

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



2 0 0 5



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLVI — N.º 1 - 2005

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Vice-Presidente)
- 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 2006

Martim de Albuquerque — Nota de Abertura 9

I Doutrina

Eduardo C. B. Bittar — O ensino da Filosofia do Direito: história, legislação e tradição na cultura jurídica brasileira..... 11

Lenio Luiz Streck — Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo 55

Carmen Bolaños Mejías — Crisis institucional en las relaciones luso-españolas durante el reinado de Felipe II de Portugal 87

Vito Tanzi — The stability and growth pact: its role and future..... 109

Mateus Kowalski — ONU — A Reforma para a Paz..... 121

Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo — O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações..... 169

Luís de Lima Pinheiro — Reconhecimento autónomo de decisões estrangeiras e controlo do direito aplicável..... 215

Paulo de Pitta e Cunha — The constitutional treaty: a step in european integration along federal lines 241

J. Oliveira Ascensão — Questões problemáticas em sede de indicações geográficas e denominações de origem 253

Jorge Miranda — Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)..... 271

Guilherme Guimarães Feliciano — Justiça do Trabalho — Nada mais, nada menos..... 311

Maria Luísa Duarte — Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia — A propósito do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005..... 341

Eduardo Vera-Cruz Pinto — A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa 371

Pedro Delgado Alves — Governos provisórios 385

Domingos Soares Farinho — As regras de recrutamento parlamentar partidário em Portugal 483

<i>Nuno Ferreira</i> — A responsabilidade internacional: evolução na tradição...	515
<i>Tiago Antunes</i> — Partidos verdes: partidos monocromáticos? — Breve olhar sobre a Política Verde e a partidarização da Ecologia	537
<i>Vasco Duarte de Almeida</i> — Sobre o valor da dignidade da pessoa humana	623

II Legislação

<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Apontamentos legislativos	651
<i>Vitalino Canas / Nuno Aureliano</i> — Contribution to a feasibility study on a project in Afghanistan — Law enforcement	669

III Jurisprudência

<i>Nuno Reis</i> — Comentário a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-10-2001 (Responsabilidade civil extracontratual)	701
--	-----

IV Trabalhos de Alunos

<i>Ana Paz Ferreira Perestrelo de Oliveira</i> — A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por “domínio da organização”	721
---	-----

V Vida Universitária

<i>Adriano Moreira</i> — O futuro da educação.....	777
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Os Arquivos no Direito Internacional: uma perspectiva portuguesa.....	783
<i>António de Sousa Franco</i> — Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão (Acta da reunião do Conselho Científico de 23 de Julho de 2003).....	795
<i>Jorge Miranda</i> — A Constituição Fiscal Portuguesa	797
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento da Mestra Maria Benedita Malaquias Pires Urbano	807
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de uma disciplina de Direito Constitucional Penal apresentado pela Prof. ^a Doutora Maria Fernanda Palma a provas de agregação.....	817
<i>Jorge Miranda</i> — O referendo local.....	829
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Apreciação do currículo científico e pedagógico do Professor Doutor Eduardo da Paz Ferreira	837

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Elogio do Professor Doutor Vito Tanzi	839
<i>Paulo Otero</i> — “Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas” — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre Pedro Gonçalves	841
<i>Paulo Otero</i> — Palavras de homenagem do Professor Armando Marques Guedes	853
<i>Pedro Soares Martinez</i> — Análise crítica de um Relatório respeitante ao ensino das Finanças Públicas	855
<i>Ruy Albuquerque</i> — Evocação do Dr. Miguel Pinto de Meneses	869
<i>Jorge Miranda</i> — Homenagem ao Prof. Doutor José Dias Marques	877
1.º Curso de Pós-Graduação em Direito das Autarquias Locais	879
1.º Curso de Pós-Graduação de Legística e Ciência da Legislação	881
Curso de Verão de Direito Processual Constitucional	885
Estatutos do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	887
Posição do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa perante o “Processo de Bolonha”	895
Regimento do Instituto de Investigação Científica	901
UNIDROIT — Homenagem à Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço...	903

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM SOCIAL (NA CONSTITUIÇÃO DE 1933) (*)

JORGE MIRANDA

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

	Págs.
§ 1.º Igualdade jurídica e igualdade social.....	272
1. A formulação constitucional.....	272
2. Sentido da igualdade jurídica.....	273
3. Igualdade e lei.....	274
4. A igualdade social.....	275
5. Igualdade social e igualdade jurídica.....	276
§ 2.º Condições jurídicas em especial.....	277
6. A condição da mulher. Evolução contemporânea no Direito português.....	277
7. A condição da mulher. A natureza.....	278
8. A condição da mulher. O bem da família.....	280
9. A condição do estrangeiro.....	282
10. A condição do brasileiro.....	283
11. A condição do naturalizado (<i>lato sensu</i>).....	284
12. A condição do que readquiriu a cidadania portuguesa.....	285
13. Outras situações de diferenciação.....	286

CAPÍTULO II

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

§ 1.º Conceito e categorias de direitos fundamentais.....	287
14. Conceito geral.....	287
15. Direitos fundamentais e direitos de personalidade.....	287

(*) Título V da parte II (Direito Constitucional Actual) de *Ciência Política e Direito Constitucional*, sumários policopiados, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1973, págs. 181 e segs.

	Págs.
16. Estrutura dos direitos fundamentais	288
17. Categorias principais.....	288
18. Direitos fundamentais e Constituição	290
19. Titularidade e projecção dos direitos fundamentais	291
20. Direitos fundamentais e deveres fundamentais	291
§ 2.º Os direitos fundamentais na Constituição de 1933	292
21. Disposições constitucionais sobre direitos fundamentais.....	292
22. Direitos contidos no artigo 8.º	293
23. Liberdades explicitadas para além do artigo 8.º	297
24. Garantias não contidas no artigo 8.º	297
25. Direitos sociais além do direito ao trabalho.....	298
26. Deveres fundamentais na Constituição	299
§ 3.º Regime dos direitos fundamentais.....	301
27. Limites dos direitos fundamentais	301
28. A regulamentação dos direitos fundamentais	301
29. Termos da regulamentação	302
30. Regime comum das liberdades e das garantias.....	303
31. Principal legislação sobre direitos fundamentais.....	304

CAPÍTULO III

A ORDEM ECONÓMICA E SOCIAL

32. Sentido da ordem económica e social	306
33. A iniciativa económica particular e a liberdade de empresa.....	307
34. A função social da propriedade.....	308
35. Iniciativa privada e função social	309
36. A economia corporativa.....	309

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

§ 1.º IGUALDADE JURÍDICA E IGUALDADE SOCIAL ⁽¹⁾

1. A formulação constitucional

O princípio da igualdade e o seu aparecimento em todas as Constituições portuguesas. Ideias de base: a lei é igual para todos, proibição de privilégios,

(1) Não existe bibliografia portuguesa. No estrangeiro, v., por exemplo, LIVIO PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milão, 1965; CLAUDIO ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, 1966; *L'égalité*, obra colectiva, Bruxelas, 1971; JOHN REES, *Equality*, Londres, 1971.

acesso por igual aos cargos públicos, haver recompensas por serviços prestados.

O art. 5.º e a distinção entre igualdade jurídica e social:

- a) igualdade jurídica — igualdade perante a lei;
- b) igualdade social — (livre) acesso aos benefícios da civilização.

Desenvolvimento da igualdade jurídica no texto constitucional: § 2.º do art. 5.º; art. 7.º e §§; art. 8.º, n.º 3; art. 9.º; art. 10.º; art. 13.º, n.º 2; art. 14.º, n.º 3; art. 18.º; art. 28.º, 1.ª e 2.ª partes; art. 54.º; art. 57.º; art. 117.º A excepção do art. 74.º

Desenvolvimento da igualdade social: art. 6.º, n.º 3; art. 29.º; art. 31.º, n.º 1; art. 43.º

Importância do art. 6.º, n.º 3. O (livre) acesso de todos os Portugueses aos benefícios da civilização, isto é, aos bens materiais e de cultura, liga-se à promoção de melhoria das condições de vida das classes mais desfavorecidas (redacção anterior), ou melhor, à promoção pelo Estado do bem-estar social (redacção actual) (2) (3).

2. Sentido da igualdade jurídica

Igualdade e pessoa. Da igualdade biológica à igualdade moral e jurídica; ser e dever ser.

Igualdade e Estado. A ideia de Estado ligada ao princípio da igualdade: o Estado como envolvendo relação imediata do poder com os indivíduos; logo, sujeição de todos os indivíduos ao Estado e daí igualdade na sujeição (ainda que haja desigualdade nas relações entre os indivíduos).

O Estado democrático; igualdade activa, e não passiva; a igualdade de direitos políticos, garantia e condição de acesso à igualdade dos restantes direitos.

Generalidade da lei e igualdade jurídica.

Sentido primário do princípio da igualdade:

- a) Não haver privilégios de tratamento;
- b) Não haver discriminação.

(2) De assinalar o progresso, sobretudo se se pensar na redacção primitiva do n.º 3 do art. 6.º (“zelar pela melhoria das condições das classes mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente”).

(3) Cfr. A. DA SILVA LEAL, *Política Social Portuguesa*, págs. 90 e segs. e 119 e segs.

Ou, dizendo em termos positivos:

- a) Tratar igualmente os que se encontram em situações iguais;
- b) Tratar desigualmente os que se encontram em situações desiguais, mas de maneira a não serem criadas diferenciagões arbitrárias.

Sentido secundário:

- a) Atribuição a todos de personalidade jurídica;
- b) Atribuição a todos de um certo número de direitos, consequência da própria atribuição de personalidade e base da aquisição de todos os outros — os direitos fundamentais e de personalidade;
- c) Atribuição a todos da mesma capacidade de direitos e deveres em função de situações idênticas, ou seja, o mesmo estatuto deve corresponder ao mesmo *status ou estado* (de pai, de funcionário, etc.).

É no plano de *c*) que se coloca sobretudo o problema de igualdade em concreto.

Crítério para o estabelecimento de diferenciações: critério objectivo, derivado da diversidade das circunstâncias e da natureza das coisas (parte final do § 2.º do art. 5.º da Constituição), e não qualquer outro artificialmente criado pelo legislador. Variação relativa, porém, do conteúdo da igualdade no tempo.

Natureza das coisas e Direito natural (recorde-se a referência à Justiça no art. 6.º, n.º 1) (4).

3. Igualdade e lei

Destinatários do princípio da igualdade: tanto os órgãos de aplicação do Direito como os órgãos de criação. Igualdade não significa simplesmente aplicação igual da lei, mas, logo, criação de lei igual para todos.

O legislador deve integrar-se no pensamento constitucional e ater-se aos valores por ele perfilhados. Sendo o princípio da igualdade e não da desigualdade, deve executar as próprias normas constitucionais no sentido mais afastado do privilégio e da discriminação (5).

(4) Antecedentes constitucionais da referência à natureza das coisas: Constituições de 1822, art. 9.º, e de 1838, art. 20.º, § único. Também fala em natureza das coisas o art. 16.º do Estatuto do Trabalho Nacional.

(5) Deve entender-se que as causas de diferenciação repelidas pelo art. 5.º, § 2.º, são exemplificativas, e não taxativas. Quaisquer outras são também vedadas; assim, a raça só foi mencio-

A inconstitucionalidade da lei criadora ou mantenedora de desigualdade. Modo de aferir da inconstitucionalidade: através do apuramento dos critérios do legislador. A evolução paralela do princípio da igualdade e do desenvolvimento da fiscalização judicial da constitucionalidade.

Problema: se houver duas disposições ou duas leis a estabelecerem tratamento desigual para situações iguais, em violação, portanto, do princípio do art. 5.º, qual das duas não deverá ser aplicada pelo juiz por inconstitucional?

Parece terem de se distinguir duas hipóteses básicas:

- a) Se, até certa altura a lei não fizer acepção de situações e de pessoas, e depois vier nova lei abrir discriminações, esta lei será inconstitucional e continuará a aplicar-se a antiga;
- b) Se a lei originariamente estabelecer discriminação de situações e de pessoas, aplicar-se-á a todas as situações e pessoas a disposição mais favorável ou a que melhor se integrar no espírito do sistema jurídico.

4. A igualdade social

Localização histórica da igualdade social. A luta pela igualdade e o Estado contemporâneo: a igualdade jurídica, conquista do Estado liberal do século XIX, e a igualdade social, projecto do Estado social (socialista ou não) do século XX.

Motivos da insuficiência da igualdade jurídica à maneira liberal: não basta reconhecer a todos os mesmos direitos, uma vez que divergem as condições concretas do seu exercício, e, com elas, o próprio interesse em as invocar; para haver igualdade de direitos autêntica é preciso vencer os obstáculos à efectivação desses direitos.

Pontos de partida, portanto, para a igualdade social:

- 1.º A atenção prestada às situações do facto (não só económicas mas também mentais, físicas, culturais e ambientais) em que se encontram os indivíduos titulares dos direitos;
- 2.º A consideração da necessibilidade e da possibilidade de agir sobre tais situações de facto, conformando-as, corrigindo-as ou superando-as.

Filosofia subjacente: não já a valorização individualista do indivíduo isolado e a concepção liberal da abstenção do Estado (nomeadamente, abstendo-se de fazer

leis discriminatórias e de privilégio), antes a valorização comunitária do indivíduo concreto em relação com outros e a concepção intervencionista do Estado que age na sociedade. E daí também uma filosofia económica determinada, embora com tonalidades divergentes: não mera indiferença perante a actual distribuição de bens, com aceitação tácita ou expressa, mas atitude crítica tendente a uma política de redistribuição.

Sentido da igualdade social. É igualdade material que não se oferece, cria-se; que não se propõe, efectiva-se; que não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas nem preexistente ao Estado (6).

Consequências: a igualdade social como objectivo da política social do Estado (7), e não só da política jurídica; as normas constitucionais que lhe respeitam como normas programáticas, normas que só se tornam plenamente eficazes com a colaboração do legislador e da Administração *conformadora* (e não apenas *conformada*).

5. Igualdade social e igualdade jurídica

A igualdade jurídica não se traduz em direitos, refere-se à atribuição de quaisquer direitos; todavia, historicamente aparece ligada aos direitos de liberdade, até porque quer estes quer ela impõem ao Estado uma actividade concreta (e normativa) de simples respeito ou abstenção.

Em contrapartida, a igualdade social, por envolver uma posição petitória do indivíduo perante o Estado, torna-se logo indissociável de certos direitos, os chamados *direitos sociais* (direito à educação, ao trabalho, à saúde, etc.; como se verá a seguir), direitos a prestações positivas do Estado; e, em particular, traduz-se em direitos atribuídos aos indivíduos, em função da sua situação singular (direito a receber bolsa de estudo de montante X, direito a um abono de família, etc.).

Conjugação da igualdade social com a igualdade jurídica. Aquela nasce, como se acaba de mostrar, de uma crítica à igualdade jurídica liberal descrita como de índole somente formal e, embora não se esgote neste objectivo, começa por pretender apenas dar-lhe efectividade.

(6) *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pág. 72.

(7) Sobre a política social nos textos constitucionais de 1933, v. ANTÓNIO DA SILVA LEAL, *op. cit.*, págs. 105 e segs. e 145 e segs.

De qualquer sorte não se verifica contraposição radical entre uma e outra, porque:

- 1.º) Os direitos postulados pela igualdade social são atribuídos aos que se encontrem em situações diferentes e em termos de igualdade (por exemplo: todos os que precisam de bolsas de estudo devem ter direito a elas, não os que não precisam, e de montante correspondente às suas necessidades) — e assim se realiza o princípio segundo o qual devem ser tratadas desigualmente as situações desiguais;
- 2.º) A desigualdade de tratamento na origem tem em vista a igualdade no fim (dão-se bolsas de estudo aos que precisam para todos efectivamente poderem atingir a educação e, com esta, melhor usufruírem a sua liberdade pessoal; o direito a bolsas de estudo é instrumental em face do direito à educação e dos direitos de liberdade).

No fundo, a igualdade social tende para a igualdade jurídica: é a igualdade jurídica do século XX, tal como a igualdade jurídica foi a igualdade social do século XIX.

§ 2.º CONDIÇÕES JURÍDICAS EM ESPECIAL

6. A condição da mulher. Evolução contemporânea no Direito português

Necessidade nesta matéria como em outras, de partir de uma visão histórica e de atender tanto aos factores jurídicos e morais quanto às condições sociais, mentais e económicas em mutação.

Evolução contemporânea no Direito português, a respeito da mulher:

- a) No Direito civil: as restrições do Código Civil de 1867 à capacidade da mulher; a abolição de quase todas elas pela legislação de 1910 e 1919; o sentido conservador do novo Código Civil de 1966 ⁽⁸⁾;
- b) No Direito penal: a punição do adultério em geral só quando cometido pela mulher e a igualização estabelecida pela Lei do Divórcio, de 3 de Novembro de 1910.
- c) No Direito público: da negação de direito de voto à mulher (até ao Decreto com força de Lei n.º 19 694, de 5 de Maio de 1931) à igual-

(8) Cfr. Jorge Miranda, *O poder paternal no Código de 1867 e o novo Código Civil — breve Confronto* in *Informação Social*, n.º 8, Outubro-Dezembro de 1967, págs. 75 e seg.

dade de sufrágio político (Lei n.º 2137, de 26 de Dezembro de 1968); da regra da exclusão à regra de admissão da mulher em todas as funções públicas; a possibilidade de a mulher hoje conservar a sua cidadania no casamento (bases X e XVIII da Lei n.º 2098).

- d) No Direito do trabalho, hoje direito de a mulher trabalhadora receber, em identidade de tarefas e qualificações e idêntico rendimento de trabalho, a mesma retribuição dos homens (art. 116.º, n.º 2, da lei do contrato individual de trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969).

O progresso representado pela recente revisão do art. 5.º da Constituição: eliminação da referência especial à mulher e eliminação de privilégios (e discriminações) fundadas no bem da família (9).

7. A condição da mulher. A natureza

Rigorosamente, o art. 5.º, § 2.º, deveria ser interpretado sem ser em função apenas da mulher, por falar em sexo simplesmente. Mas sabe-se como a proibição de discriminações e privilégios de sexo é ainda hoje uma regra sobretudo de promoção dos indivíduos do sexo feminino.

Só ficam autorizadas diferenças de tratamento justificadas pela natureza. Que entender, porém, por natureza? Embora não se desconheça quanto a noção de natureza de um ou de outro sexo anda envolvida com concepções, valores, hábitos sociais, parece que o melhor entendimento será reduzi-la àqueles elementos de ordem biológica e psíquica que objectivamente determinem diferença de conformação e comportamento entre homem e mulher.

Justificados mostram-se, assim:

- a) A diferença de idade núbil — 16 anos para as pessoas do sexo masculino e 14 para as pessoas do sexo feminino (art. 1601.º do Código Civil) (10);
 b) O regime de alguns dos crimes sexuais (arts. 392.º e segs. do Código Penal);

(9) V. o relatório da proposta de lei, in *Diário das Sessões*, 1970, n.º 50, pág. 1048(15), e os pareceres algo discordantes da Câmara Corporativa e da Comissão eventual da Assembleia Nacional, respectivamente in *Actas ...*, X legislatura, n.º 67, pág. 627, e in *Diário das Sessões*, 1971, n.º 10 1, pág. 2024.

(10) O que se traduz também em diferença de idade para perfilhar (art. 182.º) e em diferença de idade para a sujeição a regime imperativo de separação de bens no casamento [art. 1720.º, n.º 1, alínea b)].

- c) A não sujeição das mulheres ao dever de prestar serviço militar (art. 2.º da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968) ⁽¹¹⁾;
- d) A adequação do trabalho das mulheres às condições do seu sexo (art. 116.º, n.º 1, da lei do contrato individual de trabalho), a atribuição de direitos especiais em função da maternidade (art. 118.º) e o condicionamento ou proibição de certos trabalhos insalubres ou perigosos (art. 119.º, Convenções n.ºs 45 e 89 da Organização Internacional do Trabalho e Portaria n.º 186/73, de 13 de Março).

Em contrapartida, não se fundam em diferenças de natureza objectivamente reconhecíveis e devem ter-se por inconstitucionais:

- a) O não acesso à magistratura judicial e do Ministério Público [art. 365.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto Judiciário] ⁽¹²⁾,
- b) O não acesso ao serviço diplomático (art. 25.º da lei orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros, Decreto-Lei n.º 47 331, de 23 de Novembro de 1966);
- c) A reserva de cargos com funções de autoridade, na administração local, a indivíduos do sexo masculino (art. 488.º, § 4.º, do Código Administrativo);
- d) A reserva do ofício de corretor a indivíduos do sexo masculino (art. 64.º do Código Comercial);
- e) A relevância do erro sobre a falta de virgindade da mulher, e não também do marido, ao tempo do casamento [art. 1636.º, alínea *e*), do Código Civil];
- f) A preferência para o exercício da tutela e para a composição do conselho de família dos parentes da linha paterna sobre os da linha materna e dos irmãos consanguíneos sobre os uterinos (arts. 1939.º, n.ºs 2 e 3, e 1952.º, n.º 4, do Código Civil);
- g) A preferência para o cargo de cabeça de casal de herdeiros do sexo masculino (art. 2080.º, n.º 4, do Código Civil).

⁽¹¹⁾ Embora se preveja a admissão de pessoal voluntário feminino nas Forças Armadas [v. art. 47.º, n.º 4, alínea *b*), da Lei n.º 2135, na redacção dada pela Lei n.º 2/70, de 19 de Março, e Portaria n.º 439/72, de 8 de Agosto de 1972).

⁽¹²⁾ Apesar de se prever a presença de assessores de um e outro sexo junto dos juízes dos tribunais de família (base III, n.º 2, da Lei n.º 4/70, de 29 de Abril) e de recente alteração ao Estatuto Judiciário permitir aos notários do sexo feminino desempenharem funções de subdelegados nas julgadas municipais e de substitutos dos delegados do Procurador da República nas comarcas (arts. 180.º e 183.º, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 281/71, de 24 de Junho).

8. A condição da mulher. O bem da família

Mais difícil é o enquadramento da mulher — e do marido — adentro da família. A referida supressão da menção do bem da família no art. 5.º como causa de diferenciação parece apontar no sentido da igualdade plena, mas, por outro lado, a Lei Fundamental continua a realçar a família em si (arts. 5.º, § 3.º, e 12.º) e a conter o conceito de chefe da família (art. 19.º, § único).

Há que examinar, pois, o sentido desta expressão “bem da família” ou daqueloutra mais restrita “unidade da família” (13) e distinguir as consequências possíveis que dela se retiram (14).

Olhando ao Código Civil, lá encontramos, a pretexto de bem da família, duas espécies de diferenciações no casamento: as que importam efectiva dependência da mulher perante o marido ou a subalternização da mãe perante o pai, senão verdadeira incapacidade; e as que correspondem a urna diversificação de funções familiares que, no estado *actual da sociedade portuguesa*, se registam e que o legislador não fez mais do que delimitar.

As primeiras são, sem dúvida, incompatíveis com a Constituição — e, anote-se, não tanto por virtude do art. 5.º, § 2.º, quanto por virtude do art. 13.º, n.º 2 (vindo já do texto primitivo de 1933), que expressamente fez assentar a constituição da família na “igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges quanto à sustentação e educação dos filhos legítimos”.

Devem considerar-se, por isso, inconstitucionais:

- a) O conceito de poder marital, competindo ao marido como chefe da família decidir em todos os actos da vida conjugal comum (art. 1674.º do Código Civil);
- b) A preponderância do pai no exercício do poder paternal, nomeadamente por lhe competir orientar a instrução e a educação do filho, tendo a mãe tão somente o direito de ser ouvida e de participar em tudo o que diga respeito aos interesses do filho (arts. 1881.º e 1882.º);
- c) A determinação do domicílio da mulher casada pelo do *marido* (art. 86.º) e a obrigação de adoptar a residência do *marido* (art. 1672.º);
- d) O direito do marido de denunciar a todo o tempo o contrato celebrado pela mulher com terceiro relativo a actividades lucrativas (art. 1676.º, n.º 2);

(13) Preconizada no parecer da Câmara Corporativa. Cfr. art. 29.º da Constituição italiana.

(14) Sobre o assunto, e pronunciando-se no sentido da irrelevância da modificação sofrida pelo art. 5.º da Constituição, PAULO CUNHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 1971-1972, pág. 42; GOMES DA SILVA, *Curso de Direito de Família — Parte II — Do Casamento*, policopiado, Lisboa, 1972, págs. 190 e segs.; CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, policopiado, Lisboa, 1972-1973, I, págs. 247-248; BIGOTTE CHORÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, policopiado, Lisboa, 1972-1973, I, pág. 210.

- e) A exigência de autorização geral do marido para a mulher exercer o comércio, salvo se for administradora de todo o património do casal ou vigorar o regime de separação de bens (art. 1686.º) e de autorização especial para ser sócia de sociedade de responsabilidade ilimitada (art. 16.º, § único, do Código Comercial);
- f) O direito do marido não separado judicialmente ou de facto de se opor à celebração ou manutenção de contrato de trabalho da mulher casada, alegando razões ponderosas (art. 117.º, n.º 2, da lei do contrato individual de trabalho) e acesso da mulher, e não também do marido, a qualquer profissão, emprego ou trabalho condicionado limitado ou proibido para defesa da família (art. 119.º).

O problema essencial é este: o bem da família só se consegue realizar sendo o marido a decidir?

Não deveria, antes, o Código afirmar o princípio da decisão conjunta dos dois cônjuges, em igualdade de responsabilidades? Supõe-se ser este o caminho certo, embora se reconheça o melindre da intervenção do tribunal para dirimir eventuais conflitos que no interior da família não possam ser resolvidos ⁽¹⁵⁾.

Fica a dificuldade inegável que suscita o § único do art. 19.º da Constituição. Mas observe-se que (embora em 1933, decerto pensada em paralelo com um conceito de chefe de família como o do Código Civil) esta disposição não exclui outras maneiras de ser concretizada: e tanto assim que o art. 200.º do Código Administrativo por chefe de família entendeu quer o marido e pai quer quaisquer pessoas que vivessem sobre si, mas não, paradoxalmente, a mulher casada (que ficou em desigualdade perante a mulher solteira, a viúva ou a divorciada).

E falta saber, à luz do art. 5.º e do art. 13.º, n.º 2, qual o conceito de chefe de família que deve na, prevalecer: se o do Código Administrativo, se o do Código Civil ou, finalmente, se aquele em que ambos os cônjuges, ambos os pais, como tais fossem considerados.

Quanto à segunda ordem de diferenciações, ligadas à estrutura da família e, portanto, a um tipo de organização social que, evidentemente, a Constituição não põe em causa, indiquem-se:

- a) O regime de aquisição da cidadania a partir da situação de marido e pai (v. a Lei n.º 2098);
- b) O direito da mulher ao apelido do marido (art. 1675.º do Código Civil) donde resulta a fixação de nome da família pelo apelido do marido;

⁽¹⁵⁾ Sobre a solução judicial de conflitos conjugais, v. a bibliografia citada em JORGE MIRANDA, *Poder paternal e assistência social*, Lisboa, 1969, pág. 106.

- c) A atribuição à mulher do governo doméstico e ao marido, em princípio, da administração dos bens do casal (arts. 1675.º e segs.);
- d) A atribuição ao pai do poder de representar os filhos menores (arts. 1881.º e 1885.º e segs.);
- e) A atribuição ao pai da administração da herança ou legado a favor de nascituro (art. 224.º, n.º 2).

Parece bem que, aqui, seria puro geometrismo jurídico, desatento à realidade social, extrair do princípio constitucional da igualdade a invalidade destes preceitos.

9. A condição do estrangeiro

Sistemas de atribuição de direitos a estrangeiros: exclusão, equiparação, reciprocidade. Direitos de que se trata: direitos civis e direitos públicos; direitos políticos e direitos públicos não políticos; direitos públicos de liberdade e de prestação.

Soluções gerais do Direito português actual:

- a) Quanto a direitos civis, *equiparação*, salvo disposição legal em contrário ou tratando-se de direitos que sejam atribuídos aos estrangeiros pelos respectivos Estados e o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias (art. 14.º do Código Civil).
- b) Quanto a direitos públicos (art. 7.º, § 2.º, da Constituição):
 1. direitos políticos, *exclusão*, salvo (no conceito lato adoptado), o exercício de funções públicas com carácter predominantemente técnico;
 2. direitos de liberdade e garantia (excepto liberdades políticas), *equiparação* ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾;
 3. direitos de prestação (“direitos públicos que se traduzem em encargo para o Estado”) — *reciprocidade*, salvo tratando-se, claro está, de apátridas (para os quais deve valer a regra da equiparação).

⁽¹⁶⁾ Houve até um direito de liberdade que foi conferido, primeiro aos estrangeiros e só depois, aos portugueses: a liberdade religiosa, que as Constituições monárquicas não reconheciam ou mal reconheciam aos portugueses.

⁽¹⁷⁾ Sobre a liberdade de trabalho dos estrangeiros, v. a Lei n.º 4/72, de 30 de Maio (que a sujeita a autorização), e o respectivo parecer da câmara Corporativa, in *Actas ...*, X legislatura, n.º 99.

Regras particulares da Constituição sobre atribuição de direitos a estrangeiros: arts. 10.º (distinções honoríficas e recompensas), 18.º (participação em organismos corporativos) e 52.º (proibição de aquisição de monumentos e objectos artísticos reconhecidos como tais).

Vinculação a deveres. Correspondência dos deveres com os direitos. Em particular:

- a) Exclusão, por natureza, dos estrangeiros da prestação de serviço militar, mas não, parece, da requisição de bens para fins militares (cfr. base XXVI da Lei n.º 2084);
- b) Mas a Constituição não fala em “Portugueses” como fazia a Carta Constitucional (art. 113.º), o que permite que os apátridas residentes no País há mais de cinco anos sejam considerados para efeito do serviço militar como naturalizados (art. 2.º, n.º 3, da citada Lei n.º 2135, ou lei do serviço militar);
- c) O dever de cooperação cívica e o dever de pagar impostos — o art. 28.º da Constituição não fala em estrangeiros; mas deve estender-se-lhes, salvo o Direito internacional.

10. A condição do brasileiro

A igualdade, em princípio, de direitos e deveres entre portugueses e brasileiros, consequência das afinidades especiais entre Portugal e o Brasil.

Prevista no art. 199.º da Constituição brasileira de 1969 e no art. 7.º, § 3.º, da Constituição portuguesa desde 1971, foi objecto da Convenção de Brasília de 7 de Setembro de 1971 ⁽¹⁸⁾, regulamentada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 126/72, de 22 de Abril ⁽¹⁹⁾, e no Brasil pelo Decreto n.º 70 436, de 18 de Abril de 1972.

De notar que não se trata de uma dupla cidadania ou de uma cidadania comum luso-brasileira. Os portugueses no Brasil continuam portugueses e os brasileiros em Portugal brasileiros. Simplesmente, uns e outros recebem, à margem do estatuto de estrangeiros, direitos que deveriam ser dados apenas aos cidadãos do país ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Aconselha-se a sua leitura, e ainda a do respectivo parecer da câmara Corporativa, in *Actas...*, X legislatura, n.º 77.

⁽¹⁹⁾ E, já antes, nesse pensamento, a Lei n.º 6/71, de 8 de Novembro, logo equiparou os brasileiros aos portugueses quanto a reabilitação e a integração social de deficientes (base XIX, n.º 2).

⁽²⁰⁾ Por isso, não é exacto falar em *isopolitia* ou em quase cidadania.

Situação dos brasileiros em Portugal: estatuto geral de igualdade e estatuto especial de igualdade de direitos políticos. Obtenção mediante requerimento ao Ministro do Interior ou aos governadores das províncias ultramarinas. Carácter pessoal: a igualdade não se estende automaticamente ao cônjuge, aos descendentes e a outros familiares.

Requisitos da atribuição do estatuto geral:

- 1.º) Cidadania brasileira;
- 2.º) Capacidade civil;
- 3.º) Residência permanente em território português.

Requisitos da atribuição do estatuto especial de igualdade de direitos políticos, além desses:

- 1.º) Residência principal e permanente em Portugal há cinco anos;
- 2.º) Não se encontrar privado de direitos políticos no Brasil.

Conteúdo do estatuto geral: não sujeição às restrições da capacidade de gozo dos estrangeiros em Portugal, com excepção do que respeita aos direitos políticos e dos deveres com eles conexos. Mas o estatuto não abrange o direito à permanência em território português, o direito à protecção diplomática em terceiro Estado e o dever de serviço militar.

Conteúdo do estatuto especial de igualdade de direitos políticos: os brasileiros podem exercer funções públicas, mesmo de carácter governativo, bem como designar ou participar na designação daqueles que as hão-de exercer, nos mesmos termos que os portugueses de origem, salvas as funções reservadas pelo § 1.º do art. 7.º

Regime idêntico vigora no Brasil relativamente aos portugueses que aí acedam à igualdade de direitos e obrigações civis ou também ao gozo de direitos políticos.

11. A condição do naturalizado (*lato sensu*)

As restrições permanentes da capacidade de Direito público dos naturalizados devem entender-se excepcionais em face do art. 5.º, § 2.º, da Constituição; após a revisão constitucional de 1971 são apenas as que constam do art. 7.º, § 1.º

São privativos dos portugueses originários:

- 1.º) Os cargos políticos (de Presidente da República, Deputado, membro do Governo, Conselheiro de Estado, Procurador à Câmara Corporativa e governador de província ultramarina), salvo o de vogal das assembleias legislativas ultramarinas;

- 2.º) A função de juiz dos tribunais supremos;
- 3.º) A participação no colégio eleitoral para a designação do Presidente da República;
- 4.º) Certas funções públicas (de Procurador-Geral da República, de agente diplomático e de oficial general das forças armadas) (21).

Inexistência de restrições permanentes de Direito privado. Restrições temporárias:

- 1.º) Incapacidade eleitoral tanto para a eleição da Assembleia Nacional como para a das juntas de freguesia e a de dirigentes de organismos corporativos, nos cinco anos posteriores a aquisição da cidadania [arts. 2.º, n.º 6, da Lei n.º 2015, de 28 de Maio de 1946; 202.º, n.º 1, do Código Administrativo; e 2.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto n.º 51/72, de 10 de Fevereiro];
- 2.º) Incapacidade de exercício de funções públicas ou de direcção e fiscalização de sociedades ou outras entidades dependentes do Estado português durante os dez anos posteriores à aquisição ou cinco anos posteriores à maioridade ou emancipação, se a aquisição se verificar na menoridade (base XXIX da Lei n.º 2098).

Difícil conciliação deste regime de restrições temporárias com o estatuto de igualdade, geral ou especial de direitos políticos, dos brasileiros. Dir-se-ia que cidadãos portugueses têm menos direitos que alguns cidadãos não portugueses.

Não poderá entender-se, numa visão complexiva do ordenamento jurídico, que as normas da Convenção de Brasília e do Decreto-Lei n.º 126/72 terão revogado as normas acabadas de referir?

12. A condição do que readquiriu a cidadania portuguesa

A única disposição sobre o assunto é a base XXX da Lei n.º 2098 que, reportando-se à inabilidade dos naturalizados, prescreve que ela é aplicável durante o prazo de três anos aos que readquiram a nacionalidade portuguesa, não se produzindo, porém, se a perda desta se houver verificado na menoridade do interessado, por declaração do seu representante legal. E também se pode discutir sobre a subsistência actual desta norma, em face do estatuto dos brasileiros.

(21) Deve, por conseguinte, entender-se revogado ou inconstitucional o art. 173.º, n.º 2, do Estatuto Judiciário, enquanto impede o acesso à magistratura do Ministério Público dos naturalizados.

Mais grave é o problema quanto às restrições permanentes de capacidade. O § 1.º do art. 7.º da Constituição contrapõe portugueses originários a naturalizados, simplesmente: pareceria, portanto, que a recuperação não seria em si relevante, tudo dependendo de saber se o cidadão em causa, anteriormente à perda de cidadania, pertencia a uma ou outra dessas categorias.

Mas o art. 73.º estabelece que só pode ser eleito Presidente da República quem tiver tido sempre a cidadania portuguesa, o que exclui portugueses originários que, em certa altura, venham a ter alguma cidadania estrangeira.

Deverá considerar-se o art. 73.º norma excepcional, só respeitante ao Chefe do Estado, ou, pelo contrário, deverá estender-se por analogia, integrando uma possível lacuna do art. 7.º, § 1.º? Inclina-mo-nos por esta última solução: há identidade de razão entre os dois preceitos e a referência ao Presidente da República no art. 7.º mostra que não se quis construir, quanto a este aspecto de elegibilidade, uma disciplina particular, diferente da dos demais cargos políticos.

13. Outras situações de diferenciação

Além das situações descritas, outras existem em que se encontram diferenciações de tratamento, quer dizer, de direitos e deveres:

- a situação dos filhos ilegítimos (art. 13.º, § 2.º, da Constituição e, por exemplo, em matéria de sucessão, o art. 2139.º, n.º 2, do Código Civil);
- a situação dos cônjuges canonicamente casados, os quais se entende que renunciam à faculdade civil de requerer o divórcio (art. XXIV da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1940);
- a situação dos eclesiásticos católicos, objecto de protecção do Estado, no exercício do seu ministério, nos mesmos termos que as autoridades públicas (art. XI da Concordata), e que beneficiam de consideração especial, nomeadamente em matéria de serviço militar (art. XIV);
- a situação dos funcionários públicos (art. 24.º da Constituição), nomeadamente quanto a liberdade de opinião política (Decreto-Lei n.º 25 317, de 13 de Maio de 1935);
- a situação dos militares, sujeitos a foro especial (Código da Justiça Militar);
- a situação das autoridades e agentes que beneficiam da chamada garantia administrativa ou dependência de autorização do Governo para a prossecução de acção penal contra eles movida;
- a situação dos titulares dos órgãos de soberania, com as suas imunidades e regalias.

Ora, tais situações devem ser apreciadas à luz do princípio constitucional, para apurar se nelas se verificam elementos objectivos — diversidade das cir-

cunstâncias ou natureza das coisas — que justifiquem as soluções da lei. Esta pesquisa não pode, porém, ser empreendida aqui: remissão para outras cadeiras, salvo quanto às imunidades e regalias dos titulares dos órgãos constitucionais.

CAPÍTULO II

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (22)

§ 1.º CONCEITO E CATEGORIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

14. Conceito geral

Os direitos fundamentais, *prima facie* definidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa; ou, olhando logo às relações com o Estado, como direitos essenciais do cidadão.

Todavia, precisamente por implicarem com as concepções acerca da pessoa, da sociedade e da pessoa na sociedade, sua dependência das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar.

Direitos fundamentais ou direitos do homem, direitos naturais, direitos originários. Estas últimas expressões acusam uma visão jusnaturalista de enaltecimento, mas têm o perigo de deslocar o problema do terreno jurídico para o metajurídico; preferência, por isso, pela expressão *direitos fundamentais* introduzida, parece, pela Constituição de Weimar.

Os direitos fundamentais, como todos os direitos, provêm da ordem jurídica, o que, entretanto, não quer dizer que o Direito positivo possa postergar o Direito natural, negando-os.

15. Direitos fundamentais e direitos de personalidade

Sinonímia das expressões; todavia, possibilidade de emprego com sentidos diversos, segundo a dicotomia Direito público-Direito privado. Porque a pessoa

(22) No estrangeiro, a bibliografia é vastíssima. Citem-se, entre tantos, PAOLO BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione Italiana*, Pádua, 1953; a obra colectiva *Die Grundrechte*, Berlim, 1954-1966; PHILIPPE BRAUD, *La notion de liberté en droit public français*, Paris, 1968; THOMAS M. FRANCK, *Comparative Constitutional Process — Cases and Materials — Fundamental Rights in the Common Law Nations*, Londres, 1968; CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1969.

Em Portugal, o único estudo dogmático dos direitos fundamentais é o de MIGUEL GALVÃO TELES, *Direito Constitucional Português — Sumários Desenvolvidos*, policopiados, 1969-70, págs. 108 e segs.

está em relação tanto com o Estado, o poder público, quanto com as outras pessoas (como particulares, *uti singuli*), os seus direitos podem assumir projecção diversa: quer uma incidência publicística (direitos que valem sobretudo perante ou contra o Estado) quer uma incidência privatística (direitos que valem sobretudo perante ou contra as restantes pessoas).

Reserva então da expressão *direitos fundamentais* para designar os direitos mais ligados ao Direito público (e Direito constitucional em primeiro lugar, como os direitos de liberdade) ou tão ligados a ele como ao Direito privado (por ex., o direito à vida), e reserva da expressão *direitos de personalidade* para os direitos ligados ao Direito privado (como os direitos ao nome, à imagem ou à reserva da vida privada).

Os direitos fundamentais são os direitos de personalidade no Direito público; os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito privado.

Corroboração desta distinção pelo Código Civil de 1966: este só considera sob a epígrafe de direitos de personalidade (arts. 70.º e segs.), direitos de incidência privada, ao contrário do que sucedia com o Código Civil de 1867, que, aliás fiel ao seu plano, definia como *direitos originários* os direitos de existência. liberdade, associação, apropriação e defesa (arts. 359.º e segs.) (23).

16. Estrutura dos direitos fundamentais

A diferente estrutura dos direitos fundamentais: verdadeiros direitos subjectivos, expectativos, interesses jurídicos ou interesses legítimos. Diferenças aparentes (resultantes da formulação das normas constitucionais) e diferenças reais (sujeito passivo, contrapartida, modo de exercício, modo de tutela) (24).

Razão por que se prefere falar em geral em direitos: incidência subjectiva imediata da sua atribuição e das suas vicissitudes (pense-se, nomeadamente, no regime de suspensão das garantias), comprovada até historicamente.

17. Categorias principais

Liberdades (ou direitos de liberdade), garantias e direitos sociais. Fulcro da distinção: as liberdades referem-se à manifestação e à expansão da personalidade, ao *ser* da pessoa; as garantias à sua defesa contra invasão de fora, vinda do Estado; os direitos sociais à colaboração do Estado com a pessoa prestando-lhe serviços e bens. Redução das três categorias a três ideias-chaves: liberdade,

(23) Sobre direitos de personalidade, v. especialmente PAULO CUNHA, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., págs. 111 e segs.

(24) Não é possível, aqui, o desenvolvimento de todas estas noções.

segurança e solidariedade (cfr., quanto às duas primeiras, os termos das Constituições liberais) (25).

Necessidade de atender ainda ao direito à vida, pressuposto da atribuição de todos os outros, e aos direitos de defesa dos direitos fundamentais atribuídos, como o direito de resistência, o de reclamação ou queixa e o de acção e recurso em tribunal. O problema dos direitos políticos, direitos de participação no exercício do poder político (direito de voto, de ser designado para cargos políticos, de representação, etc.). Não repugna em Estado democrático (cfr. art. 71.º da Constituição) incluí-los também entre os direitos fundamentais, mas não é usual no nosso meio e, de todo o modo, melhor serão estudados noutros capítulos.

Distinção entre liberdade (religiosa, de expressão do pensamento, de reunião, etc.) e garantias (de inviolabilidade do domicílio, contra prisão arbitrária, etc.):

- 1.º) As liberdades assentam na pessoa, independentemente de qualquer actividade do Estado; as garantias reportam-se ao Estado, em actividade de relação imediata com a pessoa;
- 2.º) As liberdades são formas de o indivíduo agir; as garantias modos de organização do Estado. As liberdades valem por si como projecção da pessoa. As garantias só têm valor instrumental, e nomeadamente instrumental perante as liberdades: por exemplo, a inviolabilidade de correspondência garante a liberdade de expressão através da correspondência (26).

Confronto entre liberdades e direitos sociais:

- 1.º) As liberdades têm por contrapartida um dever de respeito, muitas vezes de abstenção do Estado; os direitos sociais um dever de prestação positiva (de *dare* ou de *facere*, ou seja, de bens ou de serviços);
- 2.º) Nas liberdades basta que o indivíduo exerça ou possa exercer as próprias faculdades jurídicas; nos direitos sociais, tudo depende da actividade do Estado, voltada para a realização dos fins constitucionais;
- 3.º) As liberdades efectivam-se em grau tanto maior quanto menor for a acção do Estado sobre os seus titulares (não, evidentemente, sobre os indivíduos que possam diminuir ou destruir as liberdades dos outros);

(25) Sobre liberdades e garantias, v., por exemplo, PIETRO VIRGA, *Libertà giuridiche e diritti fondamentali*, Milão, 1947; CLAUDE-ALBERT COLLIARD, *Libertés publiques*. 3.º ed., Paris, 1968; SOARES MARTINEZ, *As liberdades fundamentais na revisão constitucional*, Lisboa, 1971.

Sobre direitos sociais, v., por exemplo, GIUSEPPE CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Nápoles, 1965.

(26) Além de garantir também a intimidade da vida privada.

os direitos sociais efectivam-se tanto mais quanto maior for a acção do Estado (promovendo o pleno emprego, construindo escolas, dando bolsas de estudo, etc.).

18. Direitos fundamentais e Constituição

Natureza materialmente constitucional da regulamentação dos direitos fundamentais. Estes definem o regime político (estrutura das relações entre o poder e a pessoa) e a norma do regime é a Constituição. Vice-versa, a regulamentação formalmente constitucional de quaisquer direitos confere-lhe, em princípio, natureza de direitos constitucionais.

Os direitos fundamentais e a Constituição em sentido formal. As duas técnicas de protecção (materialmente constitucional) dos direitos fundamentais: a das declarações de direitos e a das garantias de direitos. No primeiro caso, os direitos são regulamentados, até para maior consistência, à margem (ou acima) da Constituição (em sentido formal), que fica, nessa altura, circunscrita ao sistema de órgãos do poder político⁽²⁷⁾. No segundo caso, os direitos fundamentais são incorporados na própria Constituição formal e recebem a garantia resultante da força própria das normas constitucionais. É a experiência portuguesa desde 1822.

O art. 16.º da Declaração de 1789, segundo o qual não possui Constituição o país que não tenha garantidos os direitos do homem. Não significa a necessária pertença da matéria dos direitos individuais à Constituição formal, mas a necessária garantia dos direitos para que haja Constituição no sentido liberal de Constituição, como garantia de direitos individuais.

A associação da filosofia liberal aos direitos de liberdade e às garantias e da filosofia do Estado social aos direitos sociais; a salientada correspondência daqueles com a igualdade jurídica e destes com a igualdade social. O regime liberal, o *Estado liberal de Direito*, acentua apenas as liberdades e garantias; o regime social, o *Estado social de Direito*, preocupa-se, conjuntamente, com as liberdades e garantias e os direitos sociais e com a igualdade jurídica e a igualdade social; o regime ou Estado socialista concentra-se nos direitos sociais e na igualdade social.

Uma evolução significativa: a do direito de propriedade. A tutela liberal de propriedade, a par da liberdade e da segurança (v., por todos, o preceito do art. 1.º da nossa Constituição de 1822): a propriedade como forma de liberdade. O sentido social do direito de propriedade: as suas restrições permanentes, a função social, e a dependência de um direito à propriedade, verdadeiro direito

(27) Cfr. a experiência constitucional francesa.

social (cfr., até certo ponto, o art. 8.º, n.º 15, da Constituição de 1933, conjugado com o art. 35.º) (28).

19. Titularidade e projecção dos direitos fundamentais

O já mencionado nexó funcional entre direitos sociais e igualdade social e entre liberdades e igualdade jurídica. Além disso, necessidade de notar que:

- 1.º) As liberdades não são somente liberdades individuais, têm também ou complementarmente carácter institucional, quer dizer, referem-se a grupos sociais (v. g., a liberdade religiosa é tanto a liberdade de consciência como a das confissões religiosas, a liberdade de expressão é também a de expressão de correntes políticas e filosóficas diversas, etc.);
- 2.º) As liberdades têm valor não apenas por si, mas ainda como meio para a obtenção de direitos sociais (recorde-se ou repare-se na luta pela liberdade de associação sindical como forma de defesa dos interesses operários e, por via disso, de conquista de direitos sociais).

20. Direitos fundamentais e deveres fundamentais

A necessária correlação entre direitos e deveres e, por conseguinte, também entre direitos fundamentais e deveres fundamentais ou situações subjectivas passivas inerentes à pessoa na sociedade. São os deveres básicos de cada pessoa perante as outras, isoladas ou situadas dentro de instituições sociais, e perante o Estado (29).

Ideias gerais: o respeito pelos direitos das outras pessoas e a solidariedade (sob múltiplas formas) para com elas e para com o Estado. O dever geral de respeito liga-se às liberdades e garantias e o dever geral de solidariedade aos direitos sociais e a adstrições específicas impostas pelo Estado.

Deveres de abstenção e deveres de prestação (positiva). Deveres de prestação de coisa, como os deveres de imposto, e deveres de prestação de facto, como os deveres de serviço militar e de voto (quando o voto é obrigatório). O carácter infungível e pessoalíssimo dos deveres fundamentais de prestação de facto: só

(28) Sobre o assunto, v. JORGE MIRANDA, *Relevância da agricultura no Direito Constitucional Português*, in *Scientia Juridica*, 1966, págs. 248 e segs., e J. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direitos Reais*, Lisboa, 1971, págs. 133 e 137 e segs.

(29) Sobre o assunto, pode ver-se GIORGIO M. LOMBARDI, *Contributo alio studio dei doveri costituzionali*, Milão, 1967.

a própria pessoa, por exemplo, é que pode prestar serviço militar, sem que ninguém a possa substituir.

Os deveres fundamentais como `deveres constitucionais. Em Estado de Direito só os direitos fundamentais podem não estar expressamente previstos na Constituição, mas não os deveres fundamentais. Enquanto limitativos do princípio de liberdade, tem de ser uma norma jurídica — uma norma constitucional — a prescrever tais deveres aos indivíduos ⁽³⁰⁾. E será inconstitucional a lei que os submeta a abstenções ou prestações não resultantes da Constituição.

Os deveres nas Constituições liberais e Constituições sociais. Desenvolvimento dos deveres de solidariedade social nas segundas. Exemplos típicos: de declaração de deveres liberal, a anteposta à Constituição francesa de 1795; de declaração de deveres social (não socialista) a constante da Constituição de Weimar (arts. 119 e segs.) e socialista, a constante da Constituição soviética (arts. 130 e segs.)

Os deveres fundamentais nas Constituições portuguesas. Todas contêm-nos, mas a única com disposição *ex professo* é a de 1822: “Todo o Português deve ser justo. Os seus principais deveres são venerar a Religião; amar a pátria; defendê-la com as armas, quando for chamado pela lei; obedecer à Constituição e às leis; respeitar as autoridades públicas; e contribuir para as despesas do Estado ⁽³¹⁾.”

§ 2.º OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1933

21. Disposições constitucionais sobre direitos fundamentais

Disposição central sobre direitos fundamentais: o art. 8.º, donde consta um catálogo de direitos — aliás, logo descrito no § 1.º como não taxativo ⁽³²⁾ — e onde se prescrevem condições gerais de exercício e regulamentação.

Advertência, porém, indispensável: o art. 8.º contempla principalmente direitos de liberdade e garantias, por influência directa das anteriores Constituições (arts. 145.º da Carta e 3.º da Constituição de 1911) ⁽³³⁾, mas no art. 8.º não se esgotam as disposições sobre direitos fundamentais.

⁽³⁰⁾ É o princípio liberal já conhecido de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude da lei. Cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1927, trad. castelhana, *Teoria de la Constitución*, Madrid e México, 1934 e 1966, págs. 202-203.

⁽³¹⁾ Fonte: Constituição de 1795.

⁽³²⁾ Fonte: art. 4.º da Constituição de 1911. Cfr. o 9.º Aditamento à Constituição dos Estados Unidos.

⁽³³⁾ Como o art. 8.º é o núcleo do título II da parte I (*Dos cidadãos*) dir-se-ia que para a Constituição o estatuto dos cidadãos é meramente defensivo, o que seria uma impressão errada.

Possibilidade e necessidade de, numa visão mais ampla, proceder a uma classificação dos preceitos constitucionais relevantes no domínio dos direitos:

a) Preceitos pressuposto da atribuição de direitos

1. porque limitam o poder do Estado (arts. 4.º e 6.º, n.º 1);
2. porque prescrevem fins ao Estado [arts. 6.º, n.ºs 2 e 3; 23.º; 29.º; 31.º; 32.º; 33.º; 34.º; 38.º; 41.º; 42.º; 43.º; 56.º; 59.º; 71.º; 117.º; 121.º; 124.º; 136.º, alínea i)].

b) Preceitos sobre o modo de atribuição

(arts. 5.º, § 2.º; 7.º; 13.º, n.º 2; 18.º; 51.º; 9.º, n.º 10).

c) Preceitos de atribuição individual

[arts. 5.º, §§ 1.º e 3.º, quanto a direitos políticos; 8.º e §§ 3.º e 4.º; 9.º; 10.º; 13.º, § 2.º; 23.º, *in fine*; 31.º, n.º 5.º; 44.º; 49.º, § 1.º; 58.º; 68.º; 69.º; 73.º 85.º; 109.º, n.º 4, *in fine*; 135.º, alínea g), *a contrario*].

d) Preceitos de atribuição institucional

[arts. 5.º, §§ 1.º e 3.º — direitos políticos de instituições sociais; 14.º; 16.º; 19.º; 20.º; 21.º; 23.º, 2.º parte; 32.º, *in fine*; 36.º; 37.º; 45.º; 46.º; 47.º; 48.º; 136.º, alínea i)].

e) Preceitos sobre o exercício dos direitos

(arts. 8.º, §§ 1.º e 2.º; 35.º; 45.º, *in fine*).

f) Preceitos de garantia dos direitos

[arts. 11.º; 70.º; 91.º, n.º 2; 93.º, alíneas d), f) e g); 123.º; 136.º, alínea i)].

22. Direitos contidos no artigo 8.º

a) Direitos pressuposto dos outros direitos

- N.º 1 — Direito à vida;
— Direito à integridade pessoal.

N.º 2 e § 2.º, *in fine* — Direito ao bom nome e reputação⁽³⁴⁾ e à integridade moral.

(34) Este direito melhor ficaria no Código Civil.

b) Direitos de liberdade

- N.º 3 — Liberdade de crenças e práticas religiosas.
- N.º 4 — Liberdade de expressão do pensamento.
- N.º 5 — Liberdade de ensino.
- N.º 7 — Liberdade de trabalho;
— Liberdade de indústria e comércio.
- N.º 14 — Liberdade de reunião;
— Liberdade de associação ⁽³⁵⁾.

c) Garantias

Garantias de Direito penal

- N.º 9 — Não ser sentenciado criminalmente, senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou a omissão;
— Não sofrer pena mais grave do que a fixada ao tempo da prática do crime;
— Não sofrer medida de segurança fora dos casos previstos em lei anterior.
- N.º 11 — Não haver pena de morte, salvo no caso de beligerância com país estrangeiro e para ser aplicada no teatro de guerra, nos termos da lei penal militar;
— Não haver penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade pessoal com carácter perpétuo, com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis, ressalvadas as medidas de segurança que se fundem em anomalias psíquicas e tenham fim terapêutico.
- N.º 12 — Não haver transmissão de qualquer pena da pessoa do delinquente.

Garantias de processo penal

- N.º 8 — Não ser privado da liberdade pessoal nem preso, salvo nos casos e termos previstos na Constituição (§§ 3.º e 4.º). Esses casos e termos são os seguintes:

— a lei pode autorizar a prisão preventiva em flagrante delito ou por crime doloso a que corresponde pena de prisão superior a um ano;

⁽³⁵⁾ Na revisão constitucional de 1971, propôs-se, sem êxito, a inclusão ainda da liberdade de emigração e da liberdade de informação (projecto n.º 6/X).

- fora de flagrante delito, a prisão só poderá ser levada a efeito mediante ordem por escrito de autoridade judicial ou de outras autoridades expressamente indicadas na lei, donde constem os seus fundamentos objectivos, desde que haja forte suspeita de prática do crime;
- em ambos os casos a prisão sem culpa formada deverá ser submetida a decisão de revalidação e de manutenção, ouvido o arguido nos prazos estabelecidos na lei;
- a prisão não será ordenada nem será mantida quando possa ser substituída por quaisquer medidas de liberdade provisória, legalmente admitidas, que sejam suficientes para a realização dos seus fins, mas o não cumprimento das condições a que ficar subordinada a liberdade provisória poderá determinar a prisão preventiva do arguido;
- a prisão preventiva sem culpa formada está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.

- N.º 10 — Haver instrução contraditória;
- Haver as necessárias garantias de defesa dos arguidos, antes e depois da formação da culpa e para a aplicação de medidas de segurança ⁽³⁶⁾.
- N.º 20 — Haver revisão das sentenças criminais;
- Haver direito de indemnização de perdas e danos pela Fazenda Nacional ao réu ou seus herdeiros.
- § 4.º — Direito de pedir em tribunal a restituição à liberdade, quando privado dela ilegalmente por abuso do poder (providência de *habeas corpus*).

Outras garantias de segurança pessoal

- N.º 6 — Inviolabilidade de domicílio;
- Inviolabilidade de correspondência;
- N.º 13 — Não haver prisão por falta de pagamento de custas ou selos.
- § 4.º — Não haver detenção em domicílio privado ou em estabelecimento de alienados senão por ordem por escrito da autori-

(36) E acrescente-se: com a assistência de advogado ou defensor às declarações do arguido em instrução preparatória, sem o que se verifica inconstitucionalidade material (FIGUEIREDO DIAS, *O defensor e as declarações do arguido em instrução preparatória*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1971, pág. 199).

dade competente, da qual constem os seus fundamentos objetivos.

d) Direito de propriedade

- N.º 15 — Direito de propriedade;
 — Direito de transmissão de bens, em vi da ou por morte
 N.º 12 — Não haver confisco de bens ⁽³⁷⁾.

e) Direitos sociais

- N.º 1-A — Direito ao trabalho ⁽³⁸⁾.

f) Direitos políticos

- N.º 18 — Direito de petição e representação para defesa do interesse geral.

g) Direitos em consequência da atribuição de outros direitos

- N.º 16 — Não pagar impostos que não tenham sido estabelecidos de harmonia com a Constituição ⁽³⁹⁾.
 N.º 17 — Direito de reparação de toda a lesão efectiva.
 N.º 18 — Direito de queixa, reclamação e representação para defesa dos direitos próprios.
 N.º 19 — Direito de resistir a quaisquer ordens que infrinjam os direitos, liberdades e garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.
 N.º 21 — Direito de recorrer contenciosamente de actos administrativos definitivos e executivos arguidos de ilegalidade;

⁽³⁷⁾ Em ligação também com a pessoalidade das penas.

⁽³⁸⁾ Introduzido em 1951, mas já constante do Estatuto do Trabalho Nacional (art. 21.º).

⁽³⁹⁾ É garantia dos arts. 5.º, 70.º, 91.º, n.º 4, e 93.º (participação dos cidadãos através dos seus representantes na criação de impostos), por um lado, e, por outro lado, do art. 8.º, n.º 15 (direito de propriedade).

⁽⁴⁰⁾ Com a face privatística do direito de repelir pela força a agressão particular, quando não seja possível recorrer à autoridade pública (2.º parte).

⁽⁴¹⁾ Poderá ainda sustentar-se que o direito de resistência à opressão ou direito de insurreição é reconhecido no nosso ordenamento actual, se se admitir que o art. 4.º da Constituição consagra uma recepção dos princípios de Direito natural de raiz cristã (RUI MACHETE, *Insurreição*, in Verbo, X, págs. 1956-1957).

§ 2.º, *in fine* — Direito de obter gratuitamente, em caso de injúria ou difamação, a rectificação ou defesa na publicação periódica onde aquela tiver sido produzida (42)

23. Liberdades explicitadas para além do artigo 8.º

Arts. 13.º, n.º 2, e 44.º — Direito dos pais à educação dos filhos.

Art. 23.º — Independência das empresas e dos profissionais do jornalismo.

Arts. 31.º, n.º 6, e 33.º — Iniciativa económica privada (43).

Art. 43.º, § 4.º — Liberdade de ensino religioso nas escolas particulares.

Art. 44.º — Liberdade de estabelecimento de escolas particulares paralelas às do Estado, ficando sujeitas à fiscalização deste e podendo ser por ele subsidiadas ou oficializadas para o efeito de concederem diplomas quando os seus programas e categoria do respectivo pessoal docente não forem inferiores aos dos estabelecimentos oficiais similares.

Art. 45.º — Liberdade de culto e de organização das confissões religiosas, cujas doutrinas não contrariem os princípios fundamentais da ordem constitucional, nem atentem contra a ordem social e os bons costumes, e desde que os cultos praticados respeitem a vida, a integridade física e a dignidade das pessoas.

Art. 47.º — Proibição de o Estado destinar qualquer templo, edifício, dependência ou objecto de culto afecto a uma religião a outro fim.

Art. 48.º — Liberdade de prática de ritos religiosos pelos ministros de qualquer religião nos cemitérios públicos.

Art. 135.º, alínea g) — Liberdade de entrada e de permanência em qualquer dos territórios da Nação (parece resultar *a contrario*) (44).

Art. 136.º, alínea i), 2.ª parte — Liberdade das populações das províncias ultramarinas de terem os seus valores culturais próprios e os seus usos e costumes não incompatíveis com a moral e o direito público português.

24. Garantias não contidas no artigo 8.º

Garantias respeitantes à função judicial

Arts. 91.º, n.º 2, e 123.º, § 2.º — Respeito pelo caso julgado.

Art. 117.º — Proibição da criação de tribunais criminais especiais, excepto com competência para julgamento de crimes fiscais, sociais ou contra a segurança do Estado.

(42) Este direito também é sobretudo dirigido contra particulares e não contra o Estado.

(43) Em conexão com o art. 8.º, n.º 7, como melhor se verá.

(44) Em acepção algo diversa, v. a liberdade de deslocação, consagrada na base XXX, n.º 4, alínea a), da Lei n.º 2084.

Art. 121.º — Publicidade das audiências dos tribunais.

Art. 124.º — Aplicação judicial das penas e medidas de segurança — (resultante da inserção do preceito no capítulo sobre os tribunais) (45).

Garantias respeitantes à propriedade

Art. 49.º, § 1.º — Não haver expropriação por utilidade pública sem justa indemnização (46) (47).

Art. 65.º — Proibição de o Estado diminuir em detrimento dos portadores dos títulos o capital ou o juro da dívida pública fundada.

Art. 69.º — Proibição de consolidação forçada dos débitos por depósitos efectuados nas caixas do Estado ou nos estabelecimentos de crédito que lhe pertençam.

25. Direitos sociais além do direito ao trabalho

Art. 14.º, n.º 1 — Direito à constituição de lares independentes e em condições de salubridade.

Art. 14.º, n.º 2 — Direito ao salário familiar;
— Direito à protecção na maternidade.

Art. 14.º, n.º 3 — Direito à regulação dos impostos de harmonia com os encargos familiares.

Art. 14.º, n.º 4 — Direito à cooperação do Estado na educação dos filhos.

Art. 14.º, n.º 5 — Direito à defesa contra a corrupção dos costumes.

Art. 31.º, n.º 1, 2.ª parte — Direito à justa distribuição dos rendimentos.

Art. 31.º, n.º 3 — Direito ao justo salário.

Art. 31.º, n.º 5 — Direito dos emigrantes à protecção do Estado.

Art. 36.º — Direito dos trabalhadores à associação à empresa.

Art. 38.º — Direito de acesso a tribunal para solução dos conflitos emergentes de contratos individuais de trabalho.

Art. 43.º e § 1.º — Direito à educação e à cultura, procurando o Estado assegurar o acesso a uma e outra, mantendo estabelecimentos adequados e fixando a obrigatoriedade do ensino básico.

(45) Assim, MIGUEL GALVÃO TELES, *Sumários*, 1971, cit., pág. 62. A letra do art. 8.º, n.º 9, falando “em ser sentenciado” inculca já neste sentido.

(46) O princípio surge a florado a respeito do domínio público, mas tem alcance geral em virtude da garantia constitucional da propriedade.

(47) Este preceito ressalva ainda os direitos adquiridos dos particulares ao uso do domínio público, aforamento do princípio geral de respeito dos direitos adquiridos.

Art. 58.º (48) — Direito a protecção e pensão dos que se inutilizem no serviço militar em defesa da Pátria ou da ordem e das famílias dos que nele perderem a vida (49).

26. Deveres fundamentais na Constituição

Necessidade de distinguir preceitos limitativos da actividade jurídica dos cidadãos de preceitos que formalmente os subordinam a deveres.

Preceitos limitativos

Art. 5.º, § 2.º — Proibição de qualquer privilégio (e, portanto, também de qualquer discriminação) de nascimento, raça, sexo, religião e condição social.

Art. 6.º, n.º 2 — Legítima subordinação dos interesses particulares ao geral.

Art. 8.º, n.º 7, 2.ª parte — Restrições legais requeridas pelo bem comum à liberdade de trabalho e de indústria e comércio.

Art. 8, § 1.º — Limites gerais do exercício dos direitos fundamentais.

Art. 26.º — Proibição da suspensão concertada de serviços públicos ou de interesses colectivo.

Art. 27.º — Proibição da acumulação, salvo nas condições previstas na lei, de empregos do Estado ou das autarquias locais, ou daquele e destas.

Art. 31.º, n.º 2 — Intervenção do Estado quanto a explorações agrícolas, industriais e comerciais de carácter parasitário ou incompatíveis com os interesses superiores da vida humana.

Art. 31.º, n.º 4 — Impedimento dos lucros exagerados do capital.

Art. 31.º, n.º 5 — Disciplina da emigração.

Arts. 31.º, n.º 6, e 34.º — Limitações da concorrência na vida económica.

Art. 35.º — Função social da propriedade, do capital e do trabalho.

Art. 39.º — Modos de solução dos diferendos colectivos de trabalho e proibição da suspensão concertada de actividades económicas.

Art. 40.º — Restrição das acumulações de lugares em empresas privadas.

Art. 44.º — Fiscalização pelo Estado das escolas particulares.

Art. 52.º — Proibição da alienação de monumentos e de objectos artísticos a estrangeiros.

Art. 55.º — Princípio da nação armada em tempo de guerra.

(48) Fonte: art. 78.º da Constituição de 1911.

(49) Sobre os direitos sociais na Constituição, v. A. DA SILVA. LEAL, *op. cit.*, págs. 115 e segs.

Arts. 59.º a 62.º — Regime das empresas e interesse colectivo e das concessões.

Preceitos que impõem deveres

Arts. 6.º, n.º 1, e 8.º, § 1.º — Dever geral de respeito dos direitos das outras pessoas.

Art. 8.º, n.º 3, *in fine* — Dever de responder acerca da religião que se professa em inquérito estatístico ordenado por lei.

Art. 8.º, n.º 17 — Dever de reparação de lesão efectiva causada a outrem.

Art. 8.º, § 2.º — Dever de respeito da integridade moral de outrem, no exercício da liberdade de expressão.

Dever de publicar a rectificação ou defesa do injuriado ou difamado no mesmo periódico em que tenha sido feita a ofensa à sua integridade moral.

Arts. 13.º, n.º 2, 14.º, n.º 4, e 42.º — Dever dos pais de sustentarem, educarem e instruírem os filhos.

Art. 13.º, n.º 3 — Dever de registo do casamento e do nascimento dos filhos.

Art. 23.º — Dever da imprensa de inserir, em assuntos de interesse nacional, as notas officiosas enviadas pelo Governo.

Arts. 24.º e 25.º — Dever dos funcionários públicos de acatar e fazer respeitar a autoridade do Estado, e dever semelhante dos servidores das autarquias locais, dos organismos corporativos e de coordenação económica, das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e das empresas de interesse colectivo.

Art. 28.º — Dever de prestar ao Estado e às autarquias locais cooperação e serviços em harmonia com as leis.

Dever de contribuir, conforme os seus haveres, para os encargos públicos.

Art. 34.º, *in fine* — Dever de colaboração mútua dos elementos da economia nacional corporativa.

Art. 43.º, § 1.º — Dever de frequentar e de fazer frequentar o ensino básico⁽⁵⁰⁾.

Art. 43.º, § 2.º — Dever de respeito da Constituição, da hierarquia e da acção coordenadora do Estado no desenvolvimento, ensino e propaganda das artes e das ciências.

Art. 54.º — Dever de serviço militar⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Note-se que se trata apenas de uma face do direito à educação.

⁽⁵¹⁾ Não podendo nenhum cidadão conservar ou obter emprego do Estado ou das autarquias locais, se não houver cumprido os deveres a que estiver sujeito pela lei militar (art. 57.º).

§ 3.º REGIME DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

27. Limites dos direitos fundamentais

O § 1.º do art. 8.º e os limites ao exercício dos direitos. Prevê a *colisão de direitos* (limites resultantes dos direitos de terceiros) ⁽⁵²⁾ e proíbe o *abuso do direito* (limites resultantes da Moral e dos interesses da sociedade) ⁽⁵³⁾ ⁽⁵⁴⁾. Refere-se aos direitos de liberdade sobretudo (não às garantias) e, por maioria de razão, vale para quaisquer direitos que se traduzam em actividade jurídica dos particulares.

Não pode, porém, de forma alguma, entender-se que o direito fundamental cede sempre perante aquilo que for considerado o interesse geral. Além de tudo o mais porque:

- 1.º) O art. 6.º, n.º 2, diz que ao Estado incumbe fazer prevalecer uma *justa harmonia* de interesses, dentro da *legítima* subordinação dos particulares ao geral;
- 2.º) O art. 11.º mostra que as limitações e as restrições do exercício dos direitos fundamentais possuem carácter excepcional, o que significa que, apesar de tudo, o texto constitucional vê no respeito daqueles o primeiro dos “interesses gerais” ⁽⁵⁵⁾.

28. A regulamentação dos direitos fundamentais

Formas de regulamentação, em especial das liberdades, pela Constituição:

- a) *Assunção* — As normas constitucionais encerram a disciplina fundamental dos direitos, o que é bastante raro.
- b) *Garantia institucional e remissão*. Em rigor, distinguem-se: na garantia institucional, há simples previsão do direito e nada mais; na remissão ainda referência a regulamentação posterior ou complementar. No entanto, quase sempre a garantia institucional implica remissão. Se a remissão é para a lei, há *reserva de lei*; e se a norma constitucional é programática, fala-se em *devolução para a lei*. A reserva de lei pode ser acompanhada de reserva de competência legislativa de algum órgão

⁽⁵²⁾ Cfr. art. 335.º do Código Civil.

⁽⁵³⁾ Cfr. art. 334.º do Código Civil.

⁽⁵⁴⁾ A Moral é, sem dúvida, a moral cristã nos termos explanados a respeito do art. 4.º

⁽⁵⁵⁾ MIGUEL GALVÃO TELES, *Sumários*, 1969-1970, cit., pág. 109.

(na Constituição portuguesa: reserva de lei — art. 8.º, n.º 7; devolução para lei — art. 36.º; reserva de competência legislativa — arts. 93.º e 8.º, § 2.º).

- c) *Divisão*. Regulamentação conjunta pela Constituição e pela lei. Neste caso, a Constituição aponta o critério de regulamentação legal (cfr. a liberdade religiosa — arts. 8.º, n.º 3, e 45.º e 46.º — e a liberdade de imprensa — arts. 8.º, § 2.º, e 23.º).

29. Termos da regulamentação

A regulamentação pela lei não apenas das limitações e restrições aos direitos como também do próprio conteúdo dos direitos. Problema de base: a definição do conteúdo pela Constituição e, por conseguinte, a interpretação das disposições constitucionais atributivas dos direitos ⁽⁵⁶⁾.

Obtido certo conteúdo, a regulamentação legal não o pode contradizer. É o princípio da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (importantíssimo para as liberdades e garantias) ⁽⁵⁷⁾.

Corolário quanto às limitações e restrições:

- a) O legislador não pode subverter as normas constitucionais, transformando aquilo que é exceção — o limite do direito ou a ilegitimidade do seu exercício — em regra;
- b) As razões em atenção às quais o direito é limitado ou o seu exercício restringido têm de possuir, dentro do sistema constitucional de valores, força suficiente para justificarem a limitação ou a restrição ⁽⁵⁸⁾.

O melindre do papel da interpretação quer da Constituição quer da lei.

⁽⁵⁶⁾ Interesse particular do n.º 4 da base XXXI, da Lei n.º 2084 (sobre suspensão das garantias em estado de sítio): negativamente alcança-se o conteúdo normal dos direitos suspensos, pois são aí definidos os efeitos normais da declaração de suspensão de garantias; há como que uma interpretação legislativa do conteúdo normal dos direitos (ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, em trabalho inédito).

⁽⁵⁷⁾ A Constituição, porque enuncia os princípios em que se exprimem as liberdades públicas, não admite naturalmente que através da lei ordinária se inutilizem esses princípios (Deputado MÁRIO DE FIGUEIREDO, in *Diário das Sessões* da Assembleia Nacional, 1945, n.º 186, pág. 707).

⁽⁵⁸⁾ MIGUEL GALVÃO TELES, *op. cit.*, 1969-1970, pág. 110. Mas o esquema da matéria não é o que este Autor adopta.

30. Regime comum das liberdades e das garantias

As liberdades e garantias como garantias constitucionais em sentido mais amplo ⁽⁵⁹⁾, e em contraposição aos direitos sociais, com o seguinte regime:

- a) O direito de resistência só é concedido em benefício das liberdades e garantias (art. 8.º, n.º 19); a resistência à autoridade como resistência à opressão (cfr. o art. 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), isto é, à ofensa pública ilícita da zona essencial da esfera da pessoa, e não, logicamente, como resistência à inércia do Estado ou à não satisfação das pretensões correspondentes aos direitos sociais ⁽⁶⁰⁾.
- b) Também só as liberdades e garantias aproveitam sempre de tutela jurisdicional, cuja concessão já estava implícita na concessão de direito de resistência ⁽⁶¹⁾ e, agora, desde 1971, pode entender-se explícita no art. 8.º, n.º 21. E, se ainda se pode considerar a resistência passiva e defensiva a garantia típica dos direitos de liberdade ⁽⁶²⁾, sem dúvida todo o progresso do Estado de Direito aponta para a jurisdicionalização dos seus meios de defesa ⁽⁶³⁾.
- c) Só relativamente às liberdades e garantias vigora a proibição de suspensão ou restrição fora dos casos e dos termos expressamente previstos pela Constituição (art. 11.º) e que se reduzem ao estado de sítio, declarado pela Assembleia Nacional ou a título provisório pelo Governo, havendo agressão ou ameaça de agressão vinda do exterior ou grave perturbação da ordem pública (arts. 91.º, n.º 8, e 109.º, § 5.º, e ainda base XXXI da Lei n.º 2084), e às providências tomadas ocorrendo actos subversivos graves (art. 109.º, § 6.º).

⁽⁵⁹⁾ O termo tem aliás outros sentidos: JORGE MIRANDA, *Garantias constitucionais*, in *Verbo*, IX, págs. 173 e 174.

⁽⁶⁰⁾ Esta conexão com o direito de resistência leva MIGUEL GALVÃO TELES (*Sumários...*, 1969-70, cit., pág. 108), no intuito de dogmaticamente construir os direitos fundamentais a partir de um tratamento jurídico especial, a restringir o âmbito dos direitos fundamentais àqueles que ficam definidos, nomeadamente, pela sua possibilidade de defesa através da resistência à autoridade; deste modo, no Direito português, os direitos sociais não seriam direitos fundamentais, vistos a essa luz.

⁽⁶¹⁾ Se a Constituição dá direito de resistência para defesa de certos direitos (as liberdades e garantias), há-de dar também direito de tutela em tribunal (que é menos que a simples resistência à autoridade): MIGUEL GALVÃO TELES, *op. cit.*, pág. 111.

⁽⁶²⁾ Assim, ROCHA SARAIVA, *Construção Jurídica do Estado*, Coimbra, 1912, II, pág. 88.

⁽⁶³⁾ Cfr., no estrangeiro, MAURO CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milão, 1955, MICHEL DRAN, *Le controle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, 1968; e a citada obra de THOMAS M. FRANCK.

- d) Só o atentado contra as liberdades e garantias ⁽⁶⁴⁾ determina crime de responsabilidade ministerial (art. 115.º, n.º 4) ⁽⁶⁵⁾.
- e) Constituem matéria de exclusiva competência legislativa da Assembleia Nacional as liberdades de expressão do pensamento, de ensino, de reunião, de associação e religiosa, além de certas garantias ou de matérias com reflexo nas garantias constitucionais (art. 93.º) e o elenco decerto poderia ser alargado.
- f) Havendo compressão de liberdades e garantias, a definição do limite máximo de compressão tem de ser feita sempre por via normativa e nunca pode ser deixada à discricionariedade da Administração ⁽⁶⁶⁾.

31. Principal legislação sobre direitos fundamentais

A título meramente informativo, indica-se a principal legislação reguladora, em complemento da Constituição, de alguns dos mais importantes direitos fundamentais.

Liberdade religiosa

Lei n.º 4/71, de 21 de Agosto.

Liberdade de imprensa

Lei n.º 5/71, de 5 de Novembro, e Decreto-Lei n.º 150/72, de 5 de Maio.

Liberdade de ensino

Lei n.º 2033, de 27 de Junho de 1949, e Decreto n.º 37 545, de 8 de Setembro de 1949.

Liberdade de associação

Em geral:

Lei n.º 1901, de 21 de Maio de 1935 (associações secretas);
Decreto-Lei n.º 39 660, de 20 de Maio de 1954;
Código Civil: arts. 158.º e segs.

⁽⁶⁴⁾ E ainda contra os direitos políticos.

⁽⁶⁵⁾ V. ainda a punição dos crimes de abuso de autoridade pelo Código Penal.

⁽⁶⁶⁾ MIGUEL GALVÃO TELES, *Sumários...*, 1969-70, cit., pág. 110. Cfr. os citados art. 19.º da Constituição alemã ocidental e § 2.º do art. 8.º segundo o projecto de revisão constitucional no 6/X.

Em especial:

- a) Associações religiosas — Código Administrativo (arts. 453.º e 454.º) e Lei n.º 4/71 (bases XII e segs.);
- b) Associações beneficentes e humanitárias — Código Administrativo (arts. 453.º e segs.);
- c) Associações profissionais:
 - 1. Sindicatos — Decreto-Lei n.º 23 050, de 23 de Setembro de 1933, e Decreto-Lei n.º 49 058, de 14 de Junho de 1969;
 - 2. Casas do Povo — Lei n.º 2144, de 29 Maio de 1969;
- d) Associações académicas — Decreto-lei n.º 44 632, de 15 de Outubro de 1962, e Decreto n.º 45 043, de 23 de Maio de 1963;
- e) Cineclubes — Decreto-Lei n.º 40 572, de 16 de Abril de 1956;
- f) Associações com carácter internacional — Decreto-Lei n.º 37 447, de 13 de Junho de 1949 (art. 25.º).

Liberdade de reunião

Decreto-Lei n.º 22 468, de 11 de Abril de 1933.

Liberdade de emigração

Decreto-Lei n.º 44 427 e Decreto n.º 44 428, de 29 de Junho de 1962.
Decreto-Lei n.º 49 400, de 24 de Novembro de 1969.

Garantias da segurança pessoal em Direito Penal

Código Penal e legislação complementar.

Garantias da segurança pessoal em processo penal

Código de Processo Penal e legislação complementar.

Habeas corpus

Decreto-Lei n.º 35 043, de 20 de Outubro 1945, e, agora, arts. 312.º e segs. do Código Processo Penal.

Direito ao trabalho e liberdade de trabalho

Estatuto do Trabalho Nacional (arts. 21.º e segs.);
Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969);

Decreto-Lei n.º 49 212, de 28 de Agosto de 1969, e Decreto-Lei n.º 492/70, de 22 de Outubro (convenções colectivas de trabalho).

Direito à educação

Escolaridade obrigatória — Decreto-Lei n.º 45 810, de 9 de Julho de 1964;

Acção social escolar — Decretos-Leis n.º 178/71, de 30 de Abril, e n.º 223/73, de 11 de Maio, Decreto n.º 608/71, de 30 de Dezembro, e Portaria n.º 260/72, de 10 de Maio.

Previdência social

Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962;

Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, e Decreto n.º 360/71, de 21 de Agosto (acidentes de trabalho e doenças profissionais);

Lei n.º 2144, de 29 de Maio de 1969, bases XXII e segs. (previdência rural).

Outros direitos sociais

Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de Setembro (duração do trabalho);

Lei n.º 6/71, de 8 de Novembro (deficientes).

CAPÍTULO III

A ORDEM ECONÓMICA E SOCIAL

32. Sentido da ordem económica e social

Significado da epígrafe do título VIII da Constituição: regulamentação das actividades económicas em face de determinados postulados e de um enquadramento global da vida social. O título VIII, completado pelo Estatuto do Trabalho Nacional ⁽⁶⁷⁾, como correspondente àquilo que certos autores designam por Constituição económica ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Apesar de datar igualmente de 1933, nem sempre o Estatuto do Trabalho Nacional (muito influenciado pela *Carta del Lavoro* fascista), se identifica, porém, com a Constituição e é de pôr o problema da constitucionalidade de alguns dos seus preceitos.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., entre nós, AFONSO QUEIRÓ e BARBOSA DE MELO, *A liberdade de empresa e a Constituição*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1967, págs. 216 e 220 e segs.

A unidade da ordem económica e social como modelo ideal, acção para dar execução a esse modelo e resultado que se considera desejável. Objecto de regulamentação: a vida económica com as suas implicações sociais imediatas. O social como o que é próprio das relações de cooperação e solidariedade que existem ou devem existir entre os elementos ou agentes do processo económico (69).

A intervenção do Estado, nos termos dos arts. 6.º, n.º 2, e 31.º Carácter programático destas normas, as quais obrigam o Estado à emanação de actos normativos, legais e regulamentares, e até a servir-se de actos administrativos. Os fins dos arts. 29.º a 33.º revelam-se, simultaneamente, económicos e sociais e traduzem, não opções de política concreta, mas de regime (70).

Esta intervenção do Estado não equivale a direcção de toda a vida económica e social pelo Estado. Apesar da referência do art. 29.º a *poderio do Estado*, o carácter autoritário, insito aí, não leva a ver no Estado o fim da coordenação e regulação da economia. O Estado não tem em si o seu fim e o art. 31.º sublinha logo que a sua intervenção se destina a prosseguir certos objectivos, os quais vedam o arbítrio do legislador (71).

Dúvidas apenas pode haver, e não tanto em face da Constituição quanto da prática legislativa e administrativa, sobre se o papel do Estado na vida económica é visto numa concepção dirigista ou intervencionista (72).

33. A iniciativa económica particular e a liberdade de empresa

Corpo do art. 33.º (na redacção actual): o Estado só poderá tomar a seu cargo, em regime de exclusivo ou não, actividades económicas de primacial interesse colectivo e intervir na gerência das actividades económicas particulares, quando haja de financiá-las ou para conseguir benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção.

Sentido do art. 33.º: restrição da intervenção do Estado. Em face do art. 31.º e do art. 32.º, o Estado fica investido da qualidade de coordenador, regulador e propulsor da vida económica. Porém, em face do art. 33.º, ele não passa de um sujeito económico a par de outros sujeitos. São dois planos diferentes: o Estado recebe um poder genérico de intervenção com autoridade em nome próprio

(69) ANTÓNIO DA SILVA LEAL, *op. cit.*, págs. 63 e segs.

(70) Sobre os fins da organização económica (art. 29.º), v., por todos, TEIXEIRA RIBEIRO, *Princípios e Fins do Sistema Corporativo Português*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XVI, 1939, págs. 1 e segs.

(71) *Relevância da agricultura...*, *cit.*, *loc. cit.*, págs. 253-254.

(72) No segundo sentido, ALBERTO XAVIER, *Direito Corporativo*, policopiado, Lisboa, 1972, pág. 142.

(art. 31.º); a Constituição permite-lhe tornar-se empresário, verificados certos requisitos (art. 33.º).

Mas, sendo assim, reciprocamente, positivamente, o princípio da restrição da iniciativa económica do Estado implica um princípio de iniciativa económica particular; desde que não se verifiquem tais requisitos, as actividades económicas devem pertencer e ser dirigidas pelos particulares. Mais ainda: o Estado deve estimular a iniciativa privada, diz o novo art. 31.º, n.º 6.

Relação do art. 33.º com o art. 8.º, n.º 7, respeitante (como se sabe) à liberdade de empresa.

Não há contradição, até porque o art. 8.º, n.º 7, ao falar em liberdade de indústria e comércio, admite “as restrições legais requeridas pelo bem comum e os exclusivos que só o Estado e os corpos administrativos poderão conceder nos termos da lei, por motivo de reconhecida utilidade pública”. O que sucede é que, levada pela sua sistematização, aqui defeituosa, a Constituição desdobra o tratamento da liberdade económica no art. 8.º como atributo do cidadão e no art. 33.º como exigência do sistema económico ⁽⁷³⁾.

34. A função social da propriedade

Duplo sentido do art. 35.º:

- 1.º) A cooperação económica e a solidariedade entre propriedade, capital e trabalho como factores de produção;
- 2.º) A função social da propriedade, como afectação dela a actividade socialmente valiosa “podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva”.

O primeiro sentido liga-se à concepção corporativa de organização económica, mas em rigor só o segundo traduz a ideia de função social característica dos Estados sociais contemporâneos ⁽⁷⁴⁾. Referência à propriedade de bens de produção, no art. 35.º, mas aplicação do mesmo princípio à propriedades dos bens de consumo e a todos os direitos reais, por coerência de valores constitucionalmente professados e por virtude ainda do art. 8.º, § 1.º

Conjugação com o art. 8.º, n.º 15 (garantia da propriedade), e com o citado art. 334.º do Código Civil (abuso do direito). A propriedade é garantida, nos termos da sua função social, e assim a Constituição vale directamente para a lei e

⁽⁷³⁾ Sobre as fortíssimas restrições legislativas da liberdade de empresa, v. ALBERTO XAVIER, *op. cit.*, págs. 68 e segs.

⁽⁷⁴⁾ Fonte do art. 35.º: o art. 153.º da Constituição de Weimar.

os negócios jurídicos relativos à propriedade ⁽⁷⁵⁾. Consequências legítimas do princípio da função social:

- 1.º) Interpretação conforme com esse princípio dos negócios jurídicos e ilicitude dos que lhe forem contrários;
- 2.º) Restrições ao uso dos bens e obrigações positivas no interesse público;
- 3.º) A expropriação por interesse social (distinta, porventura, da expropriação por utilidade pública), e até sem indemnização, no caso de desvio grave do fim socialmente útil.

Problemas particulares. A propriedade da terra e a transformação da agricultura. O problema dos terrenos de construção e o Decreto-Lei n.º 576/70, de 24 de Novembro (política dos solos).

35. Iniciativa privada e função social

Nexo entre o princípio da iniciativa privada e o da função social:

- 1.º) Correspondência da função social com o benefício social (que justifica a iniciativa privada) e relevância dos objectivos da intervenção do Estado na economia previstos no art. 31.º
- 2.º) Relação entre a qualidade privada da iniciativa e a qualidade privada da propriedade. A propriedade privada acaba por estar também (mas não só) fundamentada na função social: a propriedade privada é para a função social, mas é propriedade privada em razão da função social. Seria absurdo que urna ordem jurídica afirmasse o respeito pela iniciativa económica particular e, ao mesmo tempo, negasse a propriedade privada dos bens de produção ⁽⁷⁶⁾.

36. A economia corporativa

Sentido do corporativismo como regime social: regime assente na ideia de integração e conciliação dos interesses sociais. A colaboração de todos os sujeitos da vida económica como membros da mesma colectividade (art. 34.º) e a colaboração dos factores da produção (art. 35.º).

Essa colaboração pode entender-se sob duas perspectivas. Ou se trata simplesmente da solidariedade entre todos as classes (recusando a irredutibilidade

⁽⁷⁵⁾ Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, pág. 144. Sobre o art. 5.º em geral, V. págs. 141 e segs.

⁽⁷⁶⁾ *Relevância da Agricultura...*, *cit.*, pág. 257.

dos seus interesses) e da possibilidade de colaboração voluntária na solução de conflitos ⁽⁷⁷⁾; ou, se trata da harmonia a todo o custo dos interesses dos vários participantes no processo económico e social, interesses estes a conservar e a representar.

Manifestações específicas do princípio corporativo na vida económica e social:

- 1.º) Formação de organismos corporativos de empresários e trabalhadores (art. 17.º e § único);
- 2.º) Proibição da greve como meio de reivindicação de interesses nas relações entre o capital e o trabalho (art. 39.º citado);
- 3.º) A economia nacional corporativa como economia capitalista condicionada ou limitada por fins éticos e políticos superiores aos seus intervenientes ⁽⁷⁸⁾.

Remissão de maiores desenvolvimentos para as disciplinas de Economia Política, Direito Administrativo e Direito Corporativo e do Trabalho.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. ALBERTO XAVIER, *op. cit.*, págs. 10 e segs.

⁽⁷⁸⁾ Cfr., algo diferentemente, PEDRO SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, 2.ª ed., Lisboa, 1967, págs. 103 e segs.