isto é, de não intervir na esfera individual protegida pela norma de direito fundamental, salvo se houver uma legitimação constitucional para tanto. Esse é o efeito, por excelência, desta dimensão dos direitos fundamentais» (LEONARDO MARTINS)³⁷.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais conferem aos respectivos titulares direitos a prestações por parte dos poderes públicos, que correspondem aos deveres de intervenção concretos e determinados consagrados nas normas constitucionais. Estes direitos a comportamentos a cargo dos poderes públicos, como é sabido, nasceram com a “segunda geração” dos direitos fundamentais³⁸, mas devem ser hoje entendidos como característicos de todos os direitos, os quais necessitam sempre de intervenção estadual para a sua concretização.

Os direitos fundamentais, na sua dimensão de prestação, não correspondem assim a uma qualquer tarefa abstracta e objectiva, antes a concretos comportamentos, resultantes das vinculações constitucionais de actuação dos poderes públicos. Eles consistem em «pretensões jurídicas próprias do *status positivus*, onde ao indivíduo é atribuído um status de liberdade positiva (liberdade para alguma coisa), a qual pressupõe a acção estatal, tendo como efeito a proibição da omissão por parte do Estado» (LEONARDO MARTINS)³⁹. Podendo tais posições constitucionais de vantagem resultar expressamente da norma de protecção fundamental, como sucede quando se consagram «direitos à prestação estatal específica de algo», ou dela resultar implicitamente – como sucede, nomeadamente, com os «direitos de participação e as garantias processuais, onde a mais central é a pretensão à protecção de direitos pelo Judiciário», ou com «os direitos de tutela contra agressões aos direitos fundamentais advindas de

³⁷ LEONARDO MARTINS, «Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 80.

³⁸ Esta dimensão positiva dos direitos fundamentais inicia-se com o “Estado Prestador” (vide PETER HÄBERLE «Grundrechte im Leistungsstaat», in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», n.º 30., Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1972, páginas 43 e seguintes) e vai andar associada à “descoberta” de novos direitos fundamentais, que chega até aos nossos dias. Conforme escreve PETER HÄBERLE, relativamente à Alemanha, «desde 1949, que a dogmática jurídica tem vindo a desenvolver e a intensificar o âmbito das liberdades básicas, generalizando-as e possibilitando a que, através delas, e na medida do possível, qualquer cidadão as assuma e as “leve a sério” como verdadeiras “liberdades reais”. Verifica-se, assim, a “descoberta de novas liberdades públicas como, por exemplo, o direito a manifestar-se livremente pelas ruas ou a elaboração do concreto elenco de prestações de segurança social, até alcançar, por fim, mesmo o âmbito relativo à segurança processual e procedimental» (PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit., p. 82).

³⁹ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 80.

particulares (que correspondem ao dever estadual de tutela – “grundrechtliche Schutzpflichten”)» (LEONARDO MARTINS)⁴⁰.

Em terceiro lugar, os direitos fundamentais implicam sempre um “mínimo de intervenção estadual”, por mais discricionária que seja – ou que aparente ser - a vinculação legal. Esta é também uma vertente da dimensão positiva dos direitos fundamentais, mas que aqui se autonomiza, para mostrar que, para além dos direitos a concretos comportamentos decorrentes da Constituição (de forma explícita ou implícita), as autoridades públicas encontram-se também sempre vinculadas a um “mínimo” de concretização dos direitos fundamentais.

Isto porque, ainda que “aberto” e dotado de ampla margem de apreciação e de aplicação por parte da ordem jurídica, o direito fundamental não deixa de se configurar como norma jurídica, que necessita de concretização pelos poderes públicos. Assim, a discricionariedade dos poderes públicos na realização das tarefas, ou dos princípios genéricos de actuação, decorrentes dos direitos fundamentais (que, bem entendido, não assumam a forma de deveres a comportamentos concretos), se permite escolhas de grande amplitude por parte dos poderes públicos (que podem variar entre um “nível mínimo” e um “máximo” de concretização, de acordo com as circunstâncias, ou com os programas políticos dos governos), obsta, contudo, a que estes se recusem a actuar, obrigando-os sempre a uma qualquer intervenção (mesmo que mínima) de realização dos direitos fundamentais⁴¹.

Em quarto lugar, o direito fundamental confere protecção estadual contra agressões provenientes de entidades privadas na esfera constitucionalmente protegida. Esta protecção, tradicionalmente considerada como integrante da dimensão objectiva⁴², deve hoje entender-se como componente do direito

⁴⁰ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 80.

⁴¹ Distinto, embora conexo, é o «problema da existência e do alcance de um “princípio de não retrocesso” referente a normas constitucionais programáticas, isto é, o problema de saber se, uma vez produzidas pelo legislador ordinário normas destinadas a cumprir uma determinada tarefa constitucional (definida quer em termos concretos, quer em linhas gerais), podem estas vir a ser posteriormente revogadas ou alteradas». Em minha opinião, conforme antes escrevi, «enquanto normas jurídicas e não meros programas políticos, as normas constitucionais programáticas implicam que a revogação pura e simples das normas legislativas que as concretizam origine uma verdadeira inconstitucionalidade por acção. Tal não significa, porém, que a concreta regulamentação, feita pelo legislador ordinário, dessa norma constitucional nunca mais possa ser alterada, ou que as alterações posteriores não devam contrariar “o essencial” da sua primeira regulamentação. Pretendê-lo seria querer conferir às normas ordinárias concretizadoras de normas constitucionais programáticas um grau constitucional ou paraconstitucional» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «Comentário ao Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional», in «O Direito», Ano 106/119, 1974/1987, p. 432).

⁴² Neste sentido, acerca do direito alemão, refere LEONARDO MARTINS que «o chamado dever estatal de tutela (“Staatliche Schutzpflichten”), derivado dos direitos fundamentais tem sido visto, pela opinião dominante (“herrschende Meinung”), como um desdobramento da dimensão objectiva dos direitos fundamentais» (LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.»,

subjectivo constitucionalmente consagrado, não só porque, enquanto “direito de defesa”, este requer instrumentos de protecção jurídica contra agressões tanto de públicos como de privados, como também em razão da aplicabilidade imediata e da directa vinculação de entidades privadas pelos direitos fundamentais.

Na verdade, o reconhecimento de um direito fundamental implica, por si só, a necessária configuração de «dever do Estado de [o] proteger activamente», «ou seja, de proteger o seu exercício contra ameaças de violação provenientes de particulares». Ora, este dever de protecção activa contra agressões públicas e privadas, significa, na prática, o reconhecimento de que «o particular também pode violar prescrições de direito fundamental» (LEONARDO MARTINS)⁴³ Daí que, mesmo no direito alemão, em que a doutrina da “eficácia horizontal” «fora deixada de lado desde a obra de NIPPERDEY, do início dos anos 1950», a jurisprudência tenha sido forçada a reconhecer a existência de um dever estadual de protecção dos direitos fundamentais contra agressões provenientes de entidades privadas. O qual existe nos contextos «mais variados, revelando gradações (...), que vão desde um dever de mera prevenção de riscos, passando por um dever de promoção da segurança, chegando a um dever absoluto de proibição da conduta a ser imposta pelo Estado» (LEONARDO MARTINS⁴⁴).⁴⁵

O direito de protecção estadual contra agressões de entidades privadas, entre nós, é generalizadamente aceite, em razão da consagração

in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 83). Mas o autor acrescenta ainda, mais adiante, que tal posição, hoje em dia, tende a mudar e que o direito à protecção estadual «corresponde – apesar de apresentar-se sob este título aparentemente objectivo – à dimensão subjectiva dos direitos fundamentais. De facto, do dever geral de tutela, que se baseia numa situação de ameaça de alguns direitos, perpetrada por particulares, nasce uma posição jurídico-subjectiva que provoca o mesmo efeito próprio da função clássica dos direitos fundamentais de oferecer resistência contra intervenção lesiva de outrem, no caso: proveniente de particulares e não do Estado, todavia sem vinculá-los directamente. Trata-se da função de resistência ampliada aqueles casos nos quais os particulares passaram a ameaçar a liberdade tutelada» (LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 86).

⁴³ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 83.

⁴⁴ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., pp. 83 e 84.

⁴⁵ As três situações referidas de reconhecimento jurisprudencial do “direito à protecção estadual” (tanto preventivamente, através dos poderes legislativo e administrativo, como repressivamente, através do poder judicial), no direito alemão, segundo o autor em apreço, corresponderiam a um (menos intenso) «dever de prevenção de riscos» (v.g. relativo ao «uso da energia atómica») ou «dever de garantia da segurança (por exemplo, no caso da defesa de dados); a um mais intenso «dever de promoção da segurança», que obriga à «necessidade de intervenção directa do Estado nos conflitos havidos entre particulares»; e a uma radical proibição de determinadas condutas (v.g. a proibição «do aborto ilegal» ou da pena de morte) (LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., pp. 85 e 86).

pela Constituição dos princípios da aplicabilidade directa e da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 1, CRP). Isto, não obstante, em minha opinião, tal vinculação não apresentar sempre o mesmo conteúdo, estando em causa «duas modalidades de vinculação distintas: uma vinculação, a título principal, que cabe às entidades privadas dotadas de poder, pela qual estas se encontram obrigadas a um dever activo de cooperação com os particulares que, em face delas, podem fazer valer direitos fundamentais; e uma vinculação, a título secundário, que cabe a todo e qualquer indivíduo, de respeitar um direito fundamental reconhecido a outrem em face do poder e cujo reflexo, nas relações interprivadas, é esse dever geral de respeito»⁴⁶. Tanto num caso como no outro, porém, os direitos fundamentais vinculam imediatamente as entidades privadas, pelo que o respectivo titular goza de protecção estadual contra agressões provenientes (tanto de entes públicos como) de sujeitos privados.

2.2. A Dimensão Objectiva dos Direitos Fundamentais

A dupla natureza dos direitos fundamentais implica a sua consideração tanto como direitos subjectivos como enquanto princípios estruturantes do ordenamento jurídico ou estruturas objectivas da sociedade. Trata-se, neste último caso, da consagração pelas normas constitucionais de tarefas públicas, de vinculações objectivas ou de princípios jurídicos de actuação, que se encontram funcionalizadas ao reconhecimento de um direito fundamental, e que funcionam como padrões de actuação e critérios de controlo dos poderes públicos.

Os direitos fundamentais, na sua dimensão objectiva, podem ser decompostos nos seguintes aspectos principais:

- 1- normas de competência negativa;
- 2- critérios de interpretação e de conformação de toda a ordem jurídica;
- 3- princípios de natureza “prospectiva” ou “programática”, a concretizar pelos poderes públicos “tanto quanto (ou na medida do) possível”.

⁴⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias», in «Revista de Direito e Estudos Sociais», ano XIX, II, nº 2, 1987, p. 272. E acrescentava-se, então, que, «assim, a vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais pode assumir a forma de uma “eficácia horizontal”, quando são entidades privadas poderosas as destinatárias dos direitos fundamentais, ou pode assumir a forma de uma “eficácia externa”, quando sujeitos privados apenas se encontram obrigados a um dever geral de respeito dum direito fundamental constituído numa relação, relativamente à qual são terceiros [hoje, eu corrigiria apenas esta última parte, substituindo a alusão aos “terceiros” pela referência aos “sujeitos da relação jurídica multilateral”]. No primeiro caso, a vinculação obriga a um dever activo de cooperação, no segundo caso, a vinculação obriga apenas a um dever geral de respeito» (VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Vinculação das E. P. pelos D., L. e G.», cit., in «Revista de D. e E. S.», cit., pp. 272 e 273).

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais assumem o «carácter de normas de competência negativa» (LEONARDO MARTINS)⁴⁷, cuja função é a de “repelir” normas ordinárias de conteúdo contrário, permitindo o respectivo afastamento da ordem jurídica. Uma tal dimensão objectiva dos direitos fundamentais é particularmente relevante no que respeita à fiscalização da constitucionalidade e, em especial, no que concerne ao «controlo abstracto de normas, onde se controla a norma objectivamente e não a partir do ensejo de um caso particular» (LEONARDO MARTINS)⁴⁸. Pois, nestes casos, o desrespeito dos direitos fundamentais é independente da lesão da posição de vantagem dos particulares, tendo antes que ver com a realidade objectiva da violação do dever de submissão aos direitos fundamentais a que estão sujeitas todas as autoridades públicas.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios jurídicos que obrigam e enformam toda a ordem jurídica, vinculando os poderes públicos a actuar no sentido da sua concretização e funcionando como critério de interpretação e de integração de lacunas das normas jurídicas.

Esta dimensão de “eficácia horizontal” e de “carácter irradiante” dos direitos fundamentais pode apresentar diversas manifestações, nomeadamente a «obrigação estadual de interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional, sobretudo por intermédio das chamadas cláusulas gerais (...), de modo consoante aos direitos fundamentais» (LEONARDO MARTINS)⁴⁹. Ou o dever de “interpretação conforme aos direitos fundamentais” (“grundrechtskonforme Auslegung”) - que constitui, ele próprio, uma modalidade especial de “interpretação conforme à Constituição” - e que consiste na «necessidade de um poder público de, dentro de um universo de interpretações possíveis, escolher sempre aquela que melhor se coaduna às prescrições dos direitos fundamentais» (LEONARDO MARTINS)⁵⁰.

Em terceiro lugar, os direitos fundamentais possuem uma dimensão prospectiva ou programática, que obriga os poderes públicos a actuar de forma continuada e permanente para a sua realização. Isto porque, por um lado, os direitos fundamentais, a democracia e o Estado de Direito são realidades culturais sempre “abertas” e “em estado de construção”, numa História que não pode ser condicionada por um qualquer “fim” apriorístico (v.g. filosófico, religioso, político, ideológico), a alcançar num momento dado, antes se encontra em permanente (e não programável) evolução.

⁴⁷ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 81.

⁴⁸ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 81.

⁴⁹ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 83.

⁵⁰ LEONARDO MARTINS, «Introdução à J. do T. C. F. A.», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta A. de J. do T. C. F. A.», cit., p. 82.

Por outro lado, porque a realização dos direitos fundamentais, em cada momento histórico, é o resultado da tensão entre factos, valores e normas, que obriga a uma contraposição permanente entre o “ideal” e o “possível” (ou, se se preferir, em termos psicanalíticos, entre “Eros” e “Thanatos”, ou entre o “princípio do prazer” e o “princípio da realidade”).

Daí que os direitos fundamentais, do ponto de vista jurídico, para além do estabelecimento de deveres e vinculações (de abstenção e de omissão), a cargo de entidades públicas e privadas, contenham sempre uma - maior ou menor (mas sempre ineliminável) – margem de indeterminação (ou, para usar as expressões já consagradas no Direito Administrativo, uma “margem de apreciação” e de “decisão”), que necessita de ser preenchida pelos poderes públicos de acordo com as circunstâncias do tempo e do lugar. Assim, se a dimensão prospectiva ou programática, sob “reserva do possível”, dos direitos fundamentais, começou a ser reconhecida e afirmada relativamente aos direitos de prestação da “segunda geração”, ela não deve ser, no entanto, considerada como exclusiva deles, antes como característica genérica de todas as posições constitucionais de vantagem.

Isto porque, como se sabe, não apenas todos os direitos fundamentais são estruturalmente idênticos, como também todos eles colocam idênticos problemas de concretização, nomeadamente de confronto entre o “ideal” e a “realidade”, uma vez que é sempre “desejável” mais e melhor cultura, educação, liberdade de expressão, liberdade religiosa, igualdade, trabalho, habitação, meio-ambiente, mas nem sempre isso é “possível”... O problema não é, portanto - uma vez mais -, o da existência, ou não, do carácter prospectivo ou programático de certo direito, ou de certa categoria de direitos, mas sim o da “medida” maior ou menor dessa dimensão de “elasticidade jurídica”, que se pode encontrar em todos e em cada um dos direitos fundamentais.

3. O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA. UNIDADE OU DIVERSIDADE?

Chegados a este ponto, falta apenas dar resposta à terceira das “questões mágicas” acerca da natureza de um direito fundamental, que era a de saber quais as consequências, em termos de regime jurídico aplicável, da sua qualificação como direito subjectivo e como estrutura objectiva da comunidade. Que o mesmo é dizer, saber se a concepção unitária dos direitos fundamentais, em geral, conduz também à unidade ou antes à diversidade de regimes jurídicos aplicáveis (*mx.* “direitos, liberdades e garantias” versus “direitos económicos, sociais e culturais”)?

É minha convicção, reafirmando o que escrevi noutra altura, que as «considerações anteriores relativas à natureza dos direitos fundamentais não podiam deixar de ter consequências em termos de regime jurídico. Pois, por um lado, uma noção ampla de direitos fundamentais, comportando uma dupla dimensão, simultaneamente negativa e positiva, assim como,

por outro lado, o seu enquadramento no âmbito dos direitos subjectivos públicos, possibilitam uma tentativa de compreensão global das posições substantivas de vantagem dos particulares no domínio do Direito Público»⁵¹.

No nosso quadro constitucional, contudo, «é costume distinguir uma dualidade de regimes jurídicos respeitante aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos económicos, sociais e culturais. Que anda acompanhada de uma certa subalternização do tratamento jurídico dos segundos, decorrente do facto de não haver «na Constituição portuguesa (como na generalidade das Constituições) um regime sistemático explícito dos direitos, económicos, sociais e culturais simétrico do regime dos direitos, liberdades e garantias, quer no plano substantivo quer nos demais planos» (JORGE MIRANDA)⁵²»⁵³. Refira-se, no entanto, em abono da verdade, que esta dicotomia é mais uma construção doutrinária do que uma exigência constitucional, já que o legislador constituinte, por um lado, estabeleceu regras comuns para todos os direitos fundamentais, ao lado de regras especiais para os direitos, liberdades e garantias, mas quase nada regulou acerca dos direitos económicos, sociais e culturais; por outro lado, como se verá, a Constituição consagra a extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias a outros direitos fundamentais.

Assim, em primeiro lugar, a Constituição estabelece um regime jurídico comum a todos os direitos fundamentais, que inclui disposições sobre os princípios da universalidade (artigo 12.º CRP), da igualdade (artigo 13.º CRP), do acesso ao direito (artigo 20.º, n.º 1, CRP), da tutela jurisdicional e outras formas de protecção jurídica (artigo 20.º CRP), assim como regras sobre o direito de resistência (artigo 21.º CRP), a responsabilidade civil das entidades públicas (artigo 22.º), ou o acesso ao Provedor de Justiça (artigo 23.º CRP).

Em segundo lugar, a Constituição consagra um regime jurídico próprio dos direitos, liberdades e garantias, que compreende:

- regras de natureza material - aplicabilidade directa, vinculação de entidades públicas e privadas, reserva de lei, condicionamentos e limites às restrições legais, regulação do regime excepcional de suspensão, direito de resistência (vide os artigos 18.º e seguintes da Constituição);
- disposições de natureza orgânica - reserva de competência (absoluta e relativa) legislativa da Assembleia da República (vide os artigos 164.º e 165.º da Constituição);
- regras de revisão constitucional – limites materiais de revisão constitucional (vide o artigo 288.º, alínea d, da Constituição).

⁵¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 99.

⁵² Vide JORGE MIRANDA, «Manual de D. C. – D. F.», tomo IV, cit., pp. 215 e ss..

⁵³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 99.

Em terceiro lugar, a doutrina e a jurisprudência têm tentado construir, a partir das normas constitucionais, um regime próprio dos direitos, económicos, sociais e culturais, o qual (à semelhança do estatuído para os direitos, liberdades e garantias) integra:

- regras de carácter material – nomeadamente, a ligação das posições de vantagem às tarefas estaduais, o princípio da participação dos interessados, a dependência da realidade constitucional, o princípio da proporcionalidade (na sua tripla dimensão de necessidade, adequação, balanço custos/benefícios), a proibição do retrocesso na concretização dessas posições jurídicas subjectivas;
- disposições de natureza orgânica (relativamente a alguns direitos económicos, sociais e culturais) – v.g. reserva de competência absoluta em matéria de bases do sistema de ensino, reserva relativa em relação a bases do sistema de segurança social, do serviço nacional de saúde, do sistema de protecção da natureza, equilíbrio ecológico e património cultural (vide os artigos 164º, alínea i) e 165º, nº 1, alíneas f) e g), da Constituição);
- regras acerca da revisão constitucional – relativas aos direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais (vide o artigo 288º, alínea e, da Constituição)⁵⁴.

Esta tentativa de “arrumação” das regras de regime jurídico dos direitos fundamentais assenta numa concepção dualista acerca da respectiva natureza. Pois, «para além de um conjunto de regras comuns, distingue-se um regime de direitos, liberdades e garantias, pensado para direitos caracterizados pela sua dimensão predominantemente negativa, de um regime dos direitos económicos, sociais e culturais, concebido para direitos caracterizados pela sua dimensão predominantemente positiva, como se essas duas vertentes não se verificassem sempre em todos os direitos fundamentais e pudessem dar origem a duas categorias autónomas (tanto do ponto de vista conceptual como das normas aplicáveis)»⁵⁵.

Só que esta pretensa dicotomia de regimes jurídicos não bate certo, em minha opinião, nem com a unidade estrutural de todos os direitos fundamentais, nem com a solução constitucional de estender o regime dos direitos, liberdades e garantias aos demais direitos constitucionais, supostamente análogos (vide o artigo 17.º CRP). Dado que «uma tal

⁵⁴ Sobre a matéria vide JORGE MIRANDA, «Manual de D. C. – D. F.», tomo IV, cit., pp. 215 e ss. («regime comum dos direitos fundamentais»), pp. 311 e ss. («regime específico dos direitos, liberdades e garantias»), pp. 383 e ss. («regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais»). Em especial, sobre o regime dos direitos sociais vide MANUEL AFONSO VAZ, «O Enquadramento Jurídico-Constitucional dos “Direitos, Económicos, Sociais e Culturais”», in «Juris et de Jure – Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa», Publicações da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, páginas 603 e seguintes.

⁵⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 100.

separação de regimes jurídicos é dificilmente compatibilizável com a ideia, consensualmente partilhada pela doutrina e jurisprudência nacionais, de que, em nossos dias, os direitos, liberdades e garantias não correspondem mais apenas a deveres de abstenção estaduais, mas exigem também a intervenção dos poderes públicos, da mesma maneira que os direitos económicos, sociais e culturais, para além de dependerem de tarefas estaduais, também conferem um domínio constitucionalmente garantido de agressões exteriores por parte de entidades públicas»⁵⁶.

É assim que surge o expediente do recurso à analogia como forma de resolver os problemas práticos decorrentes da dificuldade (impossibilidade?) de classificação e diferenciação rigorosas dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais, mas procurando “manter as aparências” de uma pretensa dicotomia de regimes jurídicos dos direitos fundamentais, na nossa ordem jurídica. Na verdade, «a “incomodidade” decorrente do facto de se criarem regimes jurídicos distintos para realidades estruturalmente idênticas, ainda que com graus diferentes de predominância das respectivas dimensões subjectiva e objectiva, parece ter sido sentida tanto pelo legislador como pela doutrina, que a procurou superar através do recurso aos “direitos fundamentais de natureza análoga”, aos quais se aplicaria o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17º da Constituição). Tratar-se-ia, portanto, de direitos fundamentais – leia-se: direitos económicos, sociais e culturais – que eram simultaneamente distintos e análogos dos direitos, liberdades e garantias. Sem que ninguém fosse muito bem capaz de esclarecer onde é que residia a analogia, nem quais os padrões a comparar, nem sequer os critérios utilizáveis de determinação da identidade ou da diferença...»⁵⁷.

Esta «“não-categoria” dos direitos fundamentais análogos aos direitos, liberdades e garantias, surgia assim como uma espécie de “chave-mágica” para resolver o problema do esbatimento de fronteiras teórico-conceptuais entre direitos de primeira, de segunda ou de terceira geração, possibilitando a superação pragmática da rigidez da dicotomia de regimes jurídicos dos direitos fundamentais. Mas se, por um lado, o recurso a um tal “expediente” dos “direitos análogos” permitia resolver os problemas práticos decorrentes da necessidade de ultrapassar a dualidade de regimes jurídicos em matéria de direitos fundamentais; por outro lado, em termos dogmáticos, a necessidade de considerar tais direitos “hamletianos”, divididos entre “o ser e o não ser”, punha em causa quer a relevância da distinção, quer a dualidade de regimes jurídicos, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, mostrando bem como “algo ia mal no reino da Dinamarca”...»⁵⁸.

⁵⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 100.

⁵⁷ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 101.

⁵⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., p. 101.

A insustentabilidade desta construção “esquizofrénica” manifesta-se, nomeadamente quando a própria Constituição qualifica um só e o mesmo direito como direito, liberdade e garantia e como direito, económico, social e cultural⁵⁹. Tal sucede, por exemplo, com o direito fundamental à cultura, pois, trata-se de uma posição subjectiva de vantagem que é transversal às diferentes “gerações de direitos”, pois nasceu como “liberdade” em face do poder, no Estado Liberal, adquiriu uma dimensão prestadora, no Estado Social, e assumiu ainda uma vertente participativa e de “quota-parte”, no Estado Pós-social. Talvez por isso que a Constituição portuguesa, incapaz de o arrumar numa só categoria, tenha decidido disseminar a sua regulação tanto no título relativo aos direitos, liberdades e garantias (v.g. artigo 42.º CRP), como no título relativo aos direitos económicos, sociais e culturais (v.g. os artigos 73.º e 78.º CRP). O que, a persistir-se na dicotomia esquizofrénica - direitos, liberdades e garantias versus direitos económicos, sociais e culturais - criaria uma situação insolúvel, tanto relativamente à questão da qualificação jurídica como do regime jurídico aplicável ao direito fundamental à cultura.

A solução a dar ao problema passa, desde logo, em minha opinião, pela relativização e desvalorização da dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, considerando-a de natureza mais política do que jurídica, enquanto fruto das circunstâncias históricas em que foi elaborada a Constituição de 1976 e do extremar de posições ideológicas, então em confronto, acerca dos modelos de Estado, de Constituição e de direitos fundamentais a adoptar. Mas, se isso era assim, nos primórdios, a subsequente evolução da Constituição, com a perda da “carga ideológica” das normas constitucionais - também em matéria de direitos fundamentais -, vai contribuir para o avultar da dimensão jurídica de todas as posições constitucionais de vantagem, obrigando o intérprete a revalorizar as regras que estabelecem “pontes” e não as que colocam “barreiras” à aproximação das tradicionais categorias de direitos fundamentais.

A identidade de natureza jurídica de todos os direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos e como estruturas objectivas da sociedade, «não pode deixar de ter consequências em termos de regime jurídico». Pelo contrário, o regime jurídico de todos os direitos fundamentais «deve ter em conta tal realidade, combinando regras destinadas a garantir uma esfera individual protegida de agressões de entidades públicas (e privadas), com regras destinadas ao estabelecimento de deveres de actuação e tarefas públicas, de modo a permitir a concretização das metas fixadas pelo legislador constituinte»⁶⁰.

Assim, o denominado regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, que integra um conjunto de regras destinadas a impedir agressões públicas (e privadas), é de aplicar a todos os direitos fundamentais na medida da sua

⁵⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que T. D.. D. F. e C.», cit., mx pp. 133 e segs.

⁶⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., pp. 101 e 102.

vertente subjectiva; da mesma maneira como o denominado regime dos direitos, económicos, sociais e culturais, que corresponde à regulação da actuação dos poderes públicos, é de aplicar a todos os direitos fundamentais na medida da sua vertente objectiva. Não há, portanto, dois regimes jurídicos distintos - um para os direitos, liberdades e garantias, outro para os direitos económicos, sociais e culturais - mas um só regime jurídico, aplicável a todos os direitos fundamentais, independentemente da respectiva qualificação jurídica. Pelo que as normas do regime jurídico dito dos direitos liberdades e garantias são de aplicar a todos os direitos fundamentais (independentemente da sua "arrumação" constitucional no título dos direitos, liberdades e garantias ou no dos direitos, económicos, sociais e culturais), em tudo aquilo que respeita à sua natureza de direito subjectivo, ao mesmo tempo que as regras de regime jurídico dito dos direitos económicos, sociais e culturais são de aplicar a todos os direitos fundamentais (insista-se, mais uma vez, para que não restem dúvidas, independentemente da sua "arrumação" constitucional como direitos, liberdades e garantias ou como direitos, económicos, sociais e culturais), em tudo aquilo que se refira à respectiva dimensão objectiva, enquanto princípios estruturantes da ordem jurídica.

Mais. Tendo em conta a identidade de natureza de todos os direitos fundamentais e a unidade das respectivas regras jurídicas, é forçoso concluir que «a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos económicos, sociais e culturais não decorre, portanto, de uma qualquer "pretensa" analogia – tal como não obriga à criação da "não-categoria" dos "direitos análogos"». Pois, é precisamente a «identidade de natureza dos direitos fundamentais que justifica a regra do artigo 17º da Constituição, que manda aplicar o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias também aos direitos, económicos, sociais e culturais. Ainda que seja criticável a sua formulação, trata-se de uma regra muito importante, na medida em que permite estabelecer um regime jurídico unificado para todos os direitos fundamentais»⁶¹.

Em suma, todos os direitos fundamentais gozam, em face da Constituição portuguesa, de um regime jurídico unitário, devendo por isso ser-lhes aplicadas as regras do regime dito dos direitos, liberdades e garantias, na medida em que constituam direitos subjectivos, e o regime dos direitos económicos, sociais e culturais, na medida da respectiva dimensão objectiva, enquanto princípios fundamentais da ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», nº 30, Walter de Gruyter, Berlin, 1972.

⁶¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. do A.», cit., pp. 101 e 102.

BACHOF, Otto. «Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im öffentlichen Recht», in «Gedächtnisschrift für Walter Jellinek – Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht», 2ª edição, Gunther & Olzog, Muenchen, 1955.

BACHOF, Otto. «Über Einige Entwicklungstendenzen im Gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht», in «Staatsbürger und Staatsgewalt», volume II, C.F. Müller, Karlsruhe, 1963.

BAUER, Hartmut. «Altes und Neues zum Schutznormtheorie», in «Archiv des öffentlichen Rechts», volume 113, nº 4, Dezembro de 1988.

BAUER, Hartmut. «Die Schutznormtheorie im Wandel», in HECKMANN/MESSERSCHMIDT, «Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts», Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

BAUER, Hartmut. «Geschichtliche Grundlage der Lehre vom subjektiven öffentlichen Rechte», Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

BAUER, Hartmut. «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik», in «Die Verwaltung – Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft», volume 25, nº 3, 1992.

BÜHLER, Ottmar. «Die Subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen», Kolhammer, Berlin/Stuttgart/Leipzig, 1914.

GOMES CANOTILHO, Joaquim J. «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.

GÖRLICH, Helmut. «Grundrechte als Verfahrensgarantien», 1ª edição, Nomos, 1981.

HÄBERLE, Peter. «Grundrechte im Leistungsstaat», in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», nº 30, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1972.

HENKE, Wilhelm. «Das subjektive Recht im System des oeffentlichen Rechts», in «Die oeffentliche Verwaltung», nº 17, Agosto de 1980.

JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais», tomo IV, 2ª edição, Coimbra Editora.

LOUREIRO, João. «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in «Portugal – Brasil Ano 2000 – Tema Direito», in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Coimbra Editora, Coimbra.

MARTINS, Leonardo. «Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão», in JÜRGEN SCHWABE/LEONARDO MARTINS (coorden.), «Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão». KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V, Berlim, 2005.

PETER HÄBERLE, «Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura». Madrid, Tecnos, 2001.

RAWLS, JOHN. «O Direito dos Povos» (tradução), Martins Fontes, São Paulo, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. «A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura», Almedina, Coimbra, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da. «A Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias», in «Revista de Direito e Estudos Sociais», ano XIX, II, nº 2, 1987.

SILVA, Vasco Pereira da. «Comentário ao Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional», in «O Direito», Ano 106/119, 1974/1987.

SILVA, Vasco Pereira da. «Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente», Almedina, Coimbra, 2002.

SOARES, Rogério. «Direito Público e Sociedade Técnica», Coimbra, Atlântida, 1969.

VAZ, Manuel Afonso. «O Enquadramento Jurídico-Constitucional dos “Direitos, Económicos, Sociais e Culturais”», in «Juris et de Jure – Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa», Publicações da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.