

VOLUME XLVII — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 6



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLVII — N.ºs 1 e 2 - 2006

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- LIC. JORGE SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2008

I Doutrina	Págs.
<i>Pedro Soares Martinez</i> — O pensamento filosófico de Portalis	9
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — The portuguese economy: institutional issues, the macroeconomic crisis, structural reforms	19
<i>Jorge Miranda</i> — Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais	29
<i>Vasco Pereira da Silva</i> — A justiça administrativa e fiscal na hora zero da reforma	47
<i>Fernando Loureiro Bastos</i> — Os limites do poder constituinte. Algumas considerações sobre a feitura e a modificação de uma constituição de um Estado de Direito	55
<i>Carla Amado Gomes</i> — Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: existe um direito à qualidade de ensino?	77
<i>Rute Saraiva</i> — Qualificações profissionais no âmbito do rendimento energético dos edifícios e da qualidade do ar interior	111
<i>Susan Haack</i> — On logic in the law: “something, but not all”	155
<i>Gilmar Mendes</i> — As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos	187
<i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i> — O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo	253
<i>Romano Orrú</i> — La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l’esperienza portoghese	279
<i>André Ramos Tavares</i> — Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem	313
<i>André Ramos Tavares</i> — O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro	333
 II Legislação	
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sobre o anteprojecto do decreto-lei relativo a graus académicos e diplomas do ensino superior	349

III Vida Universitária

Págs.

<i>Martim de Albuquerque</i> — Sessão de apresentação da obra “Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque”	353
<i>Jorge Miranda</i> — Na homenagem ao Prof. Doutor Ruy de Albuquerque	359
<i>José Duarte Nogueira</i> — Sessão em honra de Ruy de Albuquerque	363
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Aquando da entrega do grande-oficialato da Ordem de Santiago d’Espada aos Professores Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque e, a título póstumo, ao Professor Castro Mendes	367
<i>Jorge Miranda</i> — Discurso no doutoramento <i>honoris causa</i> pela Universidade do Porto (6-10-2005).....	369
<i>Jorge Miranda</i> — Discurso no lançamento da obra colectiva de homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira	375
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de uma disciplina de Direito Internacional Público (processo no Tribunal Internacional de Justiça) apresentado pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia a provas de agregação.....	377
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório do Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes sobre a actividade pedagógica e científica respeitante ao quinquénio de 2001 a 2006	387
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta relativa à Comissão Coordenadora do Conselho Científico	391
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de criação da Comissão Coordenadora do Conselho Científico.....	395
<i>Jorge Miranda</i> — Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque ...	401
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição do currículo do Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes em provas para obtenção do título de agregado.....	403
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre José de Melo Alexandrino, intitulada “A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa”	415
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina de Direito Internacional Público e Europeu apresentado, em concurso para professor associado, pelo Doutor Jónatas Machado	431

	Págs
<i>Jorge Miranda</i> — Discurso na homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento	437
<i>Fausto de Quadros</i> — O Poder Sancionatório da União Europeia e das Comunidades Europeias sobre os Estados Membros — Arguição da dissertação de doutoramento em direito (menção de ciências jurídico-políticas) apresentada pela mestre Maria José Rangel de Mesquita	441
<i>David Duarte</i> — Proposta de Plano Curricular — Licenciatura (1.º Ciclo) — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	451
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> — Direito Administrativo da Economia — Programa e indicações bibliográficas de uma disciplina no âmbito do Curso de Pós-Graduação de Especialização em Ciências Jurídico-Administrativas do ICJP — Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	505
Doutoramento <i>honoris causa</i> do Professor Doutor Peter Badura, Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, em 8 de Novembro de 2007, na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa	513

**ARGUIÇÃO DA DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO
DO MESTRE JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO,
INTITULADA “A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA
DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS
NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA” (*)**

JORGE MIRANDA

1. Os direitos fundamentais têm vindo a merecer, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e também noutras Escolas portuguesas, uma atenção crescente, através de lições, teses, artigos doutrinários, sessões de estudo, colóquios, conferências.

Nas duas últimas provas para agregado em Ciências Jurídico-Políticas, o Doutor José Manuel Sérvulo Correia tomou como tema da sua lição de síntese o direito de manifestação e o Doutor Vasco Pereira da Silva o direito à cultura. Agora é o Mestre José de Melo Alexandrino que se apresenta a provas de doutoramento com uma dissertação sobre a estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias.

Estes factos traduzem bem a importância da matéria e revelam o progresso que o seu estudo científico tem vindo a alcançar desde 1976. E constituem para mim motivo de intensa alegria, já que fui (desculpe-se-me a imodéstia) quem, aquando da reforma do plano de estudos de 1983, propus aqui a criação de uma disciplina de Direitos Fundamentais. Não interessando apenas aos alunos da menção de Ciências Jurídico-Políticas, falta agora esperar que ela se torne comum a todos os alunos da Faculdade.

Num Estado de Direito democrático, perante uma Constituição e múltiplos instrumentos de Direito internacional a irradiarem para toda a ordem jurídica, e numa Escola, que quer ser coerente com a sua tradição e a sua vocação humanista, poderia ser de outro modo?

2. Com a presente dissertação o Mestre José de Melo Alexandrino procura prosseguir quatro objectivos: 1.º) desvendar o enraizamento histórico e

(*) Em provas públicas realizada em 29 de Julho de 2006.

contextualizar o nosso actual sistema de direitos e liberdades fundamentais; 2.º) identificar as linhas de continuidade, as sínteses e os elementos que se inscreveram geneticamente nessa estrutura da Constituição portuguesa; 3.º) organizar todo o material normativo relevante, ensaiando a respectiva conceptualização, seriação e hierarquização; 4.º) surpreender, a partir das especificidades de uma Constituição concreta, algumas das virtualidades práctico-dogmáticas gerais da ideia de sistema de direitos.

Dáí a divisão em quatro grandes títulos: o primeiro, versando o Direito comparado; o segundo, o constitucionalismo português; o terceiro, a Constituição de 1976; e o quarto título tendo por objecto a construção jurisprudencial sobre os direitos fundamentais na sua vigência. O primeiro, o segundo e o quarto títulos bem poderia ser publicados autonomamente.

São dois volumes policopiados, com 1.043 páginas de texto, 18 de teses, 48 de bibliografia e 8 de informação de jurisprudência (portuguesa, alemã, canadiana, norte-americana e australiana).

3. Como méritos da dissertação, importa desde já mencionar:

- A investigação criteriosa e exaustiva;
- O imenso fôlego de leituras, com uma quase inabarcável bibliografia, actualizada e devidamente tida em conta na elaboração do Autor;
- O completo domínio das técnicas de hermenêutica jurídica;
- O excelente conhecimento não só das Constituições consultadas como da doutrina sobre elas produzida;
- No caso português, o cuidado posto nos trabalhos preparatórios;
- O correcto uso do método comparativo;
- A tomada de posição sobre todos os problemas suscitados;
- A escrita correcta e rica, embora sem evitar alguns dos estrangeirismos habituais.

Em contrapartida, afiguram-se-me notas menos satisfatórias:

- O tom extremamente carregado do texto, com milhares e milhares de extensas notas;
- Um menor equilíbrio no apelo à doutrina estrangeira, com prevalência da alemã sobre a de outros países, como a norte-americana, a francesa ou a italiana;
- Uma tendência acentuada para o conceitualismo, com múltiplas distinções, subdistinções e repetições e com pouca abertura à vida, o que poderia ter sido muito mitigado se, em vez de um título à parte, se tivesse inserido a jurisprudência dentro do travejamento do sistema;

- Apesar do propósito de inserção do sistema no contexto quer político-constitucional quer social (págs. 67 e segs.), o seu quase total esquecimento;
- Na construção do sistema de direitos, liberdades e garantias, a ausência dos grandes princípios, como o da proporcionalidade, o da segurança jurídica e o da constitucionalidade;
- Algum subjectivismo nas páginas de história (por exemplo, 435, 452, 659 e nota).

4. No título I, o Autor procede ao exame e à comparação dos sistemas de direitos fundamentais em “democracias estabilizadas, com positivação de direitos em Constituição formal” — a Itália, a Alemanha, a França e a Espanha — e, depois, em países de *common law* — os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália.

Os critérios de comparação vêm a ser, entre outros, as bases textuais, a extensão dos direitos protegidos, a eventual hierarquia entre eles, as correspondentes garantias (regime material, regime de revisão constitucional, tutela jurisdicional), bem como as concepções ou propostas doutrinárias e jurisprudenciais relevantes. Com a aplicação destes critérios, tornam-se mais visíveis tanto as singularidades e os contrastes quanto as convergências de uns e outros ordenamentos — tudo bem explicado e documentado.

Não posso deixar de lamentar, entretanto, que o Doutorando tenha esquecido um terceiro grupo de ordenamentos: os dos países de língua portuguesa, por tudo e pelos laços que as suas actuais Constituições têm com a nossa Constituição actual. Em particular, é imperdoável a ausência do Brasil, com o seu vasto acervo de meios de garantia de direitos fundamentais e hoje já com uma importante bibliografia sobre a matéria.

Merece concordância o que diz, a propósito de “sistema europeu de direitos fundamentais” (págs. 88 e segs.), acerca dos “redutos de soberania, dos Direitos nacionais frente ao Direito comunitário”. Já não, de modo algum, a pretensa “desunião”, entre os tribunais e a Constituição em Portugal, induzida pela competência de rejeição de normas constitucionais atribuída a todos os tribunais (pág. 130, nota); mesmo que se prefira o sistema de incidente ao sistema misto de 1976-1982 não se vislumbram traços dessa desunião.

5. Do excurso feito no título II sobre os direitos fundamentais antes de 1976 ressaltam as “continuidades e descontinuidades” (na expressão feliz adoptada) do seu tratamento ao longo das Constituições precedentes.

Só indicaria três notas de crítica:

- a convolação em direito, na Constituição de 1933, da incumbência do Estado de assegurar um mínimo de existência (pág. 302);

- a afirmação (pág. 308) de que são idênticas na Constituição de 1911 e na de 1933 a pretensão de restrições aos direitos taxativamente expressos;
- a não muita importância atribuída ao § 2.º do art. 8.º desta Constituição e a outros preceitos limitativos dos direitos de liberdade.

6. Os dois primeiros capítulos do título III respeitam à génese da Constituição de 1976 e à evolução desde o texto originário àquele a que José de Melo Alexandrino chama, equivocadamente, a Constituição *vigente*.

Melhor ficariam no título anterior, deixando livre para o título III o capítulo sobre a construção dogmática do sistema de direitos, que é o cerne da obra.

7. Antes, porém, de me concentrar nesse capítulo, quero referir-me, muito brevemente, ao título IV da dissertação, dedicado à jurisprudência e em que o Candidato traz o resultado do exame que empreende sobre 300 (300!) acórdãos do Tribunal Constitucional.

Não se trata de uma série de comentários aos acórdãos, mas sim de um conspecto global a partir dos mesmos critérios adoptados para a própria elaboração do Autor, sem deixar de realçar as decisões mais significativas, “as decisões marcantes” (*leading cases*) e as mudanças de orientação, por vezes, ocorridas — tudo isto permitindo apreender as grandes coordenadas jurisprudenciais, assim como as “zonas de sombra”, e os problemas que continuam em aberto (págs. 1061 e 1065).

8. Há no densíssimo capítulo da construção dogmática interessantes contributos, acompanhados, muitas vezes, de pré-compreensões, posições e soluções muito discutíveis.

Tendo de escolher, por causa da premência dos trinta minutos a que devo confinar-me (e tendo em conta também a anterior arguição do Doutor José Carlos Vieira de Andrade), vou ocupar-me sucessivamente:

- da forma como o Autor contrapõe direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais — como sublinha, o principal eixo da estruturação do sistema de direitos fundamentais na nossa Lei Fundamental (pág. 1086);
- do conceito restrito de direitos, liberdades e garantias que adopta em face do art. 17.º;
- da desconsideração de outros factores para além de tal dicotomia e da tendência para desvalorizar a Declaração Universal dos Direitos do Homem;
- da visão do Candidato acerca da dignidade da pessoa humana;

- da sua visão acerca da hierarquia de direitos;
- da cláusula de limites materiais do art. 288.º, alínea *d*);
- do desequilíbrio, que sustenta dar-se entre o catálogo de direitos e as formas de tutela.

9. José de Melo Alexandrino afigura-se-me excessivo e radical no modo como estabelece a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais (págs. 719 e segs. e 1086-1087).

Diz, assim, que se, num caso, os direitos têm um conteúdo imediato ou plausível, no outro não constituem na esfera jurídica do titular senão um direito potencial (sob reserva do possível) a uma prestação estatal (tendo por isso um conteúdo indeterminado e cuja concretização efectiva se mostra dependente de factores materiais que o Estado em grande medida não domina). E é diferenciado o grau de vinculatividade das respectivas normas, é diferenciada a margem de concretização consentida ao legislador e são diferenciados os termos da relação entre a dimensão objectiva e a dimensão subjectiva dos correspondentes direitos.

Ora, esta maneira de ver suscita-me objecções: 1.ª) quanto ao entendimento dado à determinabilidade; 2.ª) quanto à vinculatividade; 3.ª) quanto à redução dos direitos sociais a direitos potenciais; 4.ª) quanto às prestações estatais. Talvez ela fosse adequada a uma Constituição como a alemã federal, que somente contém um princípio geral de Estado social (art. 20.º). Não a uma Constituição como a portuguesa, com a proclamação da democracia económica, social e cultural (art. 2.º), com todo o elenco de direitos do título III da parte I e com uma parte II, de organização económica.

10. Por certo, o conteúdo da generalidade dos direitos, liberdades e garantias — embora não de todos — divisa-se logo nas normas constitucionais que os prevêm, ao passo que na maior parte de direitos sociais o conhecimento do seu conteúdo requer a complementação de normas legislativas. Mas, como escrevo no meu *Manual* (IV, 3.ª ed., 2000, pág. 113), isto sem prejuízo de serem sempre apuráveis o lugar, a projecção e o sentido essencial de cada direito na ordem constitucional. Quer dizer: se as normas sobre direitos sociais surgem, muitas vezes, ou na maior parte das vezes, como de relativa incompletude, tal não significa que não seja a partir delas, e não a partir das normas legais, que deva assentar o trabalho interpretativo.

De resto, numa visão estrita, também se deparam direitos, liberdades e garantias que não possuem a característica de determinabilidade. É o que sucede com o direito à identidade genética (art. 26.º, n.º 3), com o direito à objecção de consciência (art. 41.º, n.º 6), com o direito de manifestação (art. 44.º, n.º 2), com o direito de autogestão (art. 61.º, n.º 5), com o direito de participação de trabalhadores na

gestão das unidades de produção do sector público (art. 89.º), com o direito de participação dos administrados nos procedimentos administrativos (art. 267.º, n.º 5) e, porventura, com o direito a indemnização em caso de responsabilidade civil das entidades públicas (art. 22.º), com o direito de acção popular (art. 52.º, n.º 3) e com o direito à segurança no emprego (art. 53.º).

Em contrapartida, há direitos sociais determináveis, como o de acesso aos tribunais, independentemente de insuficiência de meios económicos (art. 20.º, n.º 1, 3.ª parte), o direito a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas [art. 59.º, n.º 1, alínea *d*)], o direito a que todo o tempo de trabalho contribua para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tenha sido prestado (art. 63.º, n.º 4), o direito das mulheres trabalhadoras a dispensa de trabalho, durante a gravidez e após o parto, por período adequado, sem perda da retribuição e de quaisquer regalias (art. 68.º, n.º 3), o direito das mães e dos pais a dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses das crianças e as necessidades do agregado familiar (art. 68.º, n.º 4), o direito ao ensino básico universal, obrigatório e gratuito [art. 74.º, n.º 2, alínea *a*)] e a proibição de trabalho de menores em idade escolar (art. 69.º, n.º 3).

Repare-se, além disso, em direitos — como o de protecção da saúde (art. 64.º), o direito à habitação (art. 65.º), os direitos dos deficientes (art. 71.º), os das pessoas idosas (art. 72.º) ou o direito à fruição cultural (art. 78.º) — em que, através das incumbências do Estado destinadas à sua efectivação, se capta, com relativa nitidez, o conteúdo que a Constituição lhes pretende assinalar.

11. Quanto à vinculatividade, não menos importa certa contenção.

Algumas normas de direitos sociais são indiscutivelmente de aplicação imediata (por exemplo, as acabadas de referir, concernentes ao descanso semanal e ao ensino básico). Em geral, dominam as de aplicação mais ou menos diferida por condicionalismos vários. Nem por isso, estas deixam de ser vinculativas (como desde há décadas, se reconhece entre nós, porquanto):

- em face do postulado da unidade da Constituição, elas influem sistematicamente, para efeito de interpretação e integração, inclusive sobre normas de direitos, liberdades e garantias;
- elas proíbem a emissão de normas legais contrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de actos por elas impostos;
- elas fixam critérios ou directivas para o legislador ordinário, sem prejuízo de uma maior ou menor margem de discricionariedade — donde inconstitucionalidade material, por desvio de poder, quando ocorra afastamento destes critérios;

- e, por embrionário que seja o sistema, a sua concretização beneficia de controlo contra omissões.

Acresce que, não obstante a feição mais saliente dos direitos económicos, sociais e culturais ser a positiva, não faltam os que ostentam uma vertente negativa — do mesmo modo que não faltam direitos, liberdades e garantias em que prevalece a vertente positiva. Basta recordar, quanto àqueles, o direito da mulher trabalhadora de não ser privada da sua retribuição e de quaisquer regalias sociais por causa da maternidade (art. 68.º, n.º 3) ou de as crianças não serem impedidas de frequentar a escola [arts. 74.º, n.º 2, alínea *a*), e 69.º, n.º 3]. E quanto aos segundos, o *habeas corpus* (art. 31.º) ou o direito a indemnização em caso de expropriação por utilidade pública (art. 62.º, n.º 2).

12. Mas o Mestre José de Melo Alexandrino insiste ainda num primado e numa reserva do legislador no concernente às opções de conformação social. O legislador democraticamente legitimado só não poderia optar se não se provasse a impossibilidade fáctica da prestação e na condição de não ser afectado o parâmetro de igualdade. E haveria uma presunção favorável ao princípio formal da sua competência de decisão (págs. 753-754).

Não, não existe esse primado. Com as necessárias diferenças de estrutura e de abertura normativa, tanto deve ser interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais (insisto) a lei regulamentadora ou restritiva de direitos, liberdades e garantias como a lei concretizadora de direitos económicos, sociais e culturais. O princípio formal de competência do legislador democraticamente legitimado (para empregar a expressão de ALEXY) não pode estar dotado de uma prevalência absoluta sobre o princípio jusfundamental.

13. Tão pouco o termo *direitos potenciais* se mostra feliz. Se os direitos económicos, sociais e culturais constam de verdadeiras normas jurídicas e se, ainda quando não determináveis na sua dimensão positiva, têm uma dimensão negativa bem determinada, como falar em direitos potenciais? Melhor seria falar em pretensões, como fazem outros Autores, ainda que uma contraposição global entre direitos e pretensões tão pouco eu a julgue satisfatória.

A relatividade dos conceitos de direito subjectivo, pretensão jurídica ou expectativa, a diversidade dos âmbitos de protecção de direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, a variedade das situações de vida não aconselham arrumações em bloco. Só caso a caso, direito a direito, cabe confirmar ou infirmar a sua justeza.

14. Os direitos sociais não são exclusivamente direitos a prestações estatais. Bem pelo contrário, a Constituição apela a entidades da sociedade civil para

colaborarem na sua efectivação: assim, as instituições de solidariedade social (art. 63.º, n.º 3), as formas empresariais e privadas de medicina [art. 64.º, n.º 3, alínea *d*)], as cooperativas de habitação e a autoconstrução [art. 65.º, n.º 2, alíneas *c*) e *d*)], as famílias (art. 67.º), as organizações juvenis (art. 70.º, n.º 3), as associações de cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º, n.º 3), as associações e as fundações de fins culturais (arts. 73.º, n.º 3, e 78.º, n.º 2), as escolas privadas e cooperativas (arts. 75.º, n.º 2, e 43.º, n.º 4).

15. Para o Candidato, um dos traços individualizadores dos direitos sociais seria a *não universalidade* (pág. 732), o pertencer a sua titularidade não a todas as pessoas ou a todos os cidadãos, mas apenas a certas classes de pessoas, designadamente por se encontrarem em particular situação de debilidade ou de desigualdade de facto (pág. 733). Aqui parece estar atrasado cem anos, como não custa lembrar.

No século XIX, os direitos, liberdades e garantias dir-se-ia interessar principalmente à burguesia e os direitos económicos, sociais e culturais foram reivindicados pelos movimentos de trabalhadores — direitos económicos como expressão da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como aspiração de acesso à educação e à cultura e, em última análise, de transformação da própria condição operária. Entretanto, a passagem para o Estado social de Direito, a par da passagem do governo representativo liberal para a democracia representativa, acabaria por eliminar o cunho classista que se atribuía a qualquer das duas categorias: os direitos políticos foram sendo alargados até se chegar ao sufrágio universal e os direitos económicos, sociais e culturais repensados de modo a beneficiarem a generalidade dos cidadãos.

Também se sabe que, no texto inicial da Constituição de 1976, por razões conjunturais bem conhecidas, os direitos, liberdades e garantias eram encarados, antes de mais, como direitos do homem e de todos os homens e, na perspectiva democrática, como direitos dos cidadãos e de todos os cidadãos. Já muito mais heteróclitos apareciam os direitos económicos, sociais e culturais, apesar de neles avultarem os direitos dos trabalhadores e de, em muitos dos demais direitos, haver quem visse um forte cunho laborista. A primeira revisão constitucional, coeva da consolidação do regime e em que se pôde contar com os contributos da doutrina e da jurisprudência entretanto produzidos, iria ultrapassar esse contraste.

Como se tivesse finalmente concluído o processo histórico europeu de comunicação entre direitos de liberdade e direitos dos trabalhadores e entre direitos sociais e direitos de todos os homens (ou, como se ele tivesse decorrido entre nós no breve período de 1976 e 1982), consagrar-se-ia um critério primacialmente estrutural de distinção (*Manual*, pág. 141). Transpondo para o título II da parte I os

direitos dos trabalhadores com estrutura de direitos, liberdades e garantias, o legislador da revisão procurou aproximá-los das liberdades enquanto direitos de defesa e, simultaneamente, afirmar (embora sem o conseguir plenamente) uma unidade profunda dos direitos económicos, sociais e culturais.

Não é por acaso que, tal como nos direitos, liberdades e garantias, nos direitos económicos, sociais e culturais se usa a fórmula “*Todos têm o direito de ...*”; e não é por acaso que, de resto já desde 1976, se declara que o sistema de segurança social *protege os cidadãos ...* (art. 63.º, n.º 4, hoje n.º 3); que o serviço nacional de saúde é *universal* [art. 64.º, n.º 2, alínea *a*] ou que a rede de estabelecimentos públicos de ensino cobre as necessidades de *toda a população* (art. 75.º, n.º 1).

Finalmente, se a finalidade ou a dimensão objectiva dos direitos, liberdades e garantias consiste na limitação jurídica do poder e a dos direitos económicos, sociais e culturais na organização da solidariedade (conforme sempre tenho sustentado), em todos está presente a dignidade da pessoa humana — de todas as pessoas, seja qual for a sua situação concreta. Circunscrever os direitos e as políticas sociais aos carenciados, além de ameaçar a coesão da sociedade, envolveria o risco de quebra de qualidade dos próprios serviços e das prestações (problema diferente é o dos custos dos serviços e das prestações, se devem ser pagos e até onde pelos beneficiários).

16. José de Melo Alexandrino alude ainda à *instrumentalidade* dos direitos económicos, sociais e culturais. Esta característica aceito-a, embora não exactamente nos moldes em que ele a propõe (págs. 733 e 739).

Instrumentalidade na medida em que se trata de criar condições para que todas as pessoas possam usufruir, de facto, das liberdades. Instrumentalidade, por exemplo, do direito à segurança social em face da liberdade de trabalho e de profissão ou do direito à educação em face de liberdades de cultura. E, por isso, também incindibilidade.

Instrumentalidade que não afecta a prioridade dos direitos, liberdades e garantias (se se quiser, em termos dialécticos). Sim, porque a criação de *condições de liberdade* somente pode fazer-se em *regime de liberdade* (ou, na expressão da Declaração Universal, em *regime de direito*).

17. Um dos passos menos claros do escrito do Mestre José de Melo Alexandrino reporta-se ao conceito de direitos, liberdades e garantias em face do art. 17.º da Constituição.

Não haveria direitos, liberdades e garantias fora do título II da parte I (págs. 639, 666 e 767), citando, por sinal, com menos rigor o livro de JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*, pág. 151. Haveria, apenas direitos fundamentais de natureza

análoga, a detectar através de uma “medida de equivalência” (pág. 768) e sendo em número reduzido os que teriam estrutura meramente defensiva ou que correspondessem a liberdades.

Significa isto que, em vez das duas grandes categorias — direitos, liberdades e garantias e direitos sociais — existe uma terceira categoria, a dos direitos fundamentais de natureza análoga? Não parece, até porque o art. 17.º, conquanto não redundante, teria pouca utilidade (pág. 772).

Pergunto ainda: se um direito fundamental tem natureza análoga à dos direitos compreendidos no título II, por que recusar-lhe a integração na categoria? E por que esquecer que a distribuição dos direitos pelo texto constitucional, afora as escolhas nucleares de 1982 há pouco recordadas, se prende a factores de conexão de matérias? — como se verifica com o direito de acesso aos tribunais no título dos princípios gerais de direitos fundamentais, com o direito de não pagar impostos inconstitucionais no título do sistema financeiro e fiscal, os direitos dos administrados no título da Administração pública ou o de recurso de inconstitucionalidade no da fiscalização.

Índices de analogia, esses são a estrutura dos direitos — direito de agir e direito de exigir, e o significado sistemático, como refiro no *Manual* (sem satisfazer, aliás, o Candidato, pág. 769, nota). E não há só direitos de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias; o já aludido direito de a justiça não ser denegada por insuficiência de meios económicos (art. 20.º, n.º 1, 2.ª parte) é um direito de natureza análoga aos direitos económicos, sociais e culturais e, portanto, recai no quadro destes direitos.

18. Esgotar-se-á a estruturação dos direitos fundamentais na dicotomia direitos, liberdades e garantias — direitos económicos, sociais e culturais? Será apenas ela que importa para apreender o sentido da Constituição, quer em confronto com as Constituições portuguesas anteriores, quer no estrito plano dogmático?

Entendo que não. Mesmo se não realçados com tão frisante impressividade no texto, outros pontos há que devem ser tidos em conta. Outros pontos que traduzem, simultaneamente, a superação de concepções individualistas, a abertura à sociedade plural dos nossos dias e a complexidade da arquitectura constitucional.

São eles — e José de Melo Alexandrino ou os não refere ou não lhes presta a devida atenção — o preverem-se direitos das pessoas em razão das condições particulares que as identificam, o preverem-se direitos fundamentais de grupos, associações e instituições e o enlace com garantias institucionais.

Direitos fundamentais particulares, por contraste com os direitos fundamentais comuns (estes, naturalmente, os dominantes, por força do princípio da universalidade): direitos dos cônjuges (art. 36.º, n.º 3) e dos filhos (art. 36.º,

n.º 4), dos jornalistas (art. 36.º, n.º 2), dos trabalhadores (arts. 54.º, 56.º e 59.º), dos pais e das mães, das crianças, dos jovens, dos idosos e das pessoas com deficiência (arts. 68.º e 72.º) ou os direitos dos funcionários (arts. 269.º, n.ºs 2 e 3, e 271.º, n.º 2).

Direitos fundamentais de grupos, associações e instituições (para lá da menção genérica das pessoas colectivas no art. 12.º): direitos dos partidos políticos (arts. 40.º, 114.º, 151, n.º 1, 239.º, n.º 2), direitos de organizações representativas de trabalhadores [arts. 40.º, 54.º, n.º 5, 56.º, 63.º, n.º 2, 80.º, alínea g), 92.º, n.º 2, e 98.º], direitos de organizações representativas de actividades económicas [arts. 40.º, 80.º, alínea g), e 92.º, n.º 2], direitos das confissões religiosas (art. 41.º, n.ºs 4 e 5), direitos das associações de consumidores, de defesa do ambiente, de defesa do património cultural (arts. 52.º, n.º 3, 60.º, n.º 3, e 73.º, n.º 3), direitos das associações de beneficiários da segurança social (art. 63.º, n.º 3), de associações de famílias e de pais [arts. 67.º, n.º 2, alínea g), 77.º, n.º 2, e 92.º, n.º 2], de associações e fundações culturais (arts. 70.º, n.º 1, e 73.º, n.º 3), das organizações de cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º, n.º 3), de alunos e de professores (art. 77.º, n.º 2), de associações e colectividades desportivas (art. 79.º, n.º 2). São quase todos direitos de participação.

Enlace com garantias institucionais. A dimensão objectiva de muitos dos direitos fundamentais vem a par de garantias institucionais, tais como o estatuto do refugiado político (art. 33.º, n.º 8), o casamento e o divórcio (art. 36.º, n.ºs 1, 2 e 3), o serviço público de rádio e de televisão (art. 38.º, n.º 5), a contratação colectiva (art. 56.º, n.ºs 3 e 4), o serviço nacional de saúde [art. 64.º, n.º 2, alínea a), e n.º 4], a autonomia da Universidade (art. 76.º, n.º 2), a iniciativa e a pré-iniciativa popular (arts. 115.º, n.º 2, 167.º, n.º 1, e 240.º, n.º 2), o júri criminal (art. 207.º, n.º 1), as associações públicas (art. 267.º, n.º 4), os sectores público, privado e cooperativo e social da economia [arts. 80.º, alínea b), e 82.º] e os planos de desenvolvimento económico e social (art. 90.º).

19. Outro aspecto que o Candidato não valoriza na sua estruturação, apesar de representar uma das grandes opções do legislador constitucional (seja o originário, seja o superveniente) é aquilo a que ele próprio, incidentalmente, chama pendor universalista da Constituição (pág. 1059) e que alguns preferem designar por jus-universalismo.

Pendor universalista ou jus-universalismo patenteado no reiterar dos direitos do homem e dos povos entre os princípios regentes das relações internacionais do Estado português (art. 7.º, n.ºs 1 e 3), na relevância específica do estatuto do Tribunal Penal Internacional (art. 7.º, n.º 7), no princípio da equiparação de direitos de portugueses e não portugueses (art. 15.º), na admissibilidade de direitos fundamentais provenientes de regras de Direito internacional (art. 16.º, n.º 1), nas garantias relativas à expulsão e à extradição de estrangeiros (art. 33.º,

n.ºs 2 a 6), na consignação de direito de asilo e do estatuto de refugiado (art. 33.º, n.ºs 7 e 8), na proibição e na criminalização de organizações racistas [arts. 46.º, n.º 4, e 160.º, n.º 1, alínea *d*)], nas missões humanitárias atribuídas às Forças Armadas (art. 275.º, n.º 5).

Pendor universalista ou jus-universalismo espelhado ainda na recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem; e Declaração sobre a qual o Mestre José de Melo Alexandrino toma posições algo contraditórias, ora realçando, ora diminuindo o seu papel dentro do sistema.

Com efeito, por um lado, escreve que a Constituição reclama a harmonização dos seus preceitos (interpretandos) ou dos preceitos da lei com o quadro normativo de referência da Declaração, com o seu sistema e quadro de valores (págs. 821 e 773); fala em eventuais direitos pessoais e de participação *equivalentes* nesta previstos (pág. 639) e até num “marcante reenvio para a Declaração” (pág. 717); recorre à Declaração para atenuar ou ultrapassar a não expressa previsão de liberdade de pensamento no texto constitucional (pág. 757, nota); interpreta à sua luz a cláusula de limites materiais de revisão do art. 288.º, alínea *d*) (págs. 821-822); lembra a função limitativa de limites a direitos do art. 29.º, n.º 2, da Declaração (págs. 913 e 915); e reconhece que o valor do desenvolvimento da personalidade sempre foi uma estrutura subjacente à Constituição, por via do art. 29.º, n.º 1 (por lapso, não corrigida na errata, diz do art. 22.º) (pág. 927).

Todavia, concomitantemente, não só contesta a tese da recepção formal — que seria redundante em face do art. 16.º, n.º 1, da Constituição (págs. 665-666) como qualifica a cláusula do art. 16.º, n.º 2, de factor de instabilização dogmática (pág. 812). O afastamento do perigo real aos direitos de liberdade ocorrido em 1975 constituiria um argumento desfavorável à insistência no significado estritamente jurídico desse art. 16.º, n.º 2 — por a isso se oporem a consolidação da ordem constitucional positiva de direitos fundamentais e a sua plena conformidade jus-internacional (pág. 810). E, sendo mais vasto e menos sólido o contexto em que ele situaria os direitos fundamentais, o reenvio aí efectuado poderia acabar numa contra-garantia (pág. 812).

20. Passando a outros aspectos. Um dos mais importantes (e dos primeiros que deveria ter sido versado na construção do Autor) é a dignidade da pessoa humana.

José de Melo Alexandrino (págs. 793 e segs.) parece seguir uma postura algo céptica sobre a função a ela cometida de assegurar a unidade valorativa, a unidade de sentido e a unidade do sistema de direitos fundamentais. Haveria “luzes e sombras” e não seria assim tão evidente a relação de sistema entre o princípio enunciado no art. 1.º da Constituição e o domínio dos direitos fundamentais — por razões históricas, por o princípio não se encontrar explicitado

no art. 288.º e por, a par da dignidade, surgir — e em “extrema tensão” com ele (pág. 714) — a vontade popular.

No entanto, a despeito de considerar essencialmente programática a diversificação das consequências jurídicas do princípio que eu próprio tenho aduzido no *Manual de Direito Constitucional* (pág. 797, nota), reconhece-lhe três tipos de funções jusfundamentais: uma função simbólica, uma função instrumental (de parâmetro de interpretação e integração) e uma função de protecção (como eventual critério de último recurso).

Muito rapidamente, observarei que a não inclusão expressa de dignidade da pessoa humana no art. 288.º não oferece nenhum problema, visto que, os limites materiais de revisão constitucional tanto podem ser explícitos como implícitos e o art. 288.º é meramente declarativo. Quanto à vontade popular, ela está subordinada à dignidade da pessoa humana; não constitui princípio autónomo com que esta tenha de se harmonizar; nem se concebe — pelo menos, em Estado de Direito democrático — realização da vontade popular sem respeito pela dignidade da pessoa humana.

21. O Doutorando rejeita uma ordenação valorativa de direitos fundamentais como a sugerida no meu *Manual*, por consistir na reunião de elementos díspares sem possibilidade de validação objectiva e por ser dificilmente ajustável ao postulado da complexidade (págs. 861 e 865).

Curiosamente, noutro passo (págs. 672 e segs.), ao observar os três capítulos do título II da parte I do texto constitucional (de direitos, liberdades e garantias pessoais, de direitos, liberdades e garantias de participação política e de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores), afirma que, embora não possa falar-se em hierarquia, há aí “um potencial peso desigual dos direitos das sucessivas classes, não devendo negligenciar-se a diferenciação material subjacente”.

De todo o modo, mostra-se mais aberto a um “recorte formal”, com base no regime agravado ou privilegiado de protecção de certos tipos, classes ou grupos de direitos (págs. 868 e segs.), sendo possível admitir uma “preferência branda” a favor dos direitos colocados nos grupos reforçados ou “superiores”, presunção, contudo, ilidível pela imposição de diferenciação e pelo peso específico das exigências e das particularidades dos casos (pág. 871).

Acho que o Doutorando não tem inteira razão na crítica que me faz. Independentemente se de acolher ou não a tese da Constituição como ordem de valores, seguro é que cada direito fundamental — na dupla dimensão subjectiva e objectiva que contém — representa um valor e nem todos os direitos têm idêntico valor. Há mais de um grau de fundamentalidade, como resulta tão nitidamente do art. 19.º, n.º 6.

É apenas isso. E, aliás — como, honestamente, José de Melo Alexandrino nota (pág. 861) — eu não pretendo que a hierarquia funcione automática

e mecanicamente. A sua relevância específica é sempre relativa, tem de ser apurada direito a direito como apoio à tarefa de concordância prática em caso de colisão de direitos.

Uma hierarquia de base formal, essa não creio dever ser perfilhada. O que existe é uma ordem decrescente de consistência e protecção jurídica, que pode ter alguma relação com a hierarquia valorativa, mas que de per si não serve para ajudar a resolver conflitos (ou a imensa maioria dos conflitos imagináveis).

22. A leitura das páginas consagradas à alínea *d*) do art. 288.º deixa algumas dúvidas sobre o pensamento do Autor. A cláusula de irreversibilidade garante o respeito pelo objecto e pelo conteúdo nuclear (ou prototípico) de todos os direitos, liberdades e garantias pessoais e de participação política (e os direitos fundamentais a eles equivalentes), na condição de serem direitos individuais, autónomos e primários ou, em alternativa, de integrem o *standard* mínimo de direitos humanos universais (pág. 831)? Ou refere-se a um determinado quadro (de princípios) de direitos, liberdades e garantias (pág. 833)?

Seja como for, estranho o quase nenhum relevo dado ao art. 19.º, n.º 6; não posso concordar com a ideia de que os limites materiais de revisão constituam proibições permanentes e absolutas e de que as respectivas normas sejam hierarquicamente superiores às restantes normas constitucionais (págs. 814 e 815); e reputo talvez menos prudente a propensão para um entendimento restritivo da cláusula, em nome de ela, pretensamente, restringir a vontade popular (pág. 833).

23. Segundo o Candidato, no texto constitucional deparar-se-ia um “evidente desequilíbrio entre a hiperconfiguração dada ao universo dos direitos e ao universo dos titulares, de um lado, e a eficácia de garantia de realização das obrigações por parte do obrigado, de outro” (pág. 917), por inexistir uma protecção jurisdicional alargada contra todos os actos do poder público.

Aventa, por conseguinte, a hipótese de, por meio de uma “ampliação teleológica” pelo Tribunal Constitucional da norma de competência do art. 280.º, n.º 6, da Constituição e do art. 71.º da lei orgânica, o Tribunal assumir não apenas o cânone habitual da inconstitucionalidade mas também o recurso à figura da “violação” de um direito, liberdade e garantia, o que envolveria o reconhecimento dessa “passagem subtil” entre o mero controlo de normas e o controlo de actos (ainda que por via da regra do caso) (pág. 919). Mas melhor seria a expressa inclusão de uma clara dimensão de amparo no sistema (pág. 920).

Acho exagerado o adjectivo “evidente desequilíbrio” e chamo a atenção para o papel que tem desempenhado o Provedor de Justiça como instância de trânsito de queixas dos cidadãos para a iniciativa de fiscalização de inconstitucio-

nalidade [arts. 23.º, n.º 1, 281.º, n.º 2, alínea *d*), e 283.º, n.º 1]. Isso sem deixar de admitir (e de já ter denunciado) lacunas respeitantes quer ao controlo de decisões dos tribunais quer à inconstitucionalidade por omissão — lacunas que, porém, só, por revisão constitucional, poderão ser colmatadas.

24. Acrescentaria reparos de menor importância:

- a)* A colocação das competências entre os “conjuntos constitucionais próximos” dos direitos, liberdades e garantias (pág. 639);
- b)* A propósito da inserção da dignidade da pessoa humana no texto inicial da Constituição, apontarem-se, ao mesmo tempo, “a concepção marxista” aí presente (veiculada pelos Deputados do PS e do PCP) e a afirmação (por Deputados de outro partido) do reconhecimento da dignidade como valor básico de todo o ordenamento (pág. 659 e nota);
- c)* O esforço teórico posto no tratamento dos elementos estruturais do sistema (págs. 640 e segs.), pouco compensado pelas conclusões algo triviais a que chega;
- d)* A “macrocefalia” do princípio do Estado de Direito democrático como estando em razão inversa da sua imediata operatividade jurídica e o estar consumido pelo sistema de direitos, liberdades e garantias (pág. 779) — o que, pelo menos, precisaria de ser explicado;
- e)* Entre os argumentos contra o princípio do não retrocesso social, o argumento, ambíguo, da consideração da Constituição e da realização da liberdade como um todo (pág. 781, nota).

25. Seria injusto não salientar, na especialidade, os resultados muito positivos da elaboração empreendida, tais como:

- a)* A análise do enquadramento dos direitos, liberdades e garantias entre os direitos subjectivos (págs. 618 e segs.);
- b)* A análise do conceito de fundamentalidade (págs. 702 e segs.) — modelo difícil, variável (em razão dos modelos políticos, económicos e sociais) e situado, e não grandeza fixa;
- c)* A interpenetração dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais para além do art. 17.º (pág. 772);
- d)* As largas considerações sobre a abertura do sistema (págs. 837 e segs.) e a exegese do art. 16.º, n.º 1 (págs. 845 e segs. e 936 e segs.), se bem que não mereça concordância dizer que só uma concepção adequadamente restritiva da cláusula aberta é compatível com os pressupostos de uma Constituição rígida e do sistema de direitos, liberdades e garantias (pág. 848);

- e) A teoria das restrições (págs. 878 e segs.), com a enumeração de cinco tipos de preceitos a elas pertinentes, a aceitação de tese externa (pág. 908) e a exclusão do seu domínio dogmático dos direitos económicos, sociais e culturais (pág. 876);
- f) Em especial, o debate sobre a problemática do art. 18.º, n.º 2 (págs. 888 e segs.);
- g) A análise do conceito de limite (págs. 898 e segs.);
- h) A recusa em tomar o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, introduzido em 1997) como paradigma dogmático do sistema (págs. 923 e segs.).

26. É altura de concluir.

O Mestre José de Melo Alexandrino tem percorrido um caminho ascensional de empenhamento no trabalho, de dedicação à vida académica e de inteligência crítica.

Estas qualidades já as havia revelado no curso de mestrado, em que o tive como aluno e em que foi classificado com 18 valores; no livro *O estatuto constitucional da actividade de televisão* (correspondente à dissertação de mestrado); e nos estudos *Da insuficiência do Direito disciplinar aplicável aos estudantes e O recenseamento eleitoral*. E tem continuado a revelá-las no quotidiano honesto exercício da função docente

Peço-lhe, que acolha as minhas considerações e críticas como estímulos a uma troca de ideias serena e frutuosa e a uma clarificação do seu pensamento. O trabalho universitário é assim.