

## ***OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XXI***

### **INTRODUÇÃO**

A luta pelos direitos fundamentais manifesta-se hoje mais visivelmente num plano internacional ou global, não só ao nível proclamatório das grandes declarações e convenções – que se procura estender aos países árabes e orientais, bem como aos países do terceiro mundo –, mas sobretudo na defesa dos direitos mais elementares das pessoas em momentos de crise e de privação – no âmbito do direito da guerra e do direito humanitário –, e na edificação de uma ordem jurídica internacional efectiva, representada emblematicamente pela criação do Tribunal Penal Internacional.

Esta luta no plano mundial será porventura mais apelativa, porque é heróica e mártir – mas não nos dispensa de considerar a luta pela realização dos direitos fundamentais no dia-a-dia das sociedades estáveis e das nações que se dizem civilizadas.

Por isso, continua a ser importante e imprescindível a convocação dos cidadãos e dos juristas para um olhar sobre os direitos fundamentais numa perspectiva interna, isto é, do direito constitucional.

Na realidade, a dimensão constitucional – para já, mesmo na Europa, basicamente nacional – assegura uma defesa mais avançada, mais profunda e mais concreta dos direitos fundamentais.

Por um lado, pelo elevado grau de *positividade concretizadora*, que se exprime por *formulações jurídicas (mais) precisas* e por uma *(maior) densidade sistémica* no plano da constituição material, que não deixa de estar aberta a conteúdos de valor supra-constitucional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os princípios fundamentais de direito comuns às nações civilizadas.

Por outro lado, pela *garantia de aplicação efectiva*, que é conseguida através da *especial força jurídica* dos preceitos constitucionais, que constituem normas directamente aplicáveis, obrigatórias para todos os poderes públicos, incluindo o legislador democrático, e, decisivamente, susceptíveis de uma fiscalização judicial do seu cumprimento.

È nesta perspectiva que vamos referir a seguir alguns dos principais problemas da vida normativa prática dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, que resultam dos novos desafios que lhes são feitos pela sociedade na viragem do século.

## **I. A abertura e a coerência espiritual do conjunto normativo dos direitos fundamentais**

O primeiro problema diz respeito à compatibilização entre a tradicional e característica *abertura* do sistema normativo dos direitos fundamentais, indispensável a uma garantia permanente e efectiva da dignidade da pessoa humana, com a necessidade de manter a sua *coerência espiritual*, evitando uma das piores tentações: a do “jusfundamentalismo”, que, sob o pretexto de ampliar a sua protecção, o corpo, acaba por debilitar e corroer a finalidade que constitui a sua razão de ser, isto é, o espírito da instituição.

### **1. A abertura do catálogo: os novos direitos**

1.1. A História revela um sistema de direitos fundamentais em permanente transformação, na busca de um «estatuto de humanidade».

Se quiséssemos caracterizar sinteticamente essas transformações através de algumas palavras-chave ou ideias-força, diríamos que na evolução deste subsistema jurídico se salientam as ideias de acumulação, de variedade e de abertura.

A ideia da *acumulação* vale na medida em que em cada momento histórico se formulam novos direitos, típicos do seu tempo, mas que se vêm somar aos direitos antigos. Como vimos, os direitos típicos de cada geração

subsistem a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos.

A ideia da *variedade*, que é potenciada pelo processo de acumulação, afirma-se não só porque os direitos fundamentais não são estruturalmente uniformes, mas também por causa da sua complexidade funcional, desdobrada em diversas dimensões normativas.

A ideia da *abertura* resulta de, por um lado, nenhum catálogo constitucional pretender esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, aceitando-se a existência de direitos não escritos ou de faculdades implícitas, e, por outro, de se esperarem gerações sucessivas de novos direitos ou de novas dimensões de direitos antigos, conforme as ameaças e as necessidades de protecção dos bens pessoais nas circunstâncias de cada época.

Há, contudo, um momento comum, característico e caracterizador da ideia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, que é a protecção da *dignidade da pessoa* contra os perigos que resultam das estruturas de *poder* na sociedade.

Sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade individual, tenderá a aparecer um novo direito; sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades de garantia da dignidade pessoal, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos direitos fundamentais.

1.2. Nas últimas décadas do século XX, as sociedades continuaram a evoluir, aceleradamente, sendo de salientar o espectacular

desenvolvimento científico e tecnológico e uma mudança, embora menos clara, de paradigma cultural.

Por um lado, instalou-se, do ponto de vista das relações entre as pessoas, uma *sociedade de comunicação*, que, em face do progresso estonteante das formas de comunicação ao nível de todo o mundo (embora não igualmente ao dispor de todos), se transforma numa *sociedade global*, em que os *meios de comunicação de massas*, além de documentarem a realidade, tendem a determinar os acontecimentos e a própria história.

É ainda uma sociedade de comunicação no sentido de uma *sociedade de informação*, em que uma capacidade aparentemente ilimitada de conhecimento, armazenamento e transferência de dados informativos foi conseguida e se tornou indispensável em todos os domínios da vida económica e social, quer dos países desenvolvidos, quer dos que pretendem sê-lo.

Por outro lado, os sociólogos descrevem a sociedade actual, já obviamente pós-industrial, como uma «*sociedade de risco*» (Beck) ou até uma «*sociedade do desaparecimento*» (Breuer), na medida em que corre «perigos ecológicos» e «genéticos», ou, segundo alguns, caminha mesmo, por força do seu próprio movimento, para a destruição das condições de vida naturais e sociais das pessoas – é dizer, na medida em que corre o perigo de passar, ou transita efectivamente, da autoreferência (*autopoiesis*) para a autodestruição.

De um ponto de vista político, afirma-se a *falência do Estado*, sobretudo na dimensão *externa*, como entidade nacional soberana, perante os fenómenos de «mundialização» ou de «globalização», com a emergência de factos e de forças transnacionais e multinacionais, e a consequente

incapacidade de disciplinar e de controlar actividades planetárias e efeitos que ultrapassam as fronteiras.

Mas a falência da figura estadual também se revela na dimensão *interna*, seja como forma de organização do poder, perante as dificuldades em representar cidadãos e grupos e em regular os poderes sociais numa comunidade *multicultural*, seja como Estado-Providência, incapaz de responder às exigências contraditórias de uma sociedade que, por um lado, pretende um elevado nível de bem-estar e a segurança contra os novos perigos, mas que impõe, ao mesmo tempo, uma privatização de actividades e de formas de intervenção.

Numa perspectiva económica, revela-se uma *sociedade consumista*, em que o consumo em massa é o resultado (e a causa) da produção e da comercialização maciças e massivas de bens e de serviços, agressivamente publicitados num mercado planetário de intensa concorrência internacional.

Numa dimensão cultural, verificam-se, nos mais variados campos, as tentativas de desconstrução científica das estruturas institucionais e dos paradigmas racionais típicos da modernidade, incluindo o da relação Homem-Natureza, e anuncia-se, com os mais díspares conteúdos e com uma sub-estrutura tendencialmente caótica, uma sociedade *pós-moderna*.

Num contexto tão atribulado, os direitos fundamentais, sensíveis em extremo a todos os movimentos que possam afectar o estatuto das pessoas na sociedade, têm forçosamente de procurar, no plano constitucional, uma resposta aos novos desafios, que se pode resumir numa trilogia: *segurança, diversidade, solidariedade*.

1.3. Desde logo, desenvolvem-se novos direitos e até novos tipos de direitos.

Em primeiro lugar, os *direitos de solidariedade*, que não podem ser pensados exclusivamente na relação entre o indivíduo e o Estado e que incluem uma dimensão essencial de dever.

É o que acontece, paradigmaticamente, com os direitos-deveres de protecção da natureza, de garantia da sustentabilidade ecológica e de defesa do património cultural.

Por outra via, o aprofundamento da participação democrática na vida social, associado à importância crescente da informação, impõe novos direitos dos cidadãos e grupos, *direitos de informação*, em especial perante a Administração Pública, a exigir uma transparência que ultrapassa a defesa de interesses individuais.

Qualquer destas espécies de direitos se afirma também essencialmente na forma de *direitos de acção judicial* para garantia dos interesses comunitários que visam assegurar – onde pontificam os direitos de acção popular.

São, na perspectiva histórica, direitos de uma quarta geração, visto que não são basicamente liberdades, nem direitos de participação, nem direitos de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles. São «direitos circulares», poligonais e multifuncionais, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objectiva fortíssima, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, *bens comunitários* de que todos são titulares – e aliás, não só todos os vivos, mas

ainda os elementos das *gerações futuras*, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade.

Também a massificação das relações económicas e a concentração empresarial exigem a protecção especial dos indivíduos e das famílias, enquanto adquirentes de bens e de serviços, diminuídos perante as grandes empresas produtoras e fornecedoras, que se consegue através do reconhecimento de *direitos especiais dos consumidores* como direitos fundamentais (por exemplo, o direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, direitos à protecção da saúde e da segurança, os direitos à informação e à formação), justificando a alteração de várias regras tradicionais do direito privado, que pressupõem a igualdade das partes.

1.4. Além disso, e de algum modo em contrapartida, torna-se urgente a protecção especial de bens pessoais de primeira grandeza face aos novos perigos, o que vai implicar o alargamento e a densificação das liberdades e dos direitos de defesa tradicionais.

Salienta-se neste contexto, em primeira linha, a consagração do *direito à identidade genética* do ser humano perante o risco da utilização de tecnologias e da experimentação científica, que, designadamente através da manipulação genética, podem pôr em causa a dignidade pessoal – este direito é introduzido como direito autónomo na Constituição portuguesa com a revisão de 1997.

Noutro domínio, reforçam-se igualmente o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e, em geral, os direitos pessoais, seja contra a

explosão dos fenómenos de tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização de dados pessoais – formulando-se um conjunto de direitos que tem sido sintetizado num grande «*direito de autodeterminação informacional*» –, seja contra os fenómenos intrusivos da publicidade e da comunicação social, amplificados pelo desenvolvimento dos meios audiovisuais, conferindo relevo acrescido a direitos pessoais como o *direito à imagem* e o *direito à palavra*.

1.5. Não deve esquecer-se, por fim, a emergência ou o maior protagonismo de determinados direitos, em vista das profundas transformações sociais em curso.

Referimo-nos, por um lado, aos direitos dos estrangeiros e apátridas e das minorias nacionais, nativas ou imigradas, que suscitam problemas específicos, complexos e até cruciantes quanto à inclusão social, à não discriminação e ao direito à diferença.

Por outro lado, mantêm-se ainda os problemas, herdados de épocas anteriores, de desequilíbrio social com base no género, que potenciam a afirmação dos direitos das mulheres não apenas à igualdade, mas também a uma discriminação positiva (*affirmative action*).

2. A identidade do sistema: o desígnio valorativo da dignidade da pessoa humana como limitação contra os perigos de inflação jusfundamentalista

A abertura do catálogo e a elasticidade do sistema jusfundamental deve, porém, ser equilibrada, de modo a resistir à tentação de alargar a ideia e a força irradiante dos direitos fundamentais a todos os escaninhos das relações sociais, que acabaria por provocar a sua desfiguração.

Na luta pelos direitos fundamentais, é preciso, pois, encontrar a medida justa que permita adaptar o sistema normativo dos direitos fundamentais às novas realidades, mas sem perder de vista o ideal prático que lhe imprime carácter, lhe serve de fundamento e lhe delimita o horizonte.

2.1. Para começar, é importante distinguir entre forma e substância, e, conseqüentemente, admitir que possa haver preceitos incluídos no catálogo constitucional dos direitos que, sem prejuízo do seu valor jurídico supremo, não integram a matéria dos direitos fundamentais, pois que não visam em primeira linha a protecção da dignidade das pessoas.

A *presunção* será, naturalmente, a de que todos os preceitos inscritos no catálogo integrem o sistema dos direitos fundamentais, tal como resulta das epígrafes respectivas. Mas pode acontecer que assim não seja: designadamente, é perfeitamente compreensível que, a propósito de um determinado assunto ou de um domínio da vida social, se misturem com preceitos relativos a direitos fundamentais outros que pertençam, por exemplo, à organização do poder político, mas que, por uma questão de proximidade ou de oportunidade, encontrem aqui lugar sistemático.

Assim, por exemplo, parece-nos, relativamente à Constituição portuguesa, que os preceitos que consagram os direitos de antena, de

resposta e de réplica política dos partidos da oposição parlamentar (n.º 2 do artigo 40º) são de excluir da *matéria* dos direitos fundamentais.

De facto, apesar da formulação subjectiva, estes preceitos não consagram posições jurídicas subjectivas individuais, não se destinam directamente a garantir bens jurídicos pessoais, nem mesmo se referem a uma ideia de Homem e à sua dignidade: diferentemente, são exclusivos de certos partidos e visam estabelecer normas da organização política democrática.

Os direitos de antena, de resposta e de réplica política dos partidos da oposição – ao contrário do direito de antena dos concorrentes nos períodos eleitorais – não constituem direitos políticos fundamentais dos cidadãos, tendo como finalidade própria facilitar o exercício pelas minorias da oposição política através da rádio e da televisão. São, seguramente, uma peça importante da organização do poder democrático, contribuindo para o pluralismo da expressão política e até para assegurar a separação dos poderes, no entendimento que hoje lhe é dado.

A sua inserção sistemática entre os direitos fundamentais compreende-se por razões de vizinhança com as liberdades de expressão e de imprensa, mas a sua atinência material liga-os à organização do poder político: só indirectamente representará uma garantia para a liberdade e a participação política dos cidadãos. A entender-se que estes preceitos constituíam, num sentido jurídico estrito, direitos ou garantias políticas dos cidadãos, teríamos de incluir na matéria dos direitos fundamentais muitos dos preceitos que atribuem competências no âmbito da organização do poder político, até porque, pela sua posição e função no ordenamento democrático, os partidos políticos são instituições públicas e não meros

grupos sociais, independentemente da sua qualificação como entidades públicas ou privadas para outros efeitos.

2.2. Além disso, deve limitar-se a tendência para a subjectivização das dimensões objectivas de garantia dos direitos fundamentais.

A ideia de eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se em registos distintos – garantias institucionais, eficácia externa dos direitos, dever estadual de protecção, imperativos de organização e de processo –, mas sempre no sentido do alargamento das dimensões objectivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários.

Contudo, se a doutrina e a jurisprudência retiram da consagração constitucional dos direitos, para além dos deveres correspectivos dos poderes públicos, garantias de realização efectiva, de promoção e de protecção em toda a vida comunitária, que se traduzem em outros tantos deveres para os poderes públicos, é natural, que comece a perguntar-se se, bem vistas as coisas, os particulares titulares daqueles direitos não terão um direito subjectivo ao cumprimento desse deveres.

Assim, por exemplo, se o Estado está obrigado a reconhecer e a fiscalizar o ensino particular, pergunta-se se os pais não terão um direito a exigir uma intervenção estadual numa determinada escola, para assegurar a continuação ou a qualidade do ensino; se o direito à liberdade, à propriedade e à segurança pessoal e familiar, bem como o livre exercício de liberdades cívicas implica a existência de uma administração policial eficiente, pergunta-se se os indivíduos não terão um direito subjectivo à intervenção da polícia quando terceiros ponham concretamente em causa os

seus direitos; se o particular tem direito a aceder aos tribunais administrativos contra actuações ou comportamentos ilegais da Administração que os lesem na sua esfera jurídica, pergunta-se se os particulares não terão um direito a que o legislador regule o processo e o juiz aplique as normas legais em termos de assegurar a protecção efectiva dos seus direitos; e, se os direitos fundamentais constituem valores comunitários que constituem padrões normativos também para as relações privadas, não terão os indivíduos um direito a que os poderes públicos assegurem, ao nível legislativo, administrativo e judicial, o cumprimento desses valores, por exemplo, nas relações de trabalho, na prestação de serviços essenciais, nos contratos de adesão?

É certo que, na generalidade das hipóteses referidas, não está em causa como finalidade única a protecção dos direitos individuais, em função dos interesses dos particulares, mas a realização de valores comunitários, que em algumas áreas eram já assegurados pelo Estado antes da constitucionalização dos direitos ou da sua interpretação alargada às dimensões objectivas. Assim, a lei já há muito considera crimes as ofensas a bens jurídicos pessoais e garante direitos de personalidade nas relações privadas, tal como protege a liberdade e segurança das pessoas através das forças policiais ou regula os mecanismos eleitorais, o processo civil e penal e até a legalidade administrativa. A garantia da ordem pública e da segurança interna, a preservação dos bens jurídicos comunitários básicos, o bom funcionamento das instituições democráticas e dos tribunais não podem ser vistos como meras garantias dos direitos individuais, ainda que também o sejam ou que, pelo menos, constituam condições objectivas do seu exercício efectivo.

Por isso mesmo, não deve alargar-se a ideia de uma *presunção a favor da dimensão subjectiva* – que deve valer apenas na medida em que represente o predomínio natural do direito subjectivo na matéria dos direitos fundamentais – ao ponto de pretender subordinar à lógica dos direitos fundamentais toda a actividade pública.

Aquilo que se pode designar como «o fascínio dos direitos fundamentais» transporta por vezes alguma doutrina e também alguma jurisprudência para um «jusfundamentalismo» em que as preocupações de equilíbrio próprias de uma abordagem científico-prática cedem a uma «emocionalidade jurídica».

Esta tendência radicalizante encontrou alguma justificação quando estava em causa a subordinação, aos direitos fundamentais, da Administração, que era considerada tradicionalmente, por preconceito histórico, mas também pela frequência e pela imediação de contacto com os particulares, o «inimigo público número um» das liberdades, mas é hoje estendida às relações com todos os poderes públicos, incluindo o legislador, apesar de este, para além de ter uma legitimidade democrática mais directa, desenvolver, em regra, uma actividade geral e abstracta que não toca imediatamente a esfera jurídica dos cidadãos.

Ora, ainda que se deva aceitar em geral a influência normativa dos direitos fundamentais sobre a legislação ordinária, é preciso ter alguma cautela perante a tentação de «ressubjectivar» os efeitos de garantia dos direitos fundamentais, concebendo faculdades do direito subjectivo correspondentes a todos os deveres públicos que afectem interesses dos cidadãos, sem dar o devido relevo aos interesses da comunidade.

Assim, por exemplo, só deve considerar-se a existência de um direito subjectivo dos particulares relativamente a *deveres de prestação* estadual, quando essas prestações sejam, em abstracto (perante o legislador) ou no caso concreto (perante a Administração ou o juiz), *necessárias* à realização do conteúdo essencial do direito fundamental de um determinado indivíduo.

Por sua vez, só é de aceitar um *direito subjectivo à protecção estadual* (correspetivo de um dever de protecção) quando se trate de uma actuação pública que seja *indispensável* à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjectivo, nos seus aspectos nucleares, designadamente numa situação de perigo perante terceiros, podendo ser relevante a circunstância de haver previsão constitucional expressa de um *dever especial de protecção* – por exemplo, não haverá um direito subjectivo à instalação ou manutenção de uma esquadra policial num determinado bairro; ou à proibição de comercialização de aparelhos de escuta.

Na mesma linha, só poderá haver *direito a uma certa organização* ou *a um certo procedimento* quando aquela ou este constituírem, em abstracto ou no caso concreto, *a única forma ou o único procedimento adequado* ao exercício ou à garantia de um direito fundamental.

De igual modo, só devem reconhecer-se *posições jurídicas subjectivas substantivas* no âmbito de uma *garantia institucional*, quando estejam em causa interesses *individualizáveis* referidos ao *núcleo essencial* da instituição, quando se trate de prestações necessárias, protecções indispensáveis ou procedimentos únicos.

Em todos os casos, opta-se pelas ideias da «*necessidade*» ou do «*standard mínimo*» para determinar a existência de um direito subjectivo, susceptível de tutela judicial, já que não são aceitáveis, neste contexto, nem um «*imperativo de optimização*», nem um casuísmo decisório.

Na realidade, é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos da actividade estadual, incluindo, além das possibilidades financeiras, a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras pessoas, bem como a divisão de poderes que assegure uma certa liberdade constitutiva ao legislador – sob pena de, afinal, estarmos a metamorfosear o Estado-protector num Estado totalitário ou a transformar os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional, num «Guardião da Constituição», no mau sentido de proporcionar a consolidação de um desequilibrado «Estado Judicial».

2.3. Na mesma linha de entendimento, deve haver alguma contenção no alargamento da titularidade dos direitos subjectivos fundamentais a pessoas colectivas.

Por um lado, não deve admitir-se a existência de direitos subjectivos fundamentais *exclusivos* das pessoas colectivas ou organizações, como acontece com os direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais.

Entendemos que não se trata aí de *direitos subjectivos* fundamentais: são, tudo considerado, verdadeiras competências, ou seja, poderes concedidos no quadro normativo de uma organização política ou administrativa, económica ou social. Poderão até a ser incluídos na *matéria* dos direitos fundamentais, se visarem directamente e em primeira linha

proteger ou promover a dignidade humana. Porém, devem, então, ser *equiparados a garantias institucionais* e não aos direitos subjectivos fundamentais. Não porque sejam insusceptíveis de atribuição subjectiva (como acontece com as garantias institucionais), mas porque são insusceptíveis de atribuição *individual*, isto é, porque não é possível referi-los, enquanto poderes, aos sujeitos daquele interesse principal que constituirá então (é esse o pressuposto da fundamentalidade) a sua razão de ser: a dignidade humana, que é radicalmente individual, no aspecto específico que estiver em causa. Assim, os direitos exclusivos das organizações de trabalhadores não constituem, em si, direitos dos homens trabalhadores, partindo do princípio de que estes não devem confundir-se com os poderes ou os privilégios conferidos na organização social e política aos grupos que formam, isto é, que direitos fundamentais dos trabalhadores não é igual a «poder das classes trabalhadoras».

Por outro lado, deve limitar-se a possibilidade de gozo de direitos fundamentais por pessoas colectivas públicas. À primeira vista absurda e liminarmente recusada na época liberal, com base na ideia de que a função dos direitos fundamentais era a defesa da dignidade humana precisamente *contra* os poderes públicos (argumento da «confusão»), esta capacidade é hoje admitida, embora de forma limitada — admitida, diga-se desde já, mesmo por quem continua a ver como intenção fundamental e caracterizadora dos direitos fundamentais a protecção da dignidade das pessoas humanas.

A razão dessa admissibilidade está na progressiva pulverização da ideia organizatória de Estado, em especial, no pluralismo interno da Administração — essa pluralização é de tal modo acentuada que é possível

e frequente que se encontrem pessoas colectivas públicas em situação de sujeição ou subordinação perante o Estado ou outros entes públicos.

Este fenómeno é especialmente relevante quando essas situações de dependência surgem relativamente a administrações autónomas, isto é, relativamente a pessoas colectivas de substrato associativo que auto-administram interesses comuns próprios sob fiscalização estadual, para além dos casos (normalmente citados) de certos estabelecimentos públicos, como as universidades, ou o das empresas públicas de comunicação social (agências noticiosas ou serviços de radiodifusão e de televisão).

Em todas estas situações é logicamente possível, no âmbito de uma concepção não-individualista dos direitos fundamentais, aplicar estes direitos às pessoas colectivas subordinadas, sujeitas a posições de poder, por analogia com a situação de sujeição dos indivíduos em face do Estado.

Quanto a nós, porém, a analogia formal, baseada na semelhança da situação de subordinação (perante o Estado ou outro ente público), não é suficiente, por si só, para justificar a aplicação dos direitos fundamentais. É necessário, sim, que estejamos dentro dos limites do sistema, ou seja, no âmbito da matéria específica que estes direitos constituem.

Numa relação entre entidades públicas só estará preenchida esta condição quando e na medida em que a competência (ou a actividade) do ente subordinado *visé directamente (também) prosseguir interesses humanos individuais*, no sentido de ter como função proteger a liberdade e a dignidade das pessoas.

Não será necessária a existência de um substrato pessoal e a verificação de que haja indivíduos especificamente afectados através da pessoa colectiva, como começou por exigir-se (“teoria da ofensa

indirecta”), mas é preciso que esteja em causa uma *situação de perigo típica de direitos fundamentais*, por estarem em jogo valores ou bens de carácter pessoal perante um poder.

Será, por exemplo, o caso da autonomia pedagógica e científica das Universidades, em face da liberdade de ensino e de investigação (já não talvez da sua autonomia administrativa e financeira, a não ser que sejam consideradas indispensáveis para aquela outra autonomia), ou da independência das empresas estatais de comunicação social face aos poderes públicos.

Nestes casos, estaremos, contudo, a nosso ver, uma vez mais, perante situações equiparáveis a *garantias institucionais*, na medida em que visam proteger direitos fundamentais individuais, e não perante *direitos subjectivos fundamentais* dessas pessoas colectivas públicas.

Quando isso não aconteça, isto é, quando não visem proteger direitos fundamentais individuais, então, estamos fora da matéria e, conseqüentemente, do campo de aplicação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais. A defesa da participação pluralista de grupos sociais nas decisões políticas ou da descentralização ou desconcentração administrativas podem constituir objectivos constitucionais importantes e até prioritários, podem ser até condições objectivas da realização de direitos fundamentais, mas não são fundamento adequado para a atribuição dos direitos fundamentais às pessoas colectivas. Uma tal extensão dos direitos implicaria a sua descaracterização e, por conseguinte, a destruição da sua coerência e razão de ser, para além de poder representar um perigo para as liberdades individuais.

2.4. Outra preocupação de purificação dos direitos fundamentais leva-nos a não aceitar a proliferação indiscriminada de direitos fundamentais com assento apenas na lei ordinária, seja directamente através da cláusula de abertura do sistema, seja indirectamente, através de um princípio geral de “proibição do retrocesso” quanto às concretizações legislativas dos direitos constitucionalmente consagrados, designadamente em matéria de direitos sociais a prestações.

Para nós, a Constituição é um *quadro normativo aberto* que implica e exprime uma *unidade de sentido cultural* e não pode ser nem tornar-se um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e relações sociais. Por isso, os preceitos relativos aos direitos fundamentais que impõem tarefas legislativas de concretização, em especial os relativos aos direitos sociais a prestações, ainda que estabeleçam opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não podem ser constitucionalmente determináveis e hão-de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas.

Por isso, não devem considerar-se jusfundamentais os inúmeros preceitos legais que atribuem direitos às pessoas nas mais diversas situações.

Por isso também, fora das hipóteses excepcionais de constitucionalização material do conteúdo das normas legislativas por via do seu enraizamento na consciência jurídica comunitária, julgamos que da Constituição só resulta a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas ordinárias conformadoras dos direitos sociais – que mais não é (na medida em que mais não seja) que a garantia da realização do *conteúdo mínimo imperativo* do preceito constitucional –, bem como o

limite da protecção da confiança, na medida em que exclui o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do «retrocesso». Assim, os chamados “direitos derivados a prestações” são, salvo casos excepcionais, direitos legais que não integram o conjunto material dos direitos fundamentais.

2.5. Em suma, torna-se necessário salvaguardar a ideia essencial dos direitos fundamentais, que decorre da sua afirmação histórica.

E, a nosso ver, é efectivamente possível definir o domínio dos direitos fundamentais, dando assim autonomia institucional ao conjunto que formam.

Em primeiro lugar, pela importância do seu *radical subjectivo*. O núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjectivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos. É certo que, como já se foi dizendo, esse elemento subjectivo não abrange a totalidade dos efeitos jurídicos das normas respectivas, que por vezes se limitam a estabelecer garantias para essas posições jurídicas. Mas o elemento subjectivo é *nuclear* na estrutura dos preceitos e mostra-se preponderante na sua aplicação prática.

Em segundo lugar, a *função* de todos os preceitos relativos aos direitos fundamentais há-de ser a protecção e a garantia de determinados *bens jurídicos das pessoas* ou de certo conteúdo das suas *posições ou relações* na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários. Os preceitos que não atribuam posições jurídicas subjectivas só pertencem à matéria dos direitos fundamentais se contiverem normas que se destinem *directamente* e por *via principal* a garantir essas posições jurídicas.

Em terceiro lugar, a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem *uma intenção específica*, que justifica a sua primaridade: explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Ideia de Homem que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Com a ajuda deste critério tríplice, que implica a afirmação do carácter essencial do seu núcleo subjectivo, embora sem a ele se reduzir, poder-se-á definir a matéria dos direitos fundamentais, conferindo-lhe solidez institucional e algum relevo jurídico-dogmático.

A autonomia dos direitos fundamentais como instituto jurídico-constitucional é, afinal, o reflexo da *autonomia ética* da pessoa, enquanto ser simultaneamente livre e responsável. E, como esta, é ao mesmo tempo irrecusável e limitada.

Irrecusável, porque a liberdade dos homens não pode confundir-se com a justiça social ou com a democracia política, nem ser-lhes sacrificada. A superação do individualismo não eliminou, a não ser nas sociedades submetidas a regimes totalitários, a tensão entre os homens concretos e o poder: essa tensão continua a ser, pelo contrário, o sinal e a garantia da liberdade das pessoas e da sua dignidade.

Limitada, porque o homem individual, destinado ou condenado a viver em comunidade, tem também deveres fundamentais de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade, obrigando-se a suportar as restrições e as compressões indispensáveis à acomodação dos

direitos dos outros e à realização dos valores comunitários, ordenados à felicidade de todos. E não só: a liberdade real de cada indivíduo, incluindo a liberdade de participação e a liberdade perante a necessidade e o medo, só pode ser conseguida nos tempos de hoje através de uma ordenação política democrática e pluralista e da garantia pública de um nível mínimo de justiça social.

## **II. As diferenças do conteúdo e da força jurídica dos direitos fundamentais: as tarefas do legislador e do juiz na realização e na garantia dos direitos de defesa e dos direitos a prestações**

1. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais a prestações – a diferença e a natureza comum

A Constituição portuguesa, seguindo a prática do direito internacional e a doutrina dos direitos fundamentais, estabelece regimes jurídicos diferentes para os “direitos, liberdades e garantias”, onde se incluem as liberdades e os direitos de defesa e de participação, e para os “direitos económicos, sociais e culturais”, que englobam a generalidade dos direitos a prestações sociais.

Os primeiros, que pressupõem uma determinabilidade de conteúdo, desfrutam de uma força jurídica acrescida, designadamente perante o legislador, sendo-lhes reconhecida a “aplicabilidade directa”.

Os segundos gozam da força normal dos preceitos constitucionais, mas, pela sua indeterminabilidade, dependem de opções políticas do legislador e seriam concedidos “sob reserva do possível”.

Verifica-se, no entanto, na prática constitucional, que não é tão grande assim a diferença de regimes, até porque não é diferente a natureza das categorias jurídicas.

1.1. Por um lado, os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, apesar da sua determinabilidade, recorrem a cláusulas gerais e a conceitos vagos ou fortemente indeterminados, raramente os formulando com a precisão suficiente para dispensarem a mediação legislativa; e, embora sejam «directamente aplicáveis», não podem desprezar nem, muitas vezes, prescindir das vantagens práticas resultantes da sua organização e adaptação à vida real. O exercício dos direitos fundamentais no espaço, no tempo e no modo, só será muitas vezes possível ou efectivo se houver medidas concretas que, desenvolvendo a norma constitucional, organizem e disciplinem o uso e previnam o conflito, ou visem proibir o abuso e a violação dos direitos.

Essa necessidade prática é particularmente notória quando se trata de direitos em que predomina o aspecto institucional ou procedimental, direitos cujo exercício efectivo está *necessariamente dependente* de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento – por exemplo, os direitos políticos (como o direito de voto), os direitos processuais (como o direito de acção administrativa), alguns aspectos das liberdades (liberdade de circulação automóvel, liberdade de ensino privado).

Mas vale também relativamente às “garantias institucionais” (em que há até um certo espaço de conformação legislativa) e pode de alguma maneira ser referida à generalidade dos direitos fundamentais, incluindo as liberdades e os direitos relativos a bens pessoais, quanto a aspectos da sua protecção perante terceiros – designadamente no que toca às prestações jurídicas ou materiais de garantia (dever de protecção criminal, dever de intervenção policial).

Acresce que a Constituição continua a conferir ao Parlamento, além do poder de concretizar e de regular, o poder de harmonizar e de restringir os direitos, liberdades e garantias e impõe-lhe deveres de protecção contra outros particulares, em termos de interferir restritivamente na liberdade destes (isto é, na liberdade de todos).

É dizer que os preceitos relativos àqueles direitos e garantias (e à generalidade dos direitos, quanto aos referidos aspectos de protecção) não são de facto imediatamente exequíveis, pois dependem da intervenção do Estado, designadamente de uma actuação legislativa que regule o domínio da vida em questão ou organize o procedimento e os meios da acção pública. E que, mesmo quando o seu conteúdo principal implique a abstenção, têm dimensões obrigatórias relevantes de prestação estadual.

1.2. Por seu lado, os direitos fundamentais sociais, entendidos em sentido estrito, como «direitos económicos, sociais e culturais» – isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em *prestações estaduais* sujeitas a *conformação* politico-legislativa, sem incluir, por exemplo, «os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores», que constituem em grande medida direitos à abstenção, com a função de defesa –, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.

Além de também comportarem – simetricamente comparados com os direitos, liberdades e garantias, que contêm dimensões instrumentais de prestação – dimensões garantísticas negativas e de participação, os direitos sociais fundamentais dispõem, apesar da sua relativa indeterminação, de

um *conteúdo nuclear*, ao qual se há-de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à ideia de dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais.

Acontece mesmo, por vezes, que, em função dos imperativos de actuação estadual que sistematicamente acompanham a sua específica consagração constitucional, vários direitos sociais acabam por apresentar uma determinação intensa de conteúdo (por exemplo, quando a Constituição impõe a gratuidade do ensino básico) – hipóteses em que o seu regime substancial (embora não o regime orgânico) se aproxima inevitavelmente, por força do princípio da constitucionalidade, do regime de aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias.

No início do século XXI, a crise do Estado-providência e o novo entendimento do princípio da igualdade, que justifica as diferenças dentro dos próprios grupos sociais, acentuam a dimensão de fraternidade no sistema – o grande objectivo deixa de ser a universalidade gratuita de prestação de serviços em regime de monopólio público, que acaba por favorecer os mais ágeis e poderosos (com um efeito social regressivo) e passa a ser a garantia do mínimo vital, a protecção dos direitos dos mais fracos e desfavorecidos. Isto é, regressando à origem dos direitos sociais, associada aos direitos dos trabalhadores, a protecção das pessoas que dela carecem, de quem pode ver a sua qualidade humana ameaçada por não dispor de meios suficientes para uma existência condigna.

2. A salvaguarda da liberdade constitutiva do legislador e a auto-contenção judicial na realização dos direitos sociais

Parece haver um consenso no sentido de que, neste campo, o legislador democrático há-de dispor de um poder de conformação para estabelecer a forma, a medida e o grau em que concretiza as imposições constitucionais relativas aos direitos sociais.

Um dado a considerar é a *escassez* dos recursos à disposição do Estado para satisfazer as necessidades de todos os cidadãos: não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material.

Opção que se revela extremamente complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, e a sua afectação está associada a opções de organização da vida comunitária, tornando, por isso, a escolha dependente de uma perspectiva global, isto é, *política*.

Por isso se entende que, numa sociedade livre, que constitua uma democracia pluralista, os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual ou que são direitos «sob reserva do possível».

As escolhas que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder *constituído*. E não certamente a *juizes*, sob a cobertura de uma interpretação, mas a órgãos politicamente responsáveis, isto é, em primeira linha, ao Parlamento e ao Governo.

Daí que o conteúdo dos direitos sociais a prestações deva ser, em primeira linha, determinado pelo legislador. A ele se destinam as

directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.

Tal significa que, em geral, o juiz tem de aceitar o poder de conformação do legislador e que só deve intervir quando possa concluir com segurança pela violação das determinações constitucionais, violação que deverá ser manifesta.

Ora, em face da indeterminação típica das normas relativas aos direitos sociais, a intervenção judicial só é legítima em situações-limite – por exemplo, se houver ofensa do princípio da igualdade enquanto *proibição do arbítrio ou da discriminação injusta*, ou se o legislador violar a *confiança* digna de protecção constitucional ou destruir o *nível mínimo* de realização dos direitos exigido pela dignidade da pessoa humana.

### 3. O caso paradigmático do “direito ao mínimo de existência condigna”

A grande interrogação perante o entendimento tradicional dos direitos sociais surge, de facto, no momento em que está em causa o mínimo do conteúdo dos direitos, na medida em que também estes visam assegurar a dignidade da pessoa humana.

Não deverá defender-se que é constitucionalmente insuportável a situação do cidadão cujas necessidades mínimas em matéria de habitação, de tratamento médico e sanitário, de alimentação e de educação, não são satisfeitas? Não deverá, então, reconhecer-se a todas as pessoas o direito a esse mínimo, independentemente de quaisquer opções legislativas? Não

estará aí em causa directamente o valor da dignidade da pessoa humana? Mas, a ser assim, não implicará isso um *direito à sobrevivência*, ou, melhor, um *direito a um mínimo de existência condigna*, enquanto direito social de personalidade, entendido com um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias e gozando, portanto, do respectivo regime, designadamente da sua imediata aplicabilidade?

Neste contexto, parece-nos que se poderá afirmar, pelo menos, em termos negativos, o direito a não ser privado pelo Estado daquilo que é indispensável a uma existência condigna e, portanto, um *direito à não ablação* (fundamentalmente, um *direito à não execução*, por exemplo, através proibição da penhora para satisfação de créditos privados ou públicos) e *à não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência condigna* – não apenas porque se trata de prestações jurídicas que se traduzem em prestações de facto negativas (ainda que envolvam custos económicos), mas também porque tal representa, logicamente, o mínimo dos mínimos: mesmo que o Estado não seja obrigado a assegurar positivamente o mínimo de existência a cada cidadão, ao menos que não lhe retire, sobretudo para satisfação de necessidades públicas, aquilo que ele adquiriu e é imprescindível à sua sobrevivência com o mínimo de dignidade.

O Tribunal Constitucional português, em particular desde a década de 90 do século anterior, tem reconhecido, numa série de Acórdãos relativos à impenhorabilidade de certos rendimentos, designadamente de prestações sociais, um *direito fundamental ao mínimo de existência condigna*, como limite *negativo* do poder estadual de execução – o direito a não ser privado desse mínimo.

Esse direito foi inicialmente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, condensado no artigo 1º da Constituição [Acórdão 349/91], e, mais tarde, também no artigo 63º, que estabelece o direito à segurança social em todas as situações de falta ou diminuição dos meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

Reconhece-se, pois, um *direito a não ser privado* do mínimo de existência condigna e estabelece-se o salário mínimo nacional como o padrão desse mínimo – embora numa das sentenças se tinha julgado absolutamente impenhorável, exactamente com o mesmo fundamento, a prestação social entretanto legislativamente criada do “Rendimento Mínimo Garantido” (RMG).

Um outro passo, no entanto, muito mais largo, foi dado pelo Acórdão do TC n.º 509/02, que – confrontado com a questão da constitucionalidade de uma lei que vinha substituir o RMG por uma prestação semelhante (o “Rendimento Social de Inserção” - RSI), a qual, no entanto era reservada, salvo em determinados casos, aos maiores de 25 anos –, vem asseverar a existência do direito ao mínimo de existência condigna, mas agora, pela primeira vez, como *direito a prestações positivas* por parte do Estado.

Nesse importante Acórdão, reconhecendo embora que o legislador goza de “*uma larga margem de liberdade conformadora*” na escolha dos instrumentos necessários para a concretização do direito ao mínimo de existência, entendeu que a Constituição exige que esses instrumentos sejam dotados de um “*mínimo de eficácia jurídica*”.

E a maioria dos juizes considerou que, no caso concreto, os instrumentos em vigor, que analisou, “*não conferem qualquer direito em*

*situação de carência nem asseguram aos jovens a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos”.*

Não existindo, em alternativa à nova prestação social (RSI), instrumentos capazes garantir o “*direito a um mínimo de existência condigna*” aos jovens de idade compreendida entre os 18 e os 25 anos *em todos os casos* (só para os que tivessem menores a cargo, grávidas ou casados ou unidos de facto há mais de 1 ano), o Tribunal considerou inconstitucional o novo regime legal.

### **III. A validade e a eficácia dos direitos fundamentais na esfera pública e na esfera privada**

Um dos fenómenos mais significativos da evolução dos direitos fundamentais é o que se pode designar pela “irradiação normativa” dos direitos para além das relações administrativas, no contexto de uma progressiva constitucionalização de toda a ordem jurídica.

A evolução processa-se em dois movimentos concorrentes: em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de aplicar-se em *toda* a ordem jurídica e, portanto, também, por exemplo, nas áreas específicas do direito privado e penal (princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe-se em relevo a necessidade de protecção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto.

Note-se que o que está em causa não é a óbvia afirmação da superioridade do direito constitucional sobre o direito legal, nem sequer a mera influência normativa dos preceitos constitucionais sobre toda a actividade legislativa: trata-se de afirmar que os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais não se referem apenas às relações entre os particulares e as autoridades públicas (políticas e administrativas), mas

também às relações dos particulares entre si, sempre que essas relações sejam juridicamente relevantes.

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais, mormente os que se relativos aos direitos, liberdades e garantias, valem e visam produzir efeitos *directamente* em todas as relações jurídicas, seja no momento em que se elaboram as normas que as regulam – o que é feito, em primeira linha, por órgãos estaduais com legitimidade democrática e competência legislativa –, seja no momento em que se aplicam essas normas nos casos concretos da vida – tarefa que compete, em regra, aos tribunais estaduais.

### 1. Os direitos fundamentais e o direito penal

Na realidade, sendo o direito penal um ordenamento historicamente anterior ao direito constitucional, com uma antiga tradição normativa e um notável desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial, poderia à primeira vista estranhar-se a convocação do direito constitucional para a regulação e a resolução de questões penais.

Por um lado, as determinações criminalizadoras seriam materialmente constitucionais, corporizando os valores éticos básicos da comunidade.

Por outro lado, os princípios gerais de direito criminal e, designadamente, o princípio da legalidade, só por si, implicando a definição estrita do tipo legal do crime, constituiriam, no plano substantivo, fundamento adequado e garantia suficiente para assegurar a justiça penal e a protecção dos direitos das pessoas no contexto de uma actividade processualmente jurisdicionalizada e reservada aos tribunais.

Esse entendimento de auto-suficiência do direito penal não é, porém, hoje, compatível com os princípios da constitucionalidade efectiva e da aplicabilidade directa dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Apesar da anterioridade histórica do direito penal, o direito constitucional, pela sua superioridade e anterioridade normativa, tem de entender-se sempre convocado, pela simples razão de que neste espaço normativo se determina a possibilidade de aplicação de medidas de privação da liberdade das pessoas.

Por isso, o legislador criminal não é livre ao definir os tipos legais de crime, tendo de respeitar os valores constitucionais e, especificamente, segundo se afirma na própria doutrina penalista, as regras e os princípios constitucionais que regem a restrição dos direitos, liberdades e garantias, precisamente porque tal definição justifica a privação da liberdade individual.

Para além dessa ligação básica, que vale para a generalidade das normas incriminadoras, o direito constitucional há-de entender-se especialmente convocado quando estejam directamente envolvidos, como bens jurídicos protegidos ou restringidos, os direitos fundamentais.

De facto, os direitos fundamentais das pessoas, na sua dimensão objectiva, constituem valores comunitários e, nessa medida, bens jurídicos valiosos, cuja protecção pode ou deve ser assegurada pelo Estado através da incriminação da respectiva ofensa, seja por autoridades públicas, seja por outros particulares – por isso, as leis penais prevêm e punem os crimes contra as pessoas: contra a honra, contra a reserva da vida privada, bem como contra outros bens jurídicos pessoais, como a imagem e a palavra. E, em determinadas hipóteses, a lei penal tem mesmo de regular situações nas

quais se verifica, pelo menos na aparência, uma colisão entre direitos fundamentais ou um conflito entre um direito fundamental e um outro valor comunitário, como acontece claramente, em face da liberdade da expressão ou do direito de informação dos jornalistas, na definição do tipo e das condições de punibilidade da difamação e da injúria ou na punição da violação do segredo de justiça.

Ora, aí necessariamente, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais têm de estar implicados a título principal, quando se determina a intensidade normativa da protecção dos bens pessoais e, sobretudo, quando se harmonizam ou se estabelecem preferências entre direitos fundamentais ou entre esses direitos e valores sociais ou estaduais.

E essa *intervenção principal* dos preceitos constitucionais não se dirige então apenas ao legislador, quando este configura o crime, mas sobretudo ao julgador, quando é chamado a aplicar o preceito da lei penal ao caso concreto.

Na realidade, os conflitos entre direitos fundamentais e entre direitos e valores comunitários não podem resolver-se cabalmente em abstracto, através de uma tábua de precedências valorativas ou por intermédio de uma preferência absoluta, e, por isso, só nas circunstâncias do caso concreto é possível efectuar uma autêntica ponderação entre os bens em confronto – é dizer que cabe ao juiz verificar o peso de cada um dos direitos ou valores no caso sob julgamento, preenchendo os conceitos indeterminados que o legislador porventura tenha utilizado para indicar a solução abstracta do conflito.

A lei penal não basta, pois, para a solução das questões: para além de estar sempre sujeita, em si, a uma fiscalização, abstracta ou concreta, da

sua conformidade com a Constituição, não é capaz de, por si só, determinar, em termos estritos, as soluções para as diversas situações da vida, deixando, nessa medida, necessariamente, ao juiz um espaço próprio para a decisão do caso concreto. E o juiz não pode subtrair-se, nessa decisão, à consideração dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, que constituem direito directamente aplicável, tem de aplicar a lei penal à luz do direito fundamental e dos imperativos da Constituição.

Essa conclusão foi formulada, logo nos anos cinquenta, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no famoso *Lüth-Urteil*, que se fundou na ideia de que a limitação constitucional da liberdade de expressão pelas «leis gerais» não implicava que fosse suficiente a compatibilidade abstracta das leis civis e penais com a Constituição: haveria uma aplicação inconstitucional da lei se *na decisão do caso concreto* não se desse o devido relevo à liberdade constitucionalmente garantida.

## 2. Os direitos fundamentais e o direito privado

Objecto de maior atenção tem sido a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A Constituição portuguesa de 1976, ao referir a força jurídica específica dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, afirma, no n.º 1 do artigo 18º, que eles vinculam «*entidades públicas e privadas*».

Coloca-nos assim frontalmente perante a questão nuclear da aplicabilidade (da validade e da eficácia) dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares

2.1. Devemos começar por negar que o preceito referido possa ser considerado suficiente para a resolução do problema. Se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz *em que termos* se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades públicas. Além de que ainda resta averiguar o sentido a dar à palavra «entidades»: se ela se refere a todos e quaisquer indivíduos ou apenas a pessoas colectivas ou individuais «poderosas» .

Também a solução não pode ser deduzida simplesmente do conceito de liberdade definido pela Constituição. A nossa lei fundamental não crisma uma opção liberal-individualista, nem uma opção colectivista-totalitária.

Por um lado, revela um forte pendor socializante e não pode, por isso, abandonar aos jogos de forças e interesses a vida de uma sociedade que já não está separada do Estado. Este deve assegurar a justiça social, tem de intervir e organizar, estabelecer imperativos, disciplinar e proibir. Na nossa lei fundamental, são visíveis, designadamente no que diz respeito às relações de trabalho e de consumo, essa preocupação e essa intenção de conformar as relações sociais.

Mas, por outro lado, recebe, como princípio de valor, a *autonomia privada*, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa económica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família ou o fenómeno sucessório.

Afinal, estamos perante um conflito entre duas dimensões da liberdade, ou da liberdade com a igualdade. A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compressões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.

Portanto, para além dos casos em que a Constituição regula os direitos fundamentais de tal maneira que só podem valer perante o Estado e daqueles outros que são desde logo pensados na sua eficácia perante sujeitos privados, o problema está em aberto e terá, por isso, de ser objecto de discussão doutrinária.

Entre nós, manifestaram-se, como era de esperar, posições diversas: umas, mais perto das teorias da eficácia absoluta e outras das teorias da aplicabilidade mediata.

As primeiras pretendem dar maior protecção aos indivíduos em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo do trabalho, da política, da vida social e até da vida familiar. Fazem apelo para isso ao forte pendor socializante da Constituição e à necessidade de os poderes públicos assegurarem a todos os níveis a igualdade e a justiça social, intervindo e organizando, estabelecendo imperativos, disciplinando e proibindo.

As segundas procuram defender uma margem de liberdade de acção para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo, se afecte o

sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos. Privilegiam, por isso, as normas constitucionais que indiciam a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial.

Porém, todos acabam por concordar em certos pontos essenciais: que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos e que devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou as restrições que atinjam a dignidade das pessoas, por um lado; mas, que não pode destruir-se a autonomia pessoal e que a liberdade negocial e geral não pode ser negada, por outro lado. Daqui resulta a nossa convicção de que, seja qual for a teoria adoptada, os seus quadros são capazes de suportar soluções concretas equilibradas e justas.

No entanto, não pode ignorar-se, pelo menos, que, por detrás da pluralidade de opiniões da doutrina jurídica nesta matéria, estão em jogo questões teóricas estruturais, como são a do *significado* do instituto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais e a do *papel* do legislador e dos tribunais (enquanto órgãos de fiscalização da constitucionalidade) no contexto da divisão constitucional dos poderes.

2.2. O primeiro aspecto em que se analisa a questão é o da possibilidade de os particulares tomarem o lugar tradicional do Estado como *sujeitos passivos* dos direitos, liberdades e garantias. Trata-se aqui de um problema central, em que não estará em causa um «efeito externo», «indirecto» ou «horizontal» dos preceitos relativos aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, mas a investidura dos

particulares, a título principal, como *sujeitos passivos* dos *direitos subjectivos fundamentais* no âmbito das relações privadas.

Quanto a nós, para além dos casos já referenciados em que a Constituição expressamente concebe os direitos perante privados, só deverá aceitar-se esta transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade. O poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe *em relações informais*, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, pelo menos de bens essenciais. Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea, embora esta possa tornar-se relevante por outra via (por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico).

Por vezes, há relações de poder privado, semelhantes às «relações especiais de poder» típicas do direito administrativo, como acontece em determinadas nas empresas. Outras vezes, são os grupos ou organizações que exercem poderes sobre os seus membros. Em certos casos, as entidades privadas dispõem de um poder económico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros, chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos),

tolerados ou institucionalizados, de que são exemplo as federações desportivas.

Porém, as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas. Assim, não pode ser tratada da mesma maneira a relação de poder que existe dentro da família, entre menores e pais (ou tutores), e aquela que liga um empregador a um empregado numa empresa, ou o utente de uma instalação privada e a respectiva administração, ou os consumidores e empresas oligopolistas, tal como merecem tratamento diferenciado as relações entre os grupos e os membros, conforme forem institutos religiosos e igrejas, sindicatos, partidos, ou outros tipos de associações.

Acresce que o problema da sujeição de entidades privadas poderosas aos direitos fundamentais apenas se põe na medida em que isso se justifique pela natureza da pessoa (normalmente) colectiva e pelo tipo de relação estabelecida, só valendo obviamente no âmbito dessa relação específica de poder.

O critério da «desigualdade» ou do «poder social» não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse *em abstracto* determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas.

Os particulares poderão, assim, de acordo com *a natureza específica, a razão de ser e a intensidade* do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.

Em todo o caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos. Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, no caso das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa circunstância, que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma *ponderação* dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade – que, sublinhe-se, já é, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva – de um direito tipicamente «agressivo» ou «intrusivo».

Por isso, alguns Autores, na doutrina estrangeira e entre nós, têm posto reservas à utilização do conceito de poder privado como categoria operativa nesta matéria. Salientando a titularidade de direitos fundamentais por parte das entidades privadas, ainda que sejam poderosas, bem como a nebulosidade da fórmula do «poder privado», contestam a validade desse critério para determinar a vinculação directa de particulares aos direitos subjectivos fundamentais, preferindo afirmar que tal vinculação existe no

que respeita ao *núcleo essencial* dos direitos (a dignidade humana) e vale para *todos* os particulares.

No entanto, entendida, como salientámos, num contexto de intensidade variável, esta solução teria a vantagem de conferir um sentido útil ou, pelo menos, de corresponder mais fielmente à norma do nosso ordenamento constitucional que determina a «vinculação de entidades privadas», a par da vinculação das entidades públicas.

Acresce que não deve temer-se que, por esta via, se instale um «governo dos juízes», por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador (e, em certa medida, aos próprios particulares), com o fundamento (afinal, um pretexto) da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.

Para além da eventualidade de esse resultado, sem dúvida inconveniente, constituir um risco inevitável, visto que inerente em geral aos poderes de fiscalização judicial da constitucionalidade do direito legislado, pensamos que a extensão da vinculação directa dos direitos, liberdades e garantias aos privados poderosos, tal como a entendemos, não o agrava. Na realidade tal vinculação, além de ser limitada às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), há-de ser entendida como uma vinculação *gradativa*, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao *legislador* a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas da colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos.

Afinal, bem vistas as coisas, trata-se apenas de assegurar, quando e na medida em que isso se justifique, uma protecção *mais intensa* aos particulares vulneráveis nas relações com privados poderosos – garantia que corresponde, afinal, às preocupações evidenciadas pelas teorias moderadas do dever de protecção –, sem deixar de ter em conta a circunstância de essas entidades privadas poderosas também serem titulares de direitos fundamentais, embora, na maior parte dos casos, lembre-se uma vez mais, se trate de pessoas colectivas que, afinal, gozam apenas desses direitos parcialmente e por analogia.

2.3. Fora destes casos, isto é, nas relações entre «iguais», parece-nos que os particulares não devem ser considerados *sujeitos passivos* dos direitos fundamentais, enquanto *direitos subjectivos*, com os *deveres típicos* correspondentes. E entendemos que essa não transposição da figura dos direitos subjectivos fundamentais para as relações de «isonomia» privada – isto é, bem vistas as coisas, a reafirmação da concepção original dos direitos fundamentais como direitos característicos das relações entre as indivíduos e os poderes sociais – deve valer para todos os direitos, mesmo para os direitos mais intimamente ligados à dignidade humana.

2.3.1. Isso não significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos a esta matéria não se apliquem nas relações interprivadas ou que os particulares possam impunemente violar os direitos fundamentais dos outros indivíduos.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais incluem, como vimos, faculdades de exigir ao Estado *a protecção* dos bens jurídicos e da liberdade contra a violação por terceiros. Essa protecção jurídica, plasmada

sobretudo na legislação penal e civil, é *devida* pelo Estado, pelo menos, no que toca ao *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, na medida em que exprime o princípio da dignidade da pessoa humana – um valor absoluto, que vincula o próprio titular dos direitos – e, a partir desse dever, que exprime a «eficácia vertical» das normas, vai projectar-se nas relações entre particulares: ficam por essa via proibidos todos os *actos de pura e simples violação do conteúdo essencial* de direitos fundamentais.

Por outro lado, também o entendimento e a solução normativa da *colisão de direitos fundamentais*, dado que passam pela limitação recíproca e proporcionada dos direitos em presença, diminuem o espaço de ofensa possível e implicam uma protecção relativa dos direitos nas relações interindividuais, designadamente no plano da aplicação jurisdicional do direito privado e do direito penal.

De facto, está fora de dúvida que, sendo os direitos fundamentais também *princípios de valor* objectivos, têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico. Assim, os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que os infringam ou contrariem. Além disso, fornecem argumentos que influenciam, por vezes decisivamente, a interpretação e aplicação das normas jurídicas ordinárias que regulam as relações de direito privado.

Esta *eficácia objectiva* não pode ser negada aos preceitos relativos aos direitos fundamentais, pois resulta directamente do princípio da

constitucionalidade e é comum a todas as relações entre normas constitucionais e preceitos legislativos.

Em todos estes casos, porém, não estamos propriamente no cerne do problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas, em rigor, perante efeitos das normas que atingem de modo *indirecto* os sujeitos privados.

Parece-nos que o verdadeiro problema da eficácia dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias começa aí, mas põe-se sobretudo a partir daí.

Aquilo que se deve entender por *mediação* na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a *liberdade* negocial e a *autonomia* privada no direito civil – às quais poderemos juntar a rapidez e segurança do tráfico no direito comercial, a harmonia internacional no direito internacional privado.

Não era, pois, feliz a expressão aplicabilidade mediata, que se confundia com eficácia indirecta, quando o que se queria afirmar era um imperativo de *adaptação* e de *harmonização* dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é também constitucionalmente reconhecida.

2.3.2. Face a tudo isto, julgamos que, afinal, a aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, incluindo entre eles o princípio da igualdade, nas relações entre particulares («iguais») não levanta problemas específicos, observada a referida regra material de *harmonização*, própria das situações de conflito.

a) Assim, no caso de haver uma norma legal que regule positivamente a situação, deve esta ser aplicada, *presumindo-se* que estabelece *um equilíbrio aceitável* entre os valores em jogo.

Essa presunção poderá ser ilidida, mas quem o quiser fazer deve ter o *onus da prova* da inconstitucionalidade da norma, que existirá, por exemplo, se ela atentar frontalmente contra os preceitos relativos aos direitos fundamentais, enquanto princípios objectivos ou normas. Deverá ter-se em conta, porém, a possibilidade de se tratar de uma lei restritiva, a qual, além dos outros requisitos, terá, contudo, para ser válida, de respeitar sempre o «conteúdo essencial» dos direitos. Aqui, os «valores» próprios do direito privado podem funcionar como valores ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição (nos termos do artigo 18.º).

Também, obviamente, as normas legais podem e devem ser interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais, nos termos e com os limites em que é em geral admitida a interpretação em conformidade com a Constituição.

b) No caso de não existir uma norma legal que regule directamente a situação, não fica o juiz desprovido da possibilidade de atender aos preceitos constitucionais para definir a «norma de decisão» do caso. Deve, se for caso disso, recorrer aos conceitos abertos próprios do direito privado e preenchê-los com a ajuda dos valores constitucionais: pense-se, por exemplo, em cláusulas como «contrário à ordem pública» ou «contrário à lei», «ofensivo dos bons costumes», bem como nas cláusulas da «boa fé» e do «abuso de direito». Se tal se revelar insuficiente, deverá o juiz decidir o caso a partir dos princípios gerais, aplicando o princípio da harmonização,

sempre que se possa afirmar que há um valor ou interesse constitucionalmente relevante – será, paradigmaticamente, a autonomia privada – que se contrapõe à eficácia normativa absoluta do preceito constitucional.

2.4. Resta, porém, saber qual o alcance efectivo que deve reconhecer-se ao princípio da liberdade ou da autonomia privada enquanto contrapólo normativo dos valores jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais (incluindo a igualdade de tratamento).

Isso depende, naturalmente, da pré-compreensão do intérprete-aplicador e também das circunstâncias típicas do caso.

Por nossa parte, julgamos que o sistema dos direitos fundamentais da nossa Constituição retira a sua unidade de sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, entendida como dignidade de homens livres.

Os direitos fundamentais, que nasceram e cresceram de uma raiz liberal tiveram de adaptar-se às novas necessidades sociais, às novas formas de defesa da dignidade humana dos indivíduos, mas continuam a ter sentido apenas se não perderem essa matriz *libertadora* que constitui o momento da tradição que permanece na sua história, que se vai fazendo — a liberdade não foi ultrapassada pela socialidade, o liberalismo é que foi posto em causa pela socialização.

Ora, se isto é válido em geral, é por maioria de razão válido para os direitos, liberdades e garantias, de cuja eficácia se trata aqui. Esta é a parcela dos direitos fundamentais que constitui o núcleo inicial e aquela que mais intimamente se liga à ideia de liberdade.

Por isso, propomos que a Constituição seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da *liberdade* como *regra* das relações entre

indivíduos *iguais*. Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade devem poder auto-determinar os seus comportamentos e conduzir o seu projecto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses.

Esta regra tem, contudo, os seus limites. Não pode admitir-se que na vida social privada as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Tal seria a negação do axioma antropológico que dá fundamento à própria ideia de direitos fundamentais. Por isso, a dignidade humana, enquanto *conteúdo essencial absoluto* do direito, nunca pode ser afectada — esta é a *garantia mínima* que se pode retirar da Constituição.

Assim, por exemplo, nos casos de *renúncia* e, em geral, de *auto-restricção* do titular do direito fundamental, que são aqueles em que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceitamos (pressuposta sempre a igualdade dos sujeitos e a existência de uma vontade livre e esclarecida) que ela exclua a aplicação do preceito constitucional, mas, ainda aí, só se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objecto ou de não-pessoa — nestes casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível.

Esta é uma das soluções possíveis: aceitar a *liberdade* de actuação individual, mas só desde que não se prejudique intoleravelmente a ideia da *dignidade* da pessoa humana. Outra seria a inversa: subordinar constitucionalmente os indivíduos aos princípios da igualdade e da sujeição aos direitos fundamentais como imperativos, que só deveriam ser afastados no caso de a imposição prejudicar intoleravelmente a liberdade do agente.

Optamos pela primeira, até porque não se trata da afirmação de um princípio absoluto. Estas considerações só valem quando não exista preceito legal expresso que regule o caso, impondo certas obrigações e deveres ou proibindo especificamente a discriminação a ou contra certas categorias de pessoas. Ao legislador ordinário fica assim atribuída uma margem de actuação que lhe permite fazer variar, conforme as necessidades públicas e a opinião geral, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações de direito privado — desde que, é evidente, não atinja o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias, nem destrua a autonomia individual. Pode o legislador, por exemplo, proibir a existência de clubes privados que excluam pessoas de um dos sexos ou reservados a pessoas de certa raça, em função de deveres especiais de protecção. Tal como pode obrigar qualquer particular a auxiliar outro em situação real de necessidade, em face da importância do bem protegido, obrigação que pode passar pela criminalização da omissão de auxílio.

Além disso, lembrar-se-á que as normas de direito privado contêm *cláusulas gerais* que também permitem à jurisprudência graduar, dentro de certos limites, a influência dos princípios constitucionais, ponderando, consoante as circunstâncias concretas dos casos, numa perspectiva de adequação social, a medida em que o sentimento jurídico comunitário exige a restrição da liberdade de cada indivíduo para a defesa da liberdade e da dignidade dos outros homens.

Fica, pois, aberta a possibilidade de o legislador ou o juiz comprimirem a liberdade individual para a prevenção ou repressão de situações de injustiça a que o abuso da liberdade por vezes conduz, quando sejam intoleráveis para o sentimento jurídico geral.

## CONCLUSÃO

Em jeito de conclusão, poderá afirmar-se que a tradição liberal ocidental dos direitos fundamentais não foi dissolvida.

Ela «passa de uma maneira natural e perfeitamente coerente dos direitos de liberdade aos direitos políticos e depois aos direitos económicos e sociais». O liberalismo, ao absolutizar a liberdade económica, relegara para o esquecimento ou reprimira os outros componentes da trilogia revolucionária. Mas, as ideias de igualdade e de fraternidade, em parte significativa introduzidas na luta histórica pelo pensamento social cristão e pela crítica marxista e socialista do regime económico e social do capitalismo, desenvolveram-se, impuseram-se e, harmonizadas com a liberdade fundamental, deram origem a uma «concepção liberal moderna» dos direitos fundamentais, que corresponde à realidade hoje vigente nas democracias pluralistas europeias.

É de realçar que, em todo o processo de desenvolvimento desta ideia, se mantém um padrão constante, apesar das acentuadas variações epocais.

Por um lado, os direitos fundamentais são obra da civilização jurídica e *pressupõem* a existência de uma forma política – o Estado, por enquanto o Estado nacional – que ordene a sociedade e assegure as suas condições de validade e de exercício, consoante as exigências dos tempos.

Por outro lado, mantém-se a ideia medular de afirmação dos *direitos individuais* numa sociedade livre, optando por um «modelo de interesses» e resistindo às tentações totalitárias de um «modelo de virtudes». A *expectativa* fundamental continua a ser a da construção da

felicidade das pessoas a partir da *liberdade* individual, axioma de confiança que, ao contrário do que alguns pretendem fazer crer, não é de modo nenhum incompatível com a *solidariedade cívica* e com uma *ética de responsabilidade comunitária*, que o Estado de algum modo, ainda que não em exclusividade, naturalmente organiza.

Num momento em que todas as construções iluministas ameaçam desmoronamento, a ideia dos «direitos fundamentais» será porventura, como alguém já disse, a última «grande narrativa» da modernidade, o cerne do projecto kantiano para uma «paz perpétua».

Um projecto que, apesar da afirmação da trilogia simbólica, começou por visar sobretudo a realização da *liberdade*, que no século XX quase se deslumbrou com a *igualdade* e que há-de agora naturalmente cumprir o desígnio da *fraternidade*.