

Da Tutela dos Direitos Fundamentais

Em Portugal, hoje

*Paulo Ferreira da Cunha*¹

*Ana Sofia Carvalho*²

Sumário: 1. Introdução 2. Fisiologia (a que alguns chamariam dimensão *graciosa*) 2.1. Em particular, o direito de resistência 3. Patologia (dimensão contenciosa) 3.1. A intimação para a proteção dos direitos, liberdades e garantias 3.2. A tutela dos direitos económicos, sociais e culturais 4. A dimensão internacional e europeia 5. Breves conclusões.

1. Introdução

Na Constituição da República Portuguesa (CRP), na Parte I, concernente aos “Direitos e deveres fundamentais”³, encontramos uma divisão sistemática entre direitos, liberdades e garantias (título II) e direitos económicos, sociais e culturais (título III). Nas palavras de Jorge Miranda, num texto particularmente profundo e certo, “Os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à protecção do poder contra outros poderes (...). Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. O conteúdo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade. (...) Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do

¹ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, com funções suspensas para o exercício da magistratura judicial).

² Juíza de Direito no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto.

³ Em geral, FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Teoria da Constituição*, vol. II. *Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, Lisboa / São Paulo, Verbo, 2000; Idem, *Direitos Fundamentais e Crise Europeia. Do Direito à Felicidade à Democracia Crepuscular*, São Paulo, 2013 (no prelo nova ed.).

sistema jurídico impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.”⁴

No plano da tutela, garantia ou ação nos direitos fundamentais (que, para efeitos práticos, tomaremos como sinónimas da forma prática protetiva e procedimental/processual) imediatamente se colocam problemas teóricos e terminológicos. Não é, desde logo, indiferente, considerar que exista uma *autotutela* dos direitos fundamentais, ou que as situações que nesta se compreendem sejam apenas consideradas como meios extrajudiciais de proteção.

Falar em *autotutela* remete-nos, pelo menos, para a sugestão de um direito próprio do cidadão (de cada um), que o exerce em certas circunstâncias e sob certas formas não incompatíveis com a “delegação de poderes” que, com ou sem explícito contrato social, transferiu para a comunidade política, neste caso o Estado – através da representação política, que, aliás, tem em São Paulo um grande autor, José Pedro Galvão de Sousa, que foi professor da PUC⁵. Falar em meios não jurisdicionais dilui esta questão num problema organizatório/procedimental, apartando o que é contencioso do que o não é.

Meios como o direito de resistência (artigo 21 da CRP) e de petição (artigo 52 da CRP e Lei n.º 43/90, de 10 de agosto, que regula o exercício do direito de petição) afiguram-se-nos cabalmente dentro do âmbito da autotutela, existindo mesmo que a Constituição os ignorasse e até se a lei os proibisse... Infelizmente, nos tempos que correm (especialmente com a pressão pandémica) há muita gente a invocar o direito de resistência como uma espécie de direito à desobediência⁶, outros quiçá mesmo como direito à insurreição. Contudo, até por

⁴ MIRANDA, Jorge, *Os Novos Paradigmas do Estado Social*, “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Ano IX - 2012, 2013, p. 184.

⁵ SOUSA, José Pedro Galvão de, *Da Representação Política*, São Paulo, Saraiva, 1971.

⁶ Será necessário vir a ponderar algumas tensões, que a pandemia e as restrições a que legitimamente obrigou, vieram a colocar na ordem do dia. Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *(Des)Obediência & Pandemia*, “Revista Internacional d’Humanitats”, 50 set-dez 2020 CEMOrOc-Feusp / Univ. Autònoma de Barcelona, p. 127 ss. ou Idem, *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 885 ss.. O crime de desobediência, “crime transversal a toda a ordem jurídica”, como diz Francisco Borges, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 15, é complexo (*de iure constituto e de iure constituendo*), sendo de referir mesmo a originalidade da ordem jurídica portuguesa neste

Da Tutela dos Direitos Fundamentais em Portugal, Hoje

Paulo Ferreira da Cunha / Ana Sofia Carvalho

esse facto, é importante saber bem até onde vão estes direitos de autotutela.

Já, porém, as garantias procedimentais e face à Administração Pública são meios não jurisdicionais, mas que fundam a sua etiologia no direito positivo, na sua inventiva e condicionalidade próprias, e numa como que *colaboração* entre o particular e o Estado.

A par das vias de autotutela e não jurisdicionais, há a dimensão protetiva contenciosa. Não existindo em Portugal recurso direto dos particulares para o Tribunal Constitucional (do género do recurso de amparo, a panóplia de remédios constitucionais que existem no Brasil – já nem falamos no *Habeas Pinho*⁷), há, porém, outras formas de proteção (além, evidentemente, de se poder suscitar em qualquer processo de qualquer tribunal competente a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade – cf. artigo 28o da CRP).

A tutela judicial administrativa contra lesões aos direitos ou interesses legalmente protegidos está garantida pelo art.º 268, n.º 4 da CRP, incluindo, além de outros (porque a enumeração é expressamente exemplificativa), a ação declarativa sobre tais direitos e interesses, a impugnação de atos lesivos, a

domínio – *Ibidem*, p. 76; Lopes da Mota, *Crimes contra a Autoridade Pública*, in “Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial”, vol. III, Lisboa, CEJ, 1998, p. 409 ss., máx. p. 426-428. Mas não é esta sede para o discutir. Há correntes mais ordeiras e correntes mais libertárias (sempre *hoc sensu*). Mas o Direito a elas não pode vergar como o junco ao vento da opinião ou da força. A autoridade que é essencialmente poder (com normal legitimidade de título) precisa da legitimação da *auctoritas* que é legitimidade de exercício, numa democracia fundada na teleologia demofílica, a qual tem o seu espelho e aferidor jurídico no respeito pela legalidade democrática, não meramente formal e superficial, mas em toda a sua profundidade e dimensão. Recorda-nos Cícero e os seus critérios um dos nossos mais recentes estudiosos do problema: “(...) um espírito bem instruído pela ‘luz da natureza’ obedece apenas a quem manda, dirige ou governa para o seu bem ou benefício.” (Miguel Morgado, *Autoridade*, Lisboa, FFMS, p. 126). Sempre *salus populi suprema lex esto*. Nesse sentido, não é a pura desconformidade com a ordem, a “pura desobediência”, que deve punir-se, como manifestação do reforço da *voluntas* do Estado. Se assim fosse, “alargar-se-iam intoleravelmente as fronteiras do *jus puniendi* do Estado, protegendo-se o bem jurídico ‘autonomia intencional do Estado’, de uma forma demasiado abrangente” (cf. a tese de Mestrado de Francisco Borges, *O Crime de Desobediência à Luz da Constituição*, Prefácio de Teresa Pizarro Beleza, Coimbra, Almedina, 2001, p. 74: “nem toda a conduta desobediente tem dignidade penal” (*ibidem*, p. 74). Cf. ainda, recentemente, LEITE, André Lamas, “Desobediência em tempos de cólera”: a configuração deste crime em estado de emergência e em situação de calamidade, in “Revista do Ministério Público”, Número Especial COVID-19: 2020, p. 15 ss..

⁷ Links: <https://www.youtube.com/watch?v=WfyFrA5fL4Q> ; <https://aba.jusbrasil.com.br/noticias/235573898/habeas-pinho> (mais recente consulta em 3 de abril de 2021).

injunção para a prática de atos administrativos legalmente devidos, e a adoção de providências cautelares.

A Justiça Administrativa coopera assim, naturalmente, na tutela constitucional, podendo falar-se de um princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa, pelo qual nenhuma ofensa aos direitos ou interesses legalmente protegidos lhe pode ser alheia. Mesmo que ela decorra, por exemplo, de uma norma administrativa com eficácia externa (art.º 268, n.º 5 da CRP). Cremos que esta fórmula foi cunhada por causa da velha polémica doutrinal portuguesa sobre o que viesse a ser um *ato administrativo*⁸.

À disposição dos particulares estão ainda dois tipos de ação: a de responsabilidade do Estado, para reparação de danos emergentes de ações ou omissões (lícitas ou ilícitas, atos jurídicos ou ações materiais) de entidades públicas no exercício das suas funções e por causa desse exercício (art.ºs 22 e 27, n.º 5 da CRP e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, art.º 4.º, n.º 1 f); e a ação popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que regula o direito de participação procedimental e de ação popular).

Esta última compõe-se, em boa verdade, de uma dimensão meramente procedimental (direito procedimental de participação popular), garantindo audição de cidadãos e grupos em matérias da terceira geração (ou dimensão) de direitos (ambiente, urbanismo, consumo, etc.), assim tutelando interesses difusos, e de uma dimensão propriamente contenciosa ou jurisdicional. Revestindo formas diversas (administrativa ou civil, procedimental ou processual propriamente dita), a ação popular *lato sensu* visa, sobretudo, a tutela desses bens e interesses cuja *difusibilidade* de assunção pessoal justifica um procedimento mais atento ao fenómeno de massas.

Analisemos, de forma mais pormenorizada, alguns desses meios de modo a concretizarmos as distinções avançadas.

⁸ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *O Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 206 e respetiva nota 12.

2. Fisiologia (a que alguns chamariam dimensão *graciosa*)

A nível da dimensão *graciosa*, ou como mecanismos de defesa dos direitos fundamentais não jurisdicionais, podemos encontrar o direito de petição, o direito de queixa ao provedor de justiça, a atuação de certas autoridades administrativas independentes e, em geral, o exercício de múltiplos outros direitos, como o exercício de direitos fundamentais de projeção política ou de relevo procedimental ou participativo⁹.

Consagrado na CRP como direito, liberdade e garantia de participação política, o direito de petição, previsto no artigo 52, n.º 1 do diploma constitucional, prevê que “[t]odos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades *petições, representações, reclamações ou queixas*¹⁰ para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.” (grifado e nota de rodapé nossa).

Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, “a lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária”. Tal lei é a Lei n.º 43/90, de 10 de agosto, recentemente alterada pela Lei n.º 63/2020, de 29/10, e que prevê, no seu artigo 24.º, n.º 1, que “[a]s petições são apreciadas em Plenário sempre que se verifique uma das condições seguintes:

a) Sejam subscritas por mais de 7500 cidadãos;

b) Seja elaborado relatório e parecer favorável à sua apreciação em Plenário, devidamente fundamentado, tendo em conta, em especial, o âmbito dos interesses em causa, a sua importância social, económica ou cultural e a

⁹ ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2.ª edição revista e atualizada, Cascais, Príncipia, 2011, p. 89.

¹⁰ As definições legais destes conceitos podem ser encontradas no artigo 2.º da Lei n.º 43/90, de 10 de agosto.

gravidade da situação objecto da petição.”.

O direito de petição não se confunde com o direito de queixa ao Provedor de Justiça e/ou a outras entidades, nem com a impugnação de atos administrativos, através de reclamação, ou de recursos hierárquicos (garantias procedimentais face à Administração Pública).

O direito de queixa ao provedor de Justiça encontra-se previsto no artigo 23 da CRP, sendo que nos termos do n.º 1 de tal preceito “os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças”.

O Provedor de Justiça é um órgão do Estado, independente e designado pela Assembleia da República nos termos legais (cf. n.º 2 do artigo 23 da CRP), que se constitui como um órgão de garantia dos direitos fundamentais perante os poderes públicos. Atente-se numa síntese da sua atividade: “A actuação do Provedor de Justiça não se rege por formas rígidas, não interferindo nem prejudicando os meios jurisdicionais que estejam à disposição dos cidadãos. Os seus instrumentos de acção são, em geral, os seguintes: a *emissão de recomendações* (e não de ordens) aos órgãos responsáveis, para que estes corrijam as suas actuações inconstitucionais, ilegais ou injustas; a *emissão de recomendações* no sentido de serem promovidas *alterações legislativas*; a *apresentação de relatórios* (e de «livros brancos», como os produzidos sobre a situação nas prisões); o desencadeamento junto do Tribunal Constitucional da *fiscalização abstracta da constitucionalidade* das normas jurídicas (artigo 281.º, n.º 1, da CRP) e da verificação da *inconstitucionalidade por omissão* (artigo 283.º da CRP).”¹¹.

Deve ainda considerar-se que outras entidades (autoridades independentes e certos organismos do Estado), como a Comissão de Protecção de Dados, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Alta Autoridade para a Comunicação Social também se podem apresentar como

¹¹ ALEXANDRINO, *Op. Cit.*, pp. 90 e 91.

entidades de proteção de direitos.

Quiçá mais quotidianas e importantes para o cidadão são as garantias procedimentais face à Administração Pública: a impugnação graciosa de atos administrativos, através de reclamação, ou de recursos hierárquicos e recursos administrativos especiais, que se encontram previstas, na sua regulamentação geral, nos artigos 184 a 199 do Código de Procedimento Administrativo.

Pela importância e dúvidas que suscita, decidimos consagrar uma subsecção específica ao direito de resistência.

2.1. Em particular, o direito de resistência

Recordemos, em tela de fundo, por exemplo, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776: “III That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; of all the various modes and forms of government that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.”

Como se sabe, a ideia de resistência frente ao poder político tem uma longa história na cultura do Ocidente, sendo clássico o mito de Antígona, tendo sido reiterada na Idade Média na perspetiva cristã da reação contra a lei injusta e ressurgido nas crises de legitimidade que acompanharam a formação do Estado moderno e as convulsões político-religiosas dos séculos XVI e XVII¹². À medida da progressão do Estado de Direito Democrático, o direito de resistência vai-se tornando cada vez mais residual, no entanto sem desaparecer, porquanto é uma

¹²Cf. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 449.

salvaguarda contra o abuso e o arbítrio¹³.

O direito de resistência encontra-se previsto no artigo 21 da CRP, na seguinte formulação: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”.

Tal direito tanto pode ser exercido de forma ativa, como passiva¹⁴, por uma pessoa singular, como por uma pessoa coletiva¹⁵, sendo que o seu exercício em concreto pressupõe o exercício do direito, liberdade e garantia ofendido por ato do poder¹⁶, por isso se dizendo que é consequência da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias¹⁷.

Como a CRP acentua que a resistência ocorre em relação a ordens¹⁸ que ofendam os direitos daquele que resiste, deve entender-se adicionalmente que o exercício do direito de resistência pressupõe a titularidade do direito defendido, pelo que não está constitucionalmente garantido o direito de resistência para defesa de direitos alheios, o que não impede outras formas de intervenção nesse

¹³ *Ibidem*, p. 450.

¹⁴ “A resistência a uma ordem tanto pode ser passiva ou negativa (consistindo em não fazer o determinado pelo mandante da ordem), como activa ou positiva (consistindo em fazer o interdito por quem dá a ordem). De igual modo, a resistência a uma agressão tanto pode consistir em impedir uma directa ofensa à integridade física, como em opor-se a uma lesão de outro bem constitucionalmente protegido como direito fundamental (v. g. domicílio).”, dizem CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 421.

¹⁵ Exemplificativamente, a resistência de uma associação à sua suspensão ou dissolução ilegal.

¹⁶ Por força, nomeadamente, do artigo 18.º, n.º 1 da CRP, o direito de resistência pode ser exercido contra atos de outros poderes que não os poderes públicos; e impõe-se analogamente nas relações entre particulares (exemplificativamente, pode-se resistir à ordem de uma entidade patronal que ilegitimamente ordena a expulsão de um trabalhador do seu posto de trabalho) – cf. MIRANDA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 455.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Segundo Jorge Miranda (*Ibidem*, p. 454) “[e]m rigor trata-se de quaisquer atos do poder, sejam leis (auto-exequíveis), atos administrativos ou atos de outras categorias – porque atos de qualquer função do Estado podem infringir direitos, liberdades e garantias.

E pode resistir-se, inclusive, a normas sobre as quais tenham sido proferidas decisões negativas de inconstitucionalidade, porque as decisões de não inconstitucionalidade não têm, em princípio, qualquer eficácia.

Nem se trata apenas de atos declarativos ou exequendos. Trata-se também, até por maioria de razão, de ato de execução, inclusive da execução de ordens por funcionários subalternos (...).”

sentido, como é o caso da queixa ao Provedor de Justiça, *habeas corpus*¹⁹ e direito de petição²⁰. O que ficou dito não exclui o exercício coletivo de resistência quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias de uma categoria de pessoas²¹.

“A defesa contra a agressão implica a prática dos atos necessários – atos que seriam ilícitos, se não fora o art. 21.º da Constituição – para impedir a violação (ou a consumação da violação) do direito, liberdade e garantia em causa, de acordo com critérios de racionalidade ou de proporcionalidade.”²². “Efeitos do direito de resistência são, basicamente, dois:

- a) A justificação jurídico-criminal do facto [art. 31.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal], não se verificando crime de desobediência (art. 348.º do mesmo Código);
- b) A desnecessidade de prévia decisão judicial – embora só um tribunal possa declarar justificado o facto e, por isso, só *a posteriori* o cidadão venha a ter a certeza sobre se terá ou não agido bem.”²³

Há que realçar que o direito de resistência não se reporta apenas a momentos de normalidade constitucional, podendo ser invocado em momentos de necessidade ou exceção, como o estado de sítio ou o estado de emergência, “visto que a suspensão de direitos nunca pode atingir as formas de contenção da suspensão nos seus precisos limites; e, nessa altura, o direito de resistência serve como garantia quer dos direitos que não estejam (ou não possam estar) suspensos quer das normas constitucionais e legais reguladoras do estado de sítio e do estado de emergência”²⁴.

“Consagradas estão também no texto constitucional vigente três outras modalidades ou especificações do direito de resistência: o direito dos povos à

¹⁹ Sobre esta providência, cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Do habeas corpus. Breves notas, sobretudo jurisprudenciais*, “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, ano 30, 2020, p. 557 ss..

²⁰ MIRANDA, Jorge, *Op. cit.*, p. 453.

²¹ *Ibidem*, p. 454.

²² *Ibidem*, p. 455.

²³ *Ibidem*, p. 456.

²⁴ *Ibidem*, p. 454.

insurreição contra todas as formas de opressão, (artigo 7.º, n.º 3, 2.ª parte) – resistência coletiva agressiva; o direito dos cidadãos de não pagarem impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança se não façam nas formas prescritas na lei (art. 103.º, n.º 3) – resistência passiva; e a cessação do dever de obediência dos funcionários e agentes das entidades públicas sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime (art. 271.º, n.º 3) – ainda resistência passiva”²⁵.

O direito de resistência não se confunde com o direito à desobediência civil que podemos definir como “o acto público, não violento, consciente e político, contrário à lei, praticado com o propósito de provocar uma alteração político-legislativa ou reagir contra uma grave injustiça. Não é líquido, porém, se se trata de um verdadeiro direito ou de um direito autónomo ou se ele deve inserir-se no âmbito normativo de certos direitos fundamentais (ex.: liberdade de expressão, direito de manifestação, direito à greve, objecção de consciência, além do direito de resistência), à sombra dos quais pode colher protecção constitucional.”²⁶.

3. Patologia (dimensão contenciosa)

A nível da dimensão contenciosa, ou como mecanismos de defesa dos direitos fundamentais jurisdicionais, encontramos os meios que implicam o recurso aos tribunais, sendo o meio processual fundamental de que os cidadãos dispõem para reagir contra violações dos direitos fundamentais cometidos por autoridades públicas a ação administrativa (que pode ser destinada, nomeadamente, a impugnar atos administrativos ou reclamar a prática de atos administrativos devidos, a exigir a responsabilidade do Estado e outras entidades públicas na reparação de danos decorrentes de ações ou omissões pelas mesmas praticadas, nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro).

²⁵ *Ibidem*, pp. 451 e 452.

²⁶ CANOTILHO / MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 422.

Outro meio processual relevante é a ação popular²⁷, cujo direito está constitucionalmente garantido no artigo 52, n.º 3 da CRP, dispondo o mesmo que: “[é] conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”.

A lei que regula a ação popular é a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, podendo, nos termos do artigo 12.º de tal diploma, a ação popular revestir qualquer das formas de processo previstas no Código de Processo Civil (ação popular civil) e no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (ação popular administrativa).

Outro meio de tutela dos direitos fundamentais é o direito de invocar, em qualquer processo pendente perante qualquer tribunal, a inconstitucionalidade de uma norma ou normas jurídicas relevantes para a decisão do litígio, não podendo os tribunais, nos termos do artigo 204 da CRP, aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, tendo o Tribunal Constitucional o papel cimeiro no âmbito do nosso sistema de controlo da constitucionalidade.

Analisando o ordenamento jurídico-processual português, verifica-se que

²⁷ A ação popular tem os seus antecedentes no direito romano na *actio popularis* ou ação *pro populo*. “Segundo a definição fornecida por Paulus, D. 47.23.1, *eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*: as acções populares são aquelas que, apesar de se destinarem a proteger um interesse da colectividade, podem ser propostas por qualquer cidadão. Como exemplo de *actio popularis* pode ser referida a *actio de sepulchro violato* (D. 47.12.3), que é a ação que pode ser instaurada por qualquer pessoa contra aquele que violou um sepulcro, bem como a *actio de effusis et deiectis* (D.9.3.1), que é a acção que pode ser proposta por qualquer pessoa contra o proprietário ou o habitante de uma casa que lançou para um lugar público líquidos ou sólidos que causaram dano a outrem.” – cf. SOUSA, Miguel Teixeira de, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, Lex, 2003, p. 107.

com exceção da providência do *habeas corpus*²⁸, do processo especial de tutela da personalidade²⁹ e da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias³⁰, o nosso ordenamento não conhece meios processuais próprios destinados especificamente a obter a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Atendendo à especificidade da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, dedicamos-lhe uma subsecção própria.

3.1. A intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias

Com base nos artigos 20, n.º 5 e 268, n.º 4 da CRP, e com particular interesse, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante CPTA, configurou a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias. A intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias encontra-se prevista no artigo 109³¹ do CPTA, e é uma “forma especial de processo urgente que serve para obter, dentro de um prazo que, em situações de especial urgência, pode ser muito curto, uma intimação que tanto pode ser dirigida contra uma entidade pública, como contra um particular, e se destina a assegurar o exercício em tempo útil de direitos, liberdades e garantias.

Trata-se de um *processo declarativo*, que (...) se destina a apreciar e decidir o mérito dos litígios que se suscitem no domínio material a que se refere (...)

²⁸ Cf. artigos 31.º da CRP e artigos 220.º a 224.º do Código de Processo Penal.

²⁹ Cf. artigos 878.º a 880.º do Código de Processo Civil.

³⁰ Cf. artigos 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

³¹ A mesma pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar (n.º 1 do artigo 109 do CPTA). Quando, nestes casos, o interessado pretenda a emissão de um ato administrativo estritamente vinculado, designadamente de execução de um ato administrativo já praticado, o tribunal emite sentença que produza os efeitos do ato devido (n.º 3 do mesmo artigo). Pode ainda a intimação ser dirigida contra particulares, designadamente concessionários, nomeadamente para suprir a omissão, por parte da Administração, das providências adequadas a prevenir ou reprimir condutas lesivas dos direitos, liberdades e garantias do interessado (n.º 2 do mesmo artigo).

Relativamente a tal intimação, a mesma está isenta de custas, nos termos do artigo 4.º, n.º 2 al. b) do Regulamento das Custas Processuais, sendo sempre admissíveis recursos das decisões de improcedência, independentemente do valor da causa e da sucumbência [artigo 142, n.º 3 al. a) do CPTA], embora com efeito meramente devolutivo (artigo 143, n.º 2 do CPTA).

dirige-se à emissão de uma sentença de condenação, mediante a qual o tribunal impõe a adopção de uma conduta, que tanto pode consistir num *facere*, como num *non facere*. Note-se, porém, que o n.º 3 [do artigo 109.º do CPTA] prevê um caso em que a sentença é constitutiva, e não de condenação, pelo que não há lugar à emissão de uma intimação (...).

Trata-se, por outro lado, de um processo dirigido a proteger direitos, liberdades e garantias. O n.º 1 faz depender a concessão da intimação do preenchimento de requisitos formulados em termos intencionalmente restritivos e o primeiro deles diz respeito à qualificação das situações jurídicas que são passíveis de ser tuteladas através da intimação: de acordo com o sentido literal do preceito, para que a intimação possa ser utilizada, é necessário que esteja em causa o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia e que a adopção da conduta pretendida seja apta a assegurar esse exercício.

À partida, o preenchimento deste requisito pressupõe que o requerente concretize na petição os seguintes aspetos: a existência de uma situação jurídica individualizada que caracterize um direito, liberdade e garantia, cujo conteúdo normativo se encontre suficientemente concretizado na CRP ou na lei para ser jurisdicionalmente exigível por esta via processual; e a ocorrência de uma situação, no caso concreto, de ameaça do direito, liberdade e garantia em causa, que só possa ser evitada através do processo urgente de intimação. (...)

Estão abrangidos todo e qualquer tipo de direitos, liberdades e garantias, sem que haja que distinguir entre direitos, liberdades e garantias pessoais e direitos, liberdades e garantias de conteúdo patrimonial. (...) Por outro lado, como o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica a direitos fundamentais de natureza análoga (cfr. artigo 17.º da CRP), também os direitos de natureza análoga estão, por definição, incluídos no âmbito das situações jurídicas que podem ser objeto de tutela através da utilização desta forma de processo.”³². Impunha-se, pela qualidade da panorâmica, uma tão longa citação, com a devida

³² ALMEIDA, Mário Aroso / CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 882 a 884.

vénia, o que aliás fazemos neste artigo sempre que se justifique...

Há que ter em conta, no entanto, que o n.º 1 do artigo 109.º do CPTA implica que este meio processual só possa ser utilizado quando não seja possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar.

“A imposição deste requisito é da maior importância, pois, através dela, o Código assume que, ao contrário do que se poderia pensar, o processo de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias não é a via normal de reação a utilizar em situações de lesão ou ameaça de lesão de direitos, liberdades e garantias. A via normal de reação é a da propositura de uma ação não urgente, associada à dedução do pedido de decretamento de uma providência cautelar, destinada a assegurar a utilidade da sentença que, a seu tempo, vier a ser proferida no âmbito dessa ação. Só quando, no caso concreto, se verifique que a utilização das vias não urgentes de tutela não é possível ou suficiente para assegurar o exercício, em tempo útil, do direito, liberdade ou garantia é que deve entrar em cena o processo de intimação.”³³.

Deste modo, conclui-se que o processo de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias é “um *meio subsidiário de tutela*, vocacionado para intervir como uma *válvula de segurança do sistema de garantias contenciosas*, nas situações – e apenas nessas – em que as outras formas de processo contencioso administrativo não se revelem aptas a assegurar a proteção efetiva de direitos, liberdades e garantias”³⁴, de que são exemplos os casos paradigmáticos em que está em causa a obtenção de uma autorização para a realização de uma manifestação, por ocasião da deslocação a Portugal, em data próxima, de uma personalidade estrangeira, ou a concessão de tempos de antena numa campanha eleitoral que está em curso, ou que vai começar em breve ³⁵.

Recentemente, junto do Supremo Tribunal Administrativo, foram intentadas várias intimações para proteção de direitos, liberdades e garantias contra medidas restritivas advenientes da pandemia de Covid-19, de que são

³³ ALMEIDA / CADILHA, *Op. Cit.*, pp. 886 e 887.

³⁴ *Ibidem*, p. 888.

³⁵ *Ibidem*, pp. 890 e 891.

exemplos os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 10/09/2020 (proferido no Processo n.º 088/20.8BALS) e de 31/10/2020 (proferido no Processo n.º 0122/20.1BALS), disponíveis em www.dgsi.pt.

Diferentes dos direitos, liberdades e garantias, também na perspetiva da tutela, estão os direitos sociais, que passaremos a analisar.

3. 2. A tutela dos direitos económicos, sociais e culturais

Os direitos económicos, sociais e culturais, tendo especificidades, não podem, em rigor e na essência das coisas, ser considerados adventícios ou parentes pobres dos demais direitos. Tendo em conta a jurisprudência do Tribunal Constitucional³⁶, é possível explanar as seguintes características dos mesmos: a necessidade da sua concretização (para acesso à sua justiciabilidade); a graduabilidade da sua realização e a não reversibilidade social.

Com efeito, estes direitos, que abreviadamente são designados por direitos sociais, necessitam de intermediação prévia do legislador para poderem conceder direitos imediatos a prestações efetivas e, quando não exista tal intermediação para concretização do direito, o mesmo constituirá apenas “um direito a uma prestação não vinculada”, reconduzível a uma “pretensão jurídica”³⁷ e como tal não podendo ser aplicado diretamente (ao contrário dos direitos, liberdades e garantias). Contudo, esse facto (assim como as suas demais características específicas) não significa que sejam meros “aleluias” jurídicos ou não devam ser tomados a sério³⁸.

No que toca à graduabilidade da realização dos direitos fundamentais

³⁶ Seguimos aqui a terminologia e definições de QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 87 a 122.

³⁷ Vide a propósito Acórdão n.º 151/92 do Tribunal Constitucional, referente ao direito à habitação e QUEIROZ, Cristina, *Op. Cit.*, p. 89.

³⁸ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights seriously*, London, Duckworth, 1977; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, separata de *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia, 1984”, Coimbra, 1988, hoje in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. E FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

sociais, há que ter em conta que os direitos fundamentais sociais “têm os seus custos, só podendo ser garantidos na «medida do possível», isto é, de modo proporcional ao desenvolvimento e ao progresso económico e social. É essa dependência da conjuntura que determina os limites e a extensão dos «pressupostos de facto» da realização dos direitos fundamentais sociais. (...) A literatura refere, a este propósito, que o direito se encontra sujeito a um princípio da «reserva do possível» (...) Na expressão do Tribunal Constitucional Federal alemão, a «reserva do possível» corresponde aquilo que «o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade». A escassez de meios quanto ao «objecto» do direito fundamental social, basicamente a «prestação», constitui um «limite fáctico» de todos os direitos fundamentais sociais. O princípio clássico *ultra posse nemo obligatur*, isto é, que não pode ser buscado o que não existe, a impossibilidade de cumprir deveres como fenómeno jurídico geral, que também pode ocorrer no caso dos direitos, liberdades e garantias, é que poderá apresentar-se como uma «limitação normativa».”³⁹.

No que toca à não reversibilidade social, também conhecida pelo princípio da proibição do retrocesso social, “determina que, uma vez consagradas legalmente as «prestações sociais» (v.g., de âmbito social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, trata-se da consagração da inversão da lógica – o legislador «cria» os direitos sociais, o legislador «dispõe» dos direitos sociais.”⁴⁰. Quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional português nesta matéria, Jorge Miranda afirma que nela se registou uma evolução assinalável: “O Acórdão n.º 39/84 (sobre o serviço nacional de saúde) orientou-se peremptoriamente na linha do princípio da proibição do retrocesso social: «Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a

³⁹ QUEIROZ, Cristina, *Op. Cit.*, pp. 97, 98 e 100.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 102.

Da Tutela dos Direitos Fundamentais em Portugal, Hoje

Paulo Ferreira da Cunha / Ana Sofia Carvalho

Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.»

«Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.»

Contudo, em sucessivos arestos, o Tribunal foi suavizando o seu enfoque do problema e adotando formulações mais moderadas. O acórdão n.º 509/2002 (sobre rendimento social de inserção) é o que melhor traduz essa inflexão, por aduzir que: 1º) onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção atingido é necessariamente mínimo, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão; 2º) noutras circunstâncias porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.”⁴¹.

Nunca será demais recordar que não pode ser ferido o núcleo essencial dos direitos, nem operar-se retrocesso de protecção sem razões muito ponderosas, nem, a seu propósito, violar-se a aplicação do princípio da igualdade. Como foi o caso no confisco dos subsídios de férias e de Natal aos funcionários públicos, e

⁴¹ MIRANDA, Jorge, *Os Novos Paradigmas do Estado Social*, cit., pp. 193 e 194.

apenas a eles, conforme declarado no Acórdão do Tribunal Constitucional Acórdão n.º 353/12⁴². Mas note-se: ao contrário do que o Governo interpretou, a desigualdade não reside no tratamento de favor dado aos trabalhadores privados, mas aos titulares de outro tipo de rendimentos. Numa atitude então inédita, viria o Presidente do Tribunal explicar: “A crítica da ligeireza parte de um postulado errado. O acórdão não se baseia na comparação entre titulares de rendimento de origem público ou privada – baseia-se na diferença entre titulares de rendimento. Portanto, quando se chama a atenção para a comparação entre o público e o privado, está-se a fazer uma leitura redutora do acórdão – este fala de titulares de rendimento, que não só públicos ou privados. Porque, antes de mais, esses são só do trabalho e há outros que estão também em causa: os rendimentos do capital”, explicou o Conselheiro Prof. Doutor Rui Moura Ramos em declarações à Antena 1.⁴³

Ao contrário de posições extremistas, a compatibilização dos princípios da reserva do possível e da proibição do retrocesso é, contudo, possível, tanto mais que se pode conceber um princípio superior que a ambos compreenda, e que se incline mais para um ou mais para outro conforme as circunstâncias⁴⁴.

⁴² Sintetizando a posição do Tribunal Constitucional no acórdão em questão: o Tribunal verificou que esta medida se traduzia numa imposição de um sacrifício adicional que não tinha equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, tendo concluído que a diferença de tratamento era de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia na prossecução do objetivo de redução do défice público que fundamentavam tal opção não tinham uma valia suficiente para a justificar.

Por isso entendeu que esse diferente tratamento a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassava os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional.

Apesar de a Constituição não poder ficar alheia à realidade económica e financeira, sobretudo em situações de graves dificuldades, ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objectivos económico-financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.

Por estas razões, o Tribunal concluiu que a dimensão da desigualdade de tratamento que resultava das normas sob fiscalização, ao revelar-se manifestamente desproporcionada perante as razões que a fundamentavam, se traduzia numa violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º, da Constituição, pelo que declarou inconstitucionais as normas constantes dos artigos 21 e 25, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012).

⁴³ http://rr.sapo.pt/informacao_detalle.aspx?fid=27&did=69936 (11.03.2021).

⁴⁴ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 797 ss.. V. já também Idem, *Dos princípios positivos & dos princípios*

Este caso é significativo no plano da grande dificuldade portuguesa em atacar normas inconstitucionais, nomeadamente de tipo orçamental. Perante o silêncio do Presidente da República e dos demais órgãos com legitimidade para suscitar a apreciação preventiva (art. 278, n.ºs 1 e 4 da CRP), seria em sede de fiscalização abstrata (art. 281, n.º 2) que ela seria requerida, também no silêncio de todos os outros, por um décimo dos deputados à Assembleia da República - alínea f), o que obrigou a uma aproximação pontual de deputados de diferentes partidos.

Além da declaração de inconstitucionalidade por ação há também a inconstitucionalidade por omissão. Não deixa de ser curioso que o primeiro caso (e dos raros) de inconstitucionalidade por omissão seja o que declarou como tal a ausência de subsídio de desemprego para os professores universitários. Que, porém, tiveram que esperar muito até que tal viesse a ser reconhecido. No entanto, não apenas a inconstitucionalidade por omissão é sanção de violação dos direitos sociais, podendo, também, haver inconstitucionalidades por ação neste âmbito, com as consequências normais destes casos deverem daí ser extraídas.

4. A dimensão internacional e europeia

A proteção dos direitos fundamentais não se circunscreve, evidentemente, aos limites das nossas fronteiras. Com o aprofundamento da União Europeia e de formas internacionais de integração, sinais dos tempos de globalização, cada vez mais as jurisdições de recurso ou as instâncias de petição se multiplicam. No futuro, poderá mesmo vir a haver um Tribunal Constitucional Internacional⁴⁵.

Sem prejuízo, das instituições e mecanismos protetivos da União Europeia merecerem todo um estudo à parte, em sede de Direito Europeu, sempre podemos salientar que:

- a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia recebeu força

supremos, in “Collatio”, vol. 11 abr-jun 2012 CEMOrOc-Feusp / IJI - Univ. do Porto, ed. online: <http://www.hottopos.com/collati/05-16PFC.pdf> (último acesso em 4 de abril de 2021).

⁴⁵ BEN ACHOUR, Yadh / FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, Oeiras, A Causa das Regras, 2017.

jurídica vinculativa com o Tratado de Lisboa e no seu preâmbulo afirma-se que a União Europeia se funda “nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito”;

- foi desencadeado o processo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH);

- a União Europeia apresenta um quadro adequado de proteção dos direitos da pessoa humana, dispondo das correspondentes instâncias judiciais, sendo o reenvio prejudicial o principal mecanismo de proteção.

Como se sabe, a garantia jurisdicional do Direito da União Europeia foi deixada a cargo, por um lado, dos tribunais nacionais em geral⁴⁶, e por outro lado, do Tribunal de Justiça da União Europeia. Citando Ana Maria Guerra Martins, “a Ordem Jurídica da União Europeia não seria verdadeiramente eficaz se as suas normas não beneficiassem de uma sólida garantia jurisdicional. Ou seja, todos os seus destinatários (Estados e particulares) devem respeitar as normas da União.”⁴⁷.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem por missão pugnar pela interpretação e aplicação uniforme do Direito da União pelos Estados-membros e velar pelo seu cumprimento. No âmbito dessas funções, destaca-se o reenvio prejudicial⁴⁸, que desempenhou e desempenha um papel fundamental no desenvolvimento do Direito da União, contribuindo para a sua evolução, tendo a maior parte das grandes inovações jurisprudenciais ocorrido com base em processos nele baseados e constitui uma esperança de aplicação correta do

⁴⁶ Dado que “são eles que, em primeira linha, aplicam um número considerável de normas e de atos da União constituídos por disposições diretamente aplicáveis ou que gozam de efeito direto nos litígios que eventualmente ocorram nas relações entre particulares (indivíduos ou empresas) ou entre particulares e os Estados-membros” – cf. MARTINS, Ana Maria Guerra, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 539.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Para maiores desenvolvimentos consultar MARTINS, *Op. Cit*, pp. 539 a 573 e CARVALHO, José, “Do reenvio prejudicial”, in *II Congresso de Direito Fiscal*, dir. de Glória Teixeira e coord. de Ary Ferreira da Cunha, Porto, Vida Económica, 2012, pp. 165 a 178.

Direito da União para os particulares⁴⁹. Nos termos do artigo 267 do TFUE, “[o] Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.”.

À luz da CEDH, o cidadão português, bem como qualquer pessoa que se encontre sob a jurisdição dos Estados signatários, que alegue ser vítima de violação de um dos direitos protegidos na CEDH (e seus protocolos adicionais) por qualquer Estado parte, pode, no prazo de seis meses a contar da decisão interna definitiva, apresentar uma queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O referido prazo será encurtado para quatro meses com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15 à Convenção. Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno do Estado Réu contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário (cf. artigo 41 da CEDH).

O TEDH já condenou o Estado português em alguns casos, sobretudo pela violação dos direitos do artigo 6.º da Convenção (direito a um processo equitativo) e do artigo 10.º (liberdade de expressão).

Particularmente preocupante nos parece o recurso para instâncias europeias em matéria de liberdade de expressão, que, a crer na tese de José Preto, *Estado contra Direito*⁵⁰, estaria a sofrer algumas limitações, ou, pelo menos, graves incompreensões, mesmo ao nível judicial.

Outra questão interessante é que “[e]m várias ocasiões o TEDH considerou contrárias à Convenção Europeia dos Direitos do Homem normas de direito interno que reduziam montantes de pensões, por violação do princípio da

⁴⁹ MARTINS, *Op. Cit.*, p. 543.

⁵⁰ PRETO, José, *Estado Contra Direito*, Lisboa, Argusnauta, 2010.

proporcionalidade, inclusive em casos respeitantes a Portugal⁵¹. O parâmetro invocado tem sido o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção sobre proteção da propriedade⁵². Esta orientação tem sido expressamente rejeitada pelo Tribunal Constitucional, argumentando que no caso português existe uma disposição constitucional específica que cobre o direito à pensão, o artigo 63.º, não sendo necessário recorrer à via mais tortuosa do direito de propriedade⁵³. Porém, a argumentação do Tribunal corre o risco do paradoxo de o direito à pensão ter garantia menor em Portugal, onde tem assento constitucional direto, do que em outros ordenamentos onde só se chega à sua garantia por vias mais indiretas.”⁵⁴

Há também, mas no âmbito das Nações Unidas, um procedimento não jurisdicional, mas de influência, algo semelhante ao da provedoria da justiça ao nível nacional: a possibilidade de exposição e queixa por parte de um cidadão para o respetivo Comité dos Direitos Humanos, que, comunicando-as aos Estados, os fará analisar o problema com a força do seu prestígio. E finalmente, depois das respostas dos Estados, o Comité concluirá, em relatório a apresentar à Assembleia Geral da ONU.

Além disso, o Tribunal Penal Internacional tutela já algumas graves lesões de direitos fundamentais que configurem crime no âmbito da tipificação legal da sua competência. Foi criado com o objetivo de julgar sujeitos individuais pela prática dos mais graves crimes internacionais: genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra. A 11 de junho de 2010, a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma adotou, por consenso, uma emenda ao Estatuto com uma definição do crime de agressão e estabelecendo o regime de acordo com o qual o

⁵¹ V. a decisão do TEDH no caso *Mateus e Januário vs. Portugal*, 2.ª seção, de 8 de outubro de 2013, acessível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106# {"itemid":\["001-128106"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{). O Tribunal apreciou a redução dos 13.º e 14.º meses de pensões (subsídios de férias e natal) efetuada pela LOE de 2012.

⁵² Na decisão citada na nota anterior o TEDH entendeu que se um Estado vinculado à Convenção "tem em vigor legislação assegurando o pagamento de uma pensão - esteja ou não condicionada ao prévio pagamento de contribuições -, essa legislação tem de ser vista como geradora de um interesse de propriedade que recai no âmbito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1".

⁵³ V. por último, acórdão n.º 187/13, n.º 64.

⁵⁴ CANAS, Vitalino, *Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao «corte de pensões»)*, "Revista Eletrónica de Direito Público", n.º 1, janeiro de 2014.

Tribunal exercerá jurisdição também sobre este crime.

5. Breves conclusões

Os Direitos do Homem só em profundidade se compreendem quando assentes numa Ideia de Homem, de Natureza Humana (ou, ao menos, de condição humana) profundamente eticizada. Não é o Homem *humilhado e ofendido, nu e suplicante*, aquele de quem se fala nos Direitos do Homem. É do Homem pessoa, o Homem sujeito, o Homem pleno de dignidade, muitas vezes dita, reforçando, “humana”. E vendo o Homem *sujeito* mesmo onde e quando ele é feito objeto, e quantas vezes joguete.

Como pioneiramente terá visto Francisco Puy⁵⁵, os próprios Direitos do Homem são a linguagem hodierna do Direito Natural. Na verdade, a única linguagem capaz de ser escutada ainda, a esse propósito, no mundo atomizado e muito pouco filosófico dos nossos dias⁵⁶.

É este homem sujeito que luta pela tutela dos seus direitos fundamentais de modo a não se deixar objetificar, podendo fazê-lo, como vimos e exemplificamos, de variadas formas, não jurisdicionais e jurisdicionais.

Analisando o ordenamento jurídico português, verificou-se (como vimos) que, com exceção da providência do *habeas corpus*, do processo especial de tutela da personalidade e da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, o mesmo não conhece meios processuais próprios destinados especificamente a obter a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. No entanto, face a todo o regime exposto, o homem sujeito não está desprotegido, não só pela existência de mecanismos não jurisdicionais de tutela, mas desde logo pela existência dos meios jurisdicionais e pela consagração do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, também na nossa CRP (cf. artigo 20).

Com efeito, “[o] direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos

⁵⁵ PUY, Francisco, *Derechos Humanos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 3 vols..

⁵⁶ Retomamos a ideia expressa v.g. em FERREIRA DA CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2006, pp. 157 e 158.

individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁵⁷.

Mais que qualificações de regime ou sistema político (aliás não consensuais), ou catalogações ideológicas (sempre mais ou menos sectárias) de uma constituição que se tem revelado dúctil e adaptada a múltiplos desafios e cenários políticos (capaz de consentir soluções inventivas e variadas), a Constituição portuguesa de 1976 deve ser sobretudo vista como a carta magna do grande resgate dos direitos fundamentais. Eles são, acima de tudo, a sua pedra de toque⁵⁸. Na sua face de Janus política e social, na verdade duas vertentes complementares.

Porto, Páscoa de 2021

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro / GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Fabris, 1988, pp. 11 e 12.

⁵⁸ Neste breve artigo, sobretudo salientámos a dimensão constitucional e administrativa, mas é cada vez mais óbvio (e, entre nós, FIGUEIREDO DIAS foi dos que mais para tal contribuiu doutrinariamente: nomeadamente, *inter alia*, relacionando o direito penal de justiça com os direitos, liberdades e garantias, e o direito penal económico e afim com os direitos sociais – cf., *v.g.*, in *Direito Penal. Parte Geral*, t. I, 3.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 137 ss.), que há uma unidade de sentido entre os bens jurídico-criminais e os valores constitucionais, naturalmente conformadores dos direitos fundamentais. Atrevendo-nos a sintetizar que o Direito Penal (não por acaso dito “magna carta do criminoso”) acaba por funcionar como um direito constitucional aplicado, também nomeadamente no sentido de reduto último de defesa das violações mais graves dos direitos fundamentais. Cf. algumas sugestões conexas in FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e Descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *A Constituição do Crime. Da Substancial Constitucionalidade do Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988; Idem, *Crimes & Penas*, Coimbra, Almedina, 2020. Contudo, esse seria já um outro artigo.