



Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global

Autor(es): Moniz, Ana Raquel Gonçalves

Publicado por: Imprensa da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/43590>

DOI: DOI:<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1384-0>

Accessed : 10-Oct-2021 05:05:57

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.



OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA CIRCUNSTÂNCIA

**CRISE E VINCULAÇÃO AXIOLÓGICA ENTRE O ESTADO,
A SOCIEDADE E A COMUNIDADE GLOBAL**

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

A *circunstância* que o mundo atravessa torna o jurista mais sensível ao tema dos direitos fundamentais e desencadeia a necessidade de considerar o problema no quadro da própria compreensão do direito. É sob este impulso, que, num primeiro momento, a obra procura enfrentar as *incertezas* que hoje afetam o estudo da matéria dos direitos fundamentais, as quais não correspondem senão aos vários desafios suscitados pela(s) diversa(s) *crises(s)*. A tentativa de resposta a tais desafios encontra-se desenhada nas duas fases subsequentes: por um lado, através da defesa de uma conceção axiológico-jurídica fundamentante dos direitos, que implica a sua *recondução a uma matriz valorativa*; e, por outro lado, mediante a adequada redefinição-conjugação dos papéis do *Estado*, da *sociedade* e da *comunidade global* na *realização dos direitos*, entendida no sentido alargado (simultaneamente negativo e positivo) de tutela e promoção.

COIMBRA
JURÍDICA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© DEZEMBRO 2017. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Autor: Ana Raquel Gonçalves Moniz

Título: Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Design: Carlos Costa

Execução gráfica: www.artipol.net

ISBN: 978-989-26-1383-3

eISBN: 978-989-26-1384-0

DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1384-0>

Depósito legal: 435933/17

Ana Raquel Gonçalves Moniz

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA CIRCUNSTÂNCIA

CRISE E VINCULAÇÃO AXIOLÓGICA ENTRE O ESTADO, A SOCIEDADE E A COMUNIDADE GLOBAL

Imprensa da Universidade de Coimbra

Coimbra University Press

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA CIRCUNSTÂNCIA

**CRISE E VINCULAÇÃO AXIOLÓGICA ENTRE O ESTADO,
A SOCIEDADE E A COMUNIDADE GLOBAL**

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NUM CONTEXTO DE INCERTEZA.....	17
1 .A incerteza política: a crise do Estado.....	20
2. A incerteza da economia: a crise económica.....	24
3. A incerteza do tempo e do espaço: a crise das gerações.....	30
4. A incerteza normativa: a crise do direito.....	34
4.1. Em especial (I): a crise do direito constitucional	38
4.2. Em especial (II): a crise do direito (constitucional) e os direitos fundamentais.....	43
PARTE II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO	
AXIOLÓGICA DA RES PUBLICA.....	51
1. Valores públicos e <i>Res Publica</i>	54
1.1. Os valores públicos como fundamento da missão, parâmetro da ação e critério do resultado na atuação pública	56
1.2. Democracia ética.....	62

2. Dignidade humana, direito e direitos	68
2.1. Dignidade humana e direito (considerações esparsas)	68
2.2. Dignidade humana e direitos (fundamentais)	74
2.2.1. Constituição e metaconstitucionalidade: os direitos fundamentais para além da Constituição e a função protetiva da sua consagração jurídico-constitucional.....	77
2.2.2. Os direitos fundamentais como dimensão axiológico-jurídica da Constituição e do Estado de direito	82
2.2.3. Epiqueia ou a questão de uma leitura ética dos direitos fundamentais.....	88
2.2.4. Responsabilidade e <i>good governance</i> ou a fundamentalidade dos deveres	93
2.2.5. O problema do “imperialismo dos direitos humanos” num contexto de pluralismo axiológico.....	98

**PARTE III – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE O ESTADO,
A SOCIEDADE E A COMUNIDADE GLOBAL**

1. O Estado: a renovação do compromisso jusfundamental dos poderes públicos	113
1.1. O legislador: a realização político-jurídica dos direitos fundamentais	116
1.2. A Administração Pública: o <i>administrative constitutionalism</i> e a realização administrativa (estratégica e normativa) dos direitos fundamentais	123
1.3. Os tribunais: a realização jurisdicional e jurídico-normativa	138
1.3.1. Em especial, a Justiça Constitucional como guardiã dos direitos fundamentais.....	140
1.3.2. Considerações metodológicas e realização jurisdicional dos direitos fundamentais.....	148
1.3.2.1. Os denominadores comuns: unidade do sistema jurídico, multifuncionalidade e efetividade dos direitos fundamentais	150
1.3.2.2. Os princípios concretizadores	153
A. Interpretação conforme	154
B. Proporcionalidade e razoabilidade.....	158
C. Concordância prática e ponderação.....	164
D. Sinéptica ou o relevo do resultado da decisão	169
2. A sociedade: os direitos fundamentais são tarefa de todos.....	179

2.1. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.....	180
2.2. O(s) discurso(s) das capacidades e a autorresponsabilização	195
2.3. Supletividade e fraternidade – Dois exemplos: responsabilidade social das empresas e terceiro setor	202
3. A comunidade global: os direitos fundamentais entre a vocação universal e as especificidades regionais ou nacionais.....	215
3.1. Interpretação em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.....	217
3.2. Diálogo internormativo: <i>Rechtsvergleichung</i> , <i>transjudicial communication</i> e <i>global judicial dialogue</i>	224
3.3. <i>Global judicial review</i> : em especial, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	283
REFLEXÕES FINAIS	249
BIBLIOGRAFIA CITADA	255

Introdução

Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo. *Bene-
fac loco illi quo natus es*, leemos en la Biblia. Y en la escuela platónica se
nos da como empresa de toda cultura, ésta: «salvar las apariencias», los
fenómenos. Es decir, buscar el sentido de lo que nos rodea¹.

Encetamos estas reflexões relativas aos direitos fundamentais sob a égide
de uma conhecida passagem da filosofia perspectivista de Ortega y Gasset.
Como é sabido, o Filósofo concebia a circunstância (ou o “setor da realidade
circunstante”) como elemento coconstitutivo da pessoa, chegando mesmo a
considerá-la como “a outra metade da pessoa”. Tendo como pano de fundo a
ideia de conexão (presente em várias posições do Autor), existe uma dialética
de enriquecimento adaptativo recíproco entre um organismo vivo e o meio

¹ ORTEGA Y GASSET, «Meditaciones del Quijote (1914)», in: ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, tomo I (1902-1916), 7.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966, p. 322.

circundante²; ou, se preferirmos, entre o objeto material e a experiência, entre o sujeito, a temporalidade e a situação³.

À luz desta conceção, torna-se premente uma compreensão da jusfundamentalidade a partir do ângulo da *circum-stantia* (no sentido etimológico, de *circum+sto*, rodear ou estar à volta), *i. e.*, do conjunto de fenómenos ou factos que se encontram em redor e (con)formam a realidade empírica, embora sem perder de vista o sentido da normatividade. O momento em que nos encontramos propicia um miradouro privilegiado para uma perspetivação dos direitos a partir da circunstância, com o duplo propósito de apreender o sentido dos direitos e de os mobilizar para salvar a circunstância.

Num contexto (numa circunstância...) de incerteza(s) e crise(s) e de mutações no direito constitucional, o alcance dos direitos fundamentais sofre um relevante embate, em virtude da especificidade dos fatores distintivos daquelas na atualidade. Tais fatores, enquanto provocam alterações profundas no equilíbrio das relações entre o(s) Estado(s) e a(s) sociedade(s), constituem o pressuposto para a introdução de mutações no direito público, em geral, e no direito constitucional e no constitucionalismo, em particular. Referimo-nos, precipuamente, ao *impacto da tecnologia* que propicia uma rápida difusão das crises; à *globalização*, no triplo sentido de que as crises se manifestam a nível global, as respetivas respostas (mesmo quando dadas no plano nacional) revelam uma homogeneidade e apoiam-se em organismos supranacionais; ao relevo da *rapidez* na tomada de decisões; à natureza aparentemente conjuntural, mas verdadeiramente *estrutural* das soluções adotadas para fazer face às crises⁴. Todavia, a crise global decorrente dos fenómenos de incerteza não possui apenas contornos económicos, financeiros, políticos, sociais e ambientais, assumindo também um cariz axiológico. É por este motivo que entenderemos passar a resposta a estas questões pela revalorização da penetração de considerações axiológicas (“valores públicos”) nas atuações públicas estaduais, em consonância com a articulação privilegiada que, neste horizonte, se faz sentir entre os

² Cf. ORTEGA Y GASSET, «Meditaciones...», cit., pp. 315 e ss..

³ A dimensão da temporalidade e a importância do tempo e da história para a conformação do sujeito (e de uma dada realidade) encontram-se especialmente versadas em ORTEGA Y GASSET, «El Tema de Nuestro Tiempo (1923)», in: ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, tomo III (1917-1928), 6.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966, pp. 143 e ss..

⁴ Cf. EMBID IRUJO, «El Derecho Público de la Crisis Económica», in: BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp. 32 e ss., cuja perspetiva seguimos de perto, ainda que não na totalidade.

princípios da democracia e do Estado de direito⁵. Como salienta João Loureiro⁶, louvando-se em Miguel Baptista Pereira, a etimologia da palavra “crise”, filiada no grego, significa separar, mas também julgar e decidir. Por este motivo, as crises constituem, em geral, áreas de teste para as conceções sobre os direitos, em que se impõe aquilatar o *por-quê*, o *para-quê* e o *para-quem* desses direitos.

Destarte – voltamos a enfatizar –, os direitos fundamentais constituem uma área de estudo especialmente relevante no cenário globalizado e mundializado da conjuntura atual. Dir-se-ia mesmo que eles representam a tradução paradigmática da superação de um «direito confinado»⁷ no espaço e no tempo, porquanto os problemas dogmático-jurídicos e práticos que suscitam ultrapassam cada vez mais as fronteiras dos Estados (projetando-se na cena transnacional) e das gerações (reclamando atenção para a justiça intergeracional). Assim, não só a compreensão, como ainda os diversos modos de realização (incluindo a tutela e a promoção) dos direitos experimentam os reflexos da globalização e da mundialização. Afigura-se hoje inegável a existência de um “direito dos direitos fundamentais”⁸ de pendor global. Tal implica refletir em que medida a realização dos direitos não se encontra circunscrita às ações dos Estados nacionais, mas exige uma interferência da comunidade internacional (comunidade global), ainda que tal posição pressuponha o “achamento” de um fundamento jurídico dos direitos fundamentais “transnacionais”. O problema emerge sobretudo porque os fundamentos primeiros do reconhecimento de direitos ainda se revelavam tributários de uma compreensão jusnaturalista, cuja defesa se torna hoje totalmente impossível, mas que também não pode fazer resvalar a questão para o polo oposto, da opção pelas perspectivas positivistas e funcionalistas do(s) direito(s). A comunidade global está muito longe de possuir como característica dominante a homogeneidade que (ainda) caracterizava as sociedades aquando das primeiras consagrações positivas dos direitos – um aspeto que se reflete, de imediato, na própria estrutura

⁵ A este propósito, HARLOW («Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», in: *The European Journal of International Law*, n.º 1, vol. 17, 2006, p. 190) designa-os como os «ideais gémeos» (*twin ideals*) do Direito Administrativo ocidental.

⁶ João LOUREIRO, «Crise(s) de uma Nota Só? Constitucionalismo(s), Escassez e Neojoaquimismo», in: Paulo OLIVEIRA/Gabriel Prado LEAL (org.), *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros: Perspetivas Atuais do Direito Público – O Direito em Tempos de Crise*, Editora JusPodium, Salvador, 2015, p. 70.

⁷ Por oposição ao *diritto sconfinato* de FERRARESE, *Il Diritto Sconfinato: Inventiva Giuridica e Spazi nel Mondo Globale*, Laterza, Roma/Bari, 2006 (embora a Autora desenvolva a noção apenas no plano espacial, para aludir ao direito transnacional e supranacional).

⁸ Numa aproximação à concepção proposta por FISCHER-LESCANO («Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft», in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 3, vol. 88, 2002, p. 352), quando alude ao *Menschenrechts-Recht*. V. também BRUNKHORST/KÖHLER/LUTZ-BACHMANN, *Recht auf Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999.

dos sistemas jurídicos coexistentes e que já encontrou tradução na metáfora da “rede”⁹ (ainda que, pelo caminho, se tenha deparado com a imagem do “templo grego” no âmbito específico do direito europeu). Todavia, enquanto pretendermos viver num sistema *de direito*, dotado de autonomia, não poderemos sucumbir ao império da eficiência e dos resultados.

Na verdade, desde o artigo XVI da *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* que se acentua representarem os direitos fundamentais uma dimensão do conceito *material* de constituição. Tal não significa, porém, a adesão a uma perspetiva monocromática da compreensão do constitucionalismo (também sob as óticas sincrónica e diacrónica), entendendo-se antes que a tarefa (audaciosa) da fundação da constituição (ou, se quisermos, de verdadeiro *design* ou arquitetura constitucional¹⁰) implica a conjugação de experiências passadas próprias e conceções alheias, com o propósito de estabelecer dinamicamente o quadro de valores fundamentais e a organização do poder numa comunidade determinada histórico-espacialmente situada¹¹. Por este motivo, uma das funções da constituição reconduz-se a certificar ou testemunhar as conceções de determinado povo sobre as condições por si consideradas como fundamentais para a sua existência coletiva¹².

Observando que o espectro daqueles valores varia em função das culturas, também o sentido e a forma de conceber a respetiva tutela dependem de elementos próprios ou específicos de cada comunidade, não existindo um modelo único, de imposição necessária, de proteção e fomento. *Mas o sentido ético-axiológico (esse sim!) há de ser unitário e assenta no reconhecimento da dignidade humana*. O radical ético do direito encontra-se subjacente ao constitucionalismo, independentemente da sua localização espaço-temporal, na medida em que é inerente à própria juridicidade. Desde logo, apenas esta compreensão permitirá responder às mais urgentes provocações colocadas à dogmática constitucional e à teoria dos direitos fundamentais, e que passem por questões tão relevantes como o início ou o fim da vida, o estatuto

⁹ V., por excelência, OST/KERCHOVE, *De la Pyramide au Réseau? Pour une Théorie Dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

¹⁰ HIRSCHL, «From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, vol. 11, 2013, p. 4.

¹¹ GINSBURG, «Introduction», in: GINSBURG (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 1.

¹² Cf. DENNINGER, «Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?», in: PREUSS (org.), *Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen*, Fischen Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1994, p. 98: a par desta (a quinta função da constituição), o Autor aponta também as funções de geração do poder (*Macherzeugung*), limitação do poder (*Machtbegrenzung*), legitimação do poder (*Machtlegitimation*), e integração dos grupos (*Gruppenintegration*) ou construção da unidade (*Einheitsbildung*).

jurídico do embrião, as fronteiras das possibilidades da biotecnologia, os limites negativos da tortura e dos tratamentos degradantes, a admissibilidade da pena de morte, a integração dos refugiados, o alcance da privacidade¹³... Ademais, à defesa do universalismo (não paradoxalmente) temperado pelo reconhecimento das diferenças não se revela alheia a evolução verificada nas mais recentes tendências do direito constitucional, que valorizam o entrecruzar de perspectivas e de experiências – aspeto que se manifesta no interesse crescente pelo direito constitucional estrangeiro e pelo direito constitucional comparado¹⁴.

À luz da crença inabalável de que “nós acreditamos na indispensabilidade dos direitos fundamentais”¹⁵, enfrentaremos, numa primeira parte, as incertezas que hoje afetam o estudo da matéria, as quais não correspondem senão aos vários desafios suscitados pela(s) circunstância(s) hodierna(s). Nas segunda e terceira partes, procuraremos ir dando respostas a essas várias preocupações. Como decorre das respetivas epígrafes, entendemos que dois são os caminhos de evolução da compreensão dos direitos: por um lado, a defesa de uma conceção axiológico-jurídica fundamentante, que radica, em última análise, no solo da dignidade humana e implica a *recondução dos direitos a uma matriz valorativa*; e, por outro lado, a necessidade de uma adequada redefinição-conjugação dos papéis das instituições públicas, da sociedade e da comunidade global na *realização dos direitos*, entendida no sentido alargado (simultaneamente negativo e positivo) de tutela e promoção.

¹³ As questões multiplicam-se, como o demonstram, v. g., MAHLMANN, *Elemente einer Ethischen Grundrechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 282 e ss., ou NETTESHEIM, «Die Garantie der Menschenwürde zwisher Metaphysischer Überhöhung und Bloßem Abwägungstoppel», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 130, 2005, pp. 95 e ss.. Citando alguns casos reais, v. Luís Roberto BARROSO, «Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse», in: *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, pp. 331 e ss..

¹⁴ Evolução que está a marcar também o direito constitucional português: cf., v. g., João LOUREIRO, «Constituições e Tribulações de Israel – Reflexões de um Jurista em Torno de Religião, Nação e Estado. I – Constituição de Israel: Um Paradoxo?», in: *Estudos. Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, n.º 11, 2014, pp. 141 e ss., esp.¹⁶ pp. 151 e s.; Suzana Tavares da SILVA, *Os Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 15 e ss.; Luís Meneses do VALE, «Breves Apontamentos sobre o Direito Constitucional da República da Turquia: Contributo para uma Recompreensão Inter- e Transcultural da Jusconstitucionalidade Contemporânea?», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, pp. 727 e ss. (1.ª Parte), vol. LXXXIX, tomo I, 2013, pp. 305 e ss. (2.ª Parte), vol. LXXXIX, tomo II, 2013, pp. 721 e ss. (Conclusão). V. ainda Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 6.ª ed., vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 231 e ss..

¹⁵ Gomes CANOTILHO, «A Crise do Direito e o Direito da Crise: Nos 176 Anos da Faculdade de Direito», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, p. 1073.

PARTE I

Os Direitos Fundamentais num Contexto de Incerteza

[O] que actualmente vivemos é um desabamento civilizacional, de que os dramáticos episódios recentes, que nos estão fortemente a atingir, são apenas índices – índices de uma realidade de desmoronamento que se faz evidente. Em termos de estar inclusivamente a ser ultrapassado o que se houvesse de entender por “crise”, naquele excesso problemático que a esta exactamente caracteriza, para se manifestar antes como um “*débaçle*” a oferecer apenas escombros¹⁶.

¹⁶ Castanheira NEVES, «Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade», in: *Liber Amicorum José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 3.

Não persistirão muitas dúvidas de que a “circunstância” atual é a da incerteza ou a do “fim das certezas”¹⁷ em todas as dimensões da realidade: das ciências naturais às artes, da teoria política à economia, da filosofia ao direito¹⁸.

A introdução do discurso do risco e da incerteza no direito traduz uma nítida influência da sociologia, que produziu impactos distintos nos Estados em que foi recebido. Assim, na Alemanha, por exemplo, e pela mão de Beck, esta aproximação teórica estava alicerçada num movimento (social) mais amplo de reação contra a energia nuclear e a defesa de um *modus vivendi* mais ecológico¹⁹ – o qual desembocou, politicamente, na formação do *Die Grünen*²⁰. Mas, noutros quadrantes, o dualismo risco e incerteza denota a permeabilidade do direito à influência da análise económica, pondo em evidência as dificuldades decisórias em situações de ausência de informação perfeita e perante a escassez de recursos²¹. Numa perspetiva que associa, em simultâneo, a psicologia e a economia, a incerteza e o risco encontram-se conexados com a esperança, enquanto sentimento positivo (de satisfação) que decorre do adiar da resolução de uma incerteza com o intuito de obter um ganho²².

Em sentido amplo, o risco refere-se à probabilidade e ao alcance de um evento (indesejado) e dotado de efeitos potencialmente danosos²³. Refletindo sobre a emergência do paradigma da sociedade de risco, Beck define este último conceito como a “forma sistemática de lidar com os perigos e as incertezas induzidas e introduzidas pela própria modernização”²⁴. Tomados em

¹⁷ Estamos a apelar para o título da obra de PRIGOGINE, *La Fin des Certitudes*, Editions Odile Jacob, Paris, 1996.

¹⁸ Cf., a este propósito, a interessante síntese de ESTEVE PARDO, «Decidir y Regular en la Incertidumbre. Respuestas y Estrategias del Derecho Público», in: DARNACULLETA I GARDELLA/ESTEVE PARDO/DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2015, pp. 33 e ss..

¹⁹ Cf., v. g., o sentido da «democracia verde», sinteticamente condensado em BECK, «Brief Introduction do Environmental Machiavellianism: Green Democracy from Below», in: BECK, *Democracy without Enemies*, Polity Press, Cambridge, 1998, pp. 154 e ss..

²⁰ Assim, ZINN, «Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse of Risk and Uncertainty», in: ZINN (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty: An Introduction*, Blackwell, Malden/Oxford/Victoria, 2008, p. 3.

²¹ Cf., v. g., GIFFORD, «Risk and Uncertainty», in: ACS/AUDRETSCH (eds.), *Handbook of Entrepreneurship Research*, 2.ª ed., Springer, New York, 2010, pp. 303 e s..

²² Assim, CHEW/HO, «Hope: An Empirical Study of Attitude Toward the Timing of Uncertainty Resolution», in: *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 8, 1994, p. 268.

²³ ZINN, «Introduction...», cit., p. 4. V. também Carla Amado GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 227.

²⁴ BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity*, trad. por Mark RITTER, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Dehli, 1992, p. 21.

ações mais estritas, incerteza e risco distinguem-se pelo facto de o primeiro conceito denotar as situações em que podem ser identificados os resultados de uma determinada conduta, mas já não as probabilidades associadas a esses resultados (epistemologicamente comprovadas), enquanto o segundo pressupõe o conhecimento destas probabilidades²⁵.

A evolução da sociedade potencia os riscos e tende a fazer proliferar as ameaças e, como tal, estimula os acidentes – daí o relevo que a segurança, enquanto antónimo da incerteza, parece assumir hoje²⁶, e a aproximação do *providing State* ao *provident State*²⁷. O mundo atual vive no (aparente) paradoxo entre a segurança e a incerteza, entre a sorte e o risco, entre os ganhos e as perdas propiciadas por acontecimentos não domináveis²⁸. Poder-se-á afirmar que os modelos sociais contemporâneos, na medida em que lhes falece uma capacidade de/para a transformação, contêm os genes da sua própria destruição – ou, pelo menos, da(s) sua(s) crise(s). As questões emergem, sobretudo, porque o acidente (*hoc sensu*, o acontecimento nefasto que, de início, aparenta apenas representar um risco) deixa de ser esporádico para se tornar regular, deixa de ser individual para se tornar social²⁹.

De um ponto de vista sociológico, estamos diante de um resultado que emerge da exploração das reservas naturais, mas também culturais e sociais da comunidade, e da circunstância de esta se não encontrar preparada para viver numa época marcada por múltiplos riscos, contraditórios e globais³⁰; por esse motivo, a «sociedade mundial» produz também crises globais³¹. E tais crises assumem-se como «crises de sustentabilidade», na medida em que degradam ou mesmo destroem as interdependências pessoais e da pessoa com o mundo, e possuem facetas muito diversas, que passam pelos problemas associados à desigualdade e à pobreza, à guerra e à expansão da violência, ao ambiente e às migrações³².

²⁵ Cf. v. g., SUNSTEIN, *Laws of Fear*, 3.ª reimp., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 60.

²⁶ Cf. também EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset (ed. Kindle), 1986, Introduction.

²⁷ BECK, «Risk Society and the Provident State», in: LASH/SZERSZYNSKI/WYNNE (eds.), *Risk, Environment & Modernity: Towards a New Ecology*, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Dehli, 1996, pp. 30 e 37.

²⁸ Cf. SCHERZBERG, «Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 63., De Gruyter, Berlin, 2004, p. 217.

²⁹ EWALD, *L'Etat...*, cit., Introduction.

³⁰ BECK, «Risk Society...», cit., p. 29.

³¹ BECK, *What is Globalization?*, Polity Press, Cambridge, 2000, p. 10.

³² Assim, TULLY/DUNOFF/LANG JR./KUMM/WIENER, «Introducing Global Integral Constitutionalism», in: *Global Constitutionalism*, n.º 1, vol. 5, Março 2016, pp. 5 e ss., que identificam quatro crises de sustentabilidade (*sustainability crises*).

1. A incerteza política: a crise do Estado

As sociedades não se confinam hoje às sociedades nacionais, tolhidas entre as fronteiras dos Estados – confirmando a visão seminal de Luhmann sobre a «sociedade mundial» como utopia e como problema político³³, ou tornando atual a concretização da «sociedade mundial» de Beck, enquanto comunidade de risco, emergente da globalização dos riscos³⁴. Sob as vestes da mundialização das sociedades, assomam fenómenos tão distintos como a mobilidade e o comércio transnacionais, a regulação por meio de atores não-estaduais ligados em redes globais, o aumento do âmbito e da fluidez das redes sociais decorrente da evolução dos meios de comunicação que potencia a ubiquidade³⁵, a transnacionalização das instituições políticas, a aproximação, miscigenação e assimilação de culturas³⁶, e a emergência de “violações espontâneas das fronteiras” realizadas pela poluição, pelo crime organizado, pelas epidemias, pelos riscos associados à tecnologia de ponta e pelo impacto da adoção de políticas nacionais que acabam por tocar cidadãos de outros Estados³⁷. Ademais, como salienta Stiglitz³⁸, deparamo-nos com um “sistema caótico e descoordenado de governança global sem governo global, uma gama de instituições e acordos que lidam como diversos problemas, do aquecimento global ao comércio internacional, passando pelos fluxos de capital”.

³³ Cf., v. g., LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 2*, 4.ª ed., Springer, Wiesbaden, 1991, pp. 51 e s..

³⁴ BECK, *Risk Society*, cit., pp. 46 e ss., 76 e ss..

³⁵ Cf. também DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel – Les Forces Imaginantes du Droit*, vol. I, Seuil, Paris, 2004, pp. 337 e ss., e *Le Pluralisme Ordonné – Les Forces Imaginantes du Droit*, vol. II, Seuil, Paris, 2006, p. 21, enfatizando que a Internet, em virtude das suas características da imediaticidade e da neutralidade, anula a territorialidade e fragiliza os sistemas jurídicos nacionais, potenciando os conflitos de jurisdição.

³⁶ WALKER, «Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.os 3/4, vol. 6, julho/outubro 2008, p. 374; BIGNAMI, Francesca, «Individual Rights and Transnational Networks», in: ROSE-ACKERMAN/LINDETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham/Northampton, 2010, p. 633.

Ainda que, em muitos casos, esta aproximação ou integração de culturas ou perspectivas filosófico-sociológicas se revele mais aparente que real, pois que a construção de múltiplas identidades que a Internet permite (desde logo, através das redes sociais) pode contribuir para reforçar os estereótipos – refletindo sobre este problema no contexto da criação de identidades alternativas *on-line*, v. RODOTÀ, *La Vita e le Regole: Tra Diritto e Non Diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, pp. 77 e s..

³⁷ HABERMAS, «Crossing Globalization's Valley of Tears», in: *New Perspectives Quarterly*, n.º 4, vol. 17, Outono 2000, p. 52.

³⁸ STIGLITZ, *Making Globalization Work*, W. W. Norton & Company, New York/London, 2007, p. 21.

Em última análise, assistimos a uma *desnacionalização* (*Denationalisierung*) ou à erosão do Estado tal como o conhecemos na modernidade³⁹, bem como ao surgimento de uma superestrutura social – identificada com a cultura global secular ou um *Lebenswelt* mundial –, que passou a modelar a vida de todas as pessoas e, por conseguinte, também as suas relações com os poderes públicos, e que, em termos muito abrangentes, convive quer com a cultura dirigida à proteção dos direitos humanos, quer com a “cultura” dos bombistas suicidas⁴⁰. A globalização põe ainda em causa o território (o elemento territorial do Estado), agora dificilmente confinado em fronteiras e dissolvido num (mais ou menos ambíguo) espaço mundial delineado pela economia⁴¹. Não se ignora que, num certo sentido, esta fragmentação do Estado lembra um regresso ao passado, mais concretamente, às raízes medievais, onde reinava, em grande parte da Europa, a indiferenciação e a pulverização dos poderes, e a concomitante (e consequente) ausência de um Estado *qua tale*; contudo, a marca de contraste da atual crise vai para além da falência de uma identidade estadual própria e atinge os fundamentos da própria soberania – hoje menos política e mais económica.

É certo que, na Europa, a atenuação da soberania dos Estados nacionais resultava já, em parte, da respetiva renúncia em favor da União Europeia. A crise veio, contudo, demonstrar as fragilidades da Europa e as suas fissuras. Afinal, e como resulta do recente referendo realizado no Reino Unido a propósito da permanência na União Europeia, o fenómeno reinante da globalização e da europeização não conseguiu dissipar o ceticismo e desencanto político quanto ao funcionamento das instituições europeias e não apagou a importância assumida pela necessidade sentida pelos povos de afirmação da sua individualidade própria e da sua identidade⁴². Esta realidade não

³⁹ BECK, «Die Eröffnung des Welthorizontes: Zur Soziologie der Globalisierung», in: *Soziale Welt*, n.º 1, ano 48, 1997, p. 4. V. também TIMSIT, «Braibant Lecture: Reinventing the State – To Be Continued», in: *International Review of Administrative Sciences*, vol. 74, 2008, p. 168, aludindo a um fator interno (o crescimento das sociedades) e um fator externo (a respetiva mundialização), que põem em evidência o *deficit* da legitimidade política das instituições e, em consonância, do próprio Estado.

⁴⁰ BRUNKHORST, «Constitutionalism and Democracy in the World Society», in: DOBNER/LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 186.

⁴¹ Cf., numa postura crítica, KEATING, *Rescaling the European State: The Making of Territory and the Right of Meso*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 49 e ss..

⁴² Uma das razões subjacentes à vitória da saída do Reino Unido da União Europeia residiu precisamente no facto de esta última ser apreciada como antitética ao sentido da identidade britânica (ou, mais restritamente, inglesa), pondo em causa as especificidades desta identidade. Repare-se, porém, que mesmo os problemas relacionados com a imigração – que constituíram o mote das discussões aquando da campanha referendária – não se podem encarar apenas sob a perspetiva económica e totalmente desligados da afirmação de uma individualidade e dos receios perante uma mudança cultural. *I want my country back* constitui, talvez, a melhor forma de traduzir o sentimento

significa necessariamente (nem pode vir a significar) a restauração do modelo de Estado westfaliano, implicando antes uma refundação do papel da União Europeia, construída na base da cooperação, do entendimento e do diálogo entre os Estados-Membros, nos termos pressupostos por um «princípio da reconciliação» (*Prinzip der Versöhnung*)⁴³.

Todavia, a crise do Estado nacional mergulha mais fundo, e também se encontra conexcionada com a *transnacionalidade*, enquanto expressão de formas de vida que ultrapassam as fronteiras estaduais e, simultaneamente, de integração do que é estrangeiro/estranho como próprio⁴⁴. A mobilização deste conceito (muito em voga nas ciências sociais) destina-se a ilustrar que a crise do Estado não decorre apenas das forças externas, que, progressivamente, põem em xeque a soberania nacional. Além destas, não só a diáspora decorrente dos fluxos migratórios (que origina «etnicidades desterritorializadas»⁴⁵), como também a significativa interpenetração e fluidez de instituições sociais criam uma cultura sincrética e híbrida que, possuindo embora a virtude da criação de uma sociedade que bebe as influências de várias heranças mundividenciais, pode trazer consigo uma uniformização cultural – fruto de um certo mimetismo social – que atenua as identidades (também nacionais)⁴⁶. A nação – tendencialmente marcada pela nota da homogeneidade e centro do poder político – tende a diluir-se ou a tornar-se fluida: as palavras-chave são agora «correntes» (*streams* ou *flows*)⁴⁷ e «sociedade em movimento» (*society on the move*)⁴⁸. *Inter alia*, a generalização dos riscos, a proliferação espacial das comunicações e o aumento da mobilidade dos indivíduos originam novos mundos (*neo-worlds*), enquanto espaços culturais reinventados, caracterizados pela partilha de culturas, que constituem as novas “pátrias

implícito na decisão de muitos britânicos. Cf. CURTICE, «Brexit: Behind the Referendum», in: *Political Insight*, n.º 2, vol. 7, setembro 2016, pp. 6 e s.; KENNY, «The Genesis of English Nationalism», in: *Political Insight*, n.º 2, vol. 7, setembro 2016, pp. 8 e ss.. Evidentemente, o ressurgir de tendências nacionalistas também não deixará de assombrar a unidade do Reino Unido, como, de imediato, se constatou. V. ainda, escrito antes do referendo, mas prognosticando já esta consequência, HENDERSON/JEFFERY/LIÑEIRA/SCULLY/WINCOTT/JONES, «England, Englishness and Brexit», in: *Political Quarterly*, n.º 2, vol. 87, abril/junho 2016, pp. 187 e ss.

⁴³ BECK, *Das Deutsche Europa*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2012, pp. 33 e 57.

⁴⁴ Cf. BECK, *The Cosmopolitan Vision*, trad. por Ciaran CRONIN, Polity Press, Cambridge, 2006, pp. 62 e ss. (62 e 66).

⁴⁵ BECK, *The Cosmopolitan Vision*, cit., p. 65.

⁴⁶ Sobre o transnacionalismo associado à reprodução cultural, v. VERTOVEC, *Transnationalism*, Routledge, Oxon, 2009, pp. 7 e ss..

⁴⁷ Não é por acaso que BECK (*The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 80 e s.) enfatiza o relevo da metáfora da *liquidity*.

⁴⁸ LASH/URRY, *Economies of Signs & Space*, Sage Publications, London, 1994, p. 252.

dos indivíduos pós-modernos cosmopolitas” (*homelands for cosmopolitan postmodern individuals*)⁴⁹.

Tal significa que o paradigma do Estado moderno – tradicionalmente associado ao constitucionalismo – se encontra em crise; ou, se o quisermos dizer, com Beck, o Estado (ou, como preferimos, uma concepção do Estado que oblitere as transformações a que se encontra sujeito em virtude das mutações sociais, políticas e jurídicas que vêm marcando a evolução histórica desde o respetivo surgimento em moldes westefalianos) corresponde a uma «categoria-zombie» (ou morta-viva)⁵⁰, na medida em que ignore as contradições propiciadas pela tensão entre os fenómenos da globalização e da individualização.

Por este motivo, as questões associadas ao risco importam uma autopolitização da modernidade, que transforma o próprio conceito de política⁵¹. Por um lado, esta “transformação” conduziu à alteração do eixo em torno do qual a política se orienta e que hoje se reconduz à «lógica da ameaça do risco» (*Bedrohungslogik des Risikos*) – pressupondo uma cooperação transfronteiriça dirigida a evitar catástrofes e criando uma cultura cívica/civil de responsabilidade que ultrapassa fronteiras e opostos⁵². Por outro lado, mas em estreita conexão com esta lógica, as instâncias decisórias deixam, em muitos casos, de ser nacionais, e de, em última análise, se reconduzirem aos cidadãos (em quem o poder sempre se basearia à luz do princípio democrático), passando as decisões para outros atores não estaduais⁵³. A par desta tendência regista-se a proliferação dos grupos de interesse ou dos movimentos sociais (como os grupos de defesa de direitos), que originam uma «nova cultura política»⁵⁴; mas também se verifica a (quase) total incapacidade do Estado para lidar com as ações dos indivíduos e, sobretudo, com as forças económicas multinacionais, substituídas que foram as suas fontes de *potestas* por acordos internacionais⁵⁵.

⁴⁹ Assim, LASH/URRY, *Economies...*, cit., p. 323; STIGLITZ, *Making Globalization...*, cit., p. 4.

⁵⁰ Sobre este conceito, v. BECK/BECK-GERNSHEIM, *Individualization: Institutionalised Individualism and its Social and Political Consequences*, Sage, London, 2001, pp. 202 e ss..

⁵¹ BECK, *Risk Society*, cit., p. 182.

⁵² BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., pp. 36 e s..

⁵³ BECK (*Risk Society*, cit., p. 184) aludia, neste horizonte, à substituição da democracia política parlamentar por um poder não-político e não-democrático legitimado pela racionalização e pelo progresso. Como decorre do texto, entendemos que a afetação da soberania nacional não resulta apenas (e, com toda a probabilidade, nem predominantemente) da técnica (ou do progresso técnico-económico), mas da intervenção de sujeitos não estaduais, organizações de carácter multinacional, a quem cabe o exercício efetivo do poder, dando origem a uma subpolítica (a que o Autor também se refere, embora com um âmbito mais estreito – *Op. cit.*, p. 186).

⁵⁴ BECK, *Risk Society*, cit., pp. 185, 190, 195 e ss..

⁵⁵ Cf. STIGLITZ, *Making Globalization...*, cit., p. 20.

Como veremos, a descentralização da política implica também uma diminuição da centralidade das constituições (ou, pelo menos, das constituições tal como nos habituámos a concebê-las) e da legislação parlamentarmente legitimada. Por último, e agora louvando-nos nos contributos de Habermas, deixou de fazer sentido a distinção entre a política interna e a política externa, na medida em que os problemas emergentes de um mundo globalizado só poderão receber respostas satisfatórias a partir de uma “política interna mundial” (*Weltinnenpolitik*) – a qual se não identifica com a mera soma das políticas internas dos vários Estados, mas pressupõe uma autocompreensão das pessoas como membros e atores da comunidade internacional, chamados a cooperar entre si e a ter em conta os seus interesses recíprocos⁵⁶. Atente-se, porém, em que a complexidade das tarefas e a presença de interesses públicos globais conflituantes põem a nu a extrema dificuldade em estabelecer políticas planetárias – um aspeto que se torna cada vez mais visível com a emergência de uma voz própria emitida pelos Países do Sul, a qual exige uma articulação com as preferências dos Estados do Norte⁵⁷.

2. A incerteza da economia: a crise económica

A influência da economia nesta matéria exige a consideração de dois eixos de reflexão: um deles reconduz-se às consequências da interferência racionalidade económica na compreensão e na tutela dos direitos fundamentais; o outro respeita aos problemas relacionados com a escassez, que a crise económica veio reforçar.

Como salienta Di Fabio⁵⁸, a globalização resultou de e provocou uma alteração nas relações entre os Estados constitucionais e o mundo da economia, retirando o protagonismo à política para a conferir a esta – motivo pelo qual a unidade dos Estados deixou de se fundar na política para se passar a basear na economia, estribando-se, de algum modo, no otimismo cândido que previa, ainda nos anos '90 do século XX, que a globalização haveria de

⁵⁶ HABERMAS, *The Postnational Constellation*, trad. por Max Pensky, MIT Press, Cambridge, 2001, pp. 54 e ss., e 155 (na tradução em língua inglesa, a expressão surge como *world domestic policy*).

⁵⁷ Assim, WALKER, «Postnational Constitutionalism and the Challenge of Contested Multilateralism», in: *Global Constitutionalism*, n.º 3, vol. 5, 2016, pp. 310 e s., que seguimos de perto.

⁵⁸ DI FABIO, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Möhr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 15, 21 e s., 50.

trazer uma prosperidade para todos sem precedentes⁵⁹. Na interseção entre economia e direito(s), verificou-se um desfasamento entre a rapidíssima mundialização económica e a muitíssimo mais lenta harmonização da tutela dos direitos fundamentais nos vários Estados⁶⁰. A justaposição entre economia e direitos fundamentais assume, desde logo, um relevo determinante quando se considera que a mundialização/globalização das transações comerciais e financeiras implicou uma orientação dos ordenamentos jurídicos no sentido da proteção acrescida de certos direitos, como a propriedade, a liberdade de empresa ou a autonomia privada. Por si só, a tutela destes últimos não envolve problemas, os quais apenas surgem quando a supremacia do mercado dita a absoluta preferência dos referidos direitos sobre os demais ou, pelo menos, quando as suas leis não permitem dar respostas às ameaças às liberdades dos cidadãos⁶¹. Além disso, a mundialização das trocas, a deslocalização de empresas e a constituição de grandes grupos económicos que operam globalmente, associadas à circunstância de os potenciais violadores de direitos fundamentais não serem apenas (nem sobretudo?) entidades públicas, assumindo-se as grandes multinacionais como seus destinatários (diretos?), conduziram à manipulação dos mecanismos de tutela jusfundamental no sentido da menor proteção; a questão surge, em particular, quando as violações de direitos humanos ocorrem no território de Estados dotados de regimes de tutela ainda incipientes, ficando os lesados numa posição muito difícil quando pretendam ver os seus danos compensados, *v. g.*, através do instituto da responsabilidade civil⁶².

A realização dos direitos (sobretudo, dos direitos sociais) assumiu contornos mais preocupantes aquando da (re)emergência da crise económica e

⁵⁹ STIGLITZ, *Making Globalization...*, cit., p. 7; *v. também* p. 269.

⁶⁰ Cf. também BAL, «International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT», in: *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 10, 2001, p. 63.

⁶¹ DI FABIO, *Der Verfassungsstaat...*, cit., p. 29.

⁶² O problema emerge como resultado da circunstância de, em regra, as normas de conflitos que regem a matéria da responsabilidade civil extracontratual assentarem no princípio *lex loci delicti*. Por esta razão, a ponderação (económica) custos-benefícios para a realização de investimentos em Estados mais desfavorecidos acaba por contabilizar incentivos não apenas de natureza económica (resultantes, por exemplo, das menores exigências em termos de salário ou de condições de trabalho), mas também de índole jurídica, nomeadamente, quanto ao foro competente para apreciação dos casos de responsabilidade civil. Neste sentido, a doutrina aponta para a diferença entre os espaços “reais” e “imaginados” da violação dos direitos humanos: se, em virtude de fenómeno da globalização (claramente potenciado pela economia), os atentados aos direitos fundamentais produzem consequências nacionais e globais, o direito internacional privado permanece condicionado pelo espaço (que lhe é coconstitutivo) e as normas de conflitos continuam a viver no contexto (perimido) da absoluta demarcação das fronteiras – com prejuízo para a tutela jusfundamental. Sobre esta questão, cf. BAXI, «Geographies of Injustice: Human Rights at the Altar of Convenience», in: SCOTT (ed.), *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001, pp. 197 e ss..

financeira a partir de 2008, a qual veio recrudescer as preocupações relacionadas com a escassez. O tema não é novo, porquanto, expulso o homem do Paraíso, a escassez configura um problema próprio da condição humana (a insaciabilidade ou a insatisfação permanente); paradoxalmente, a escassez vem reemergir (também) nas modernas sociedades ocidentais abastadas, em consequência quer da multiplicação da «rede de escolhas», quer da assunção de um conjunto de valores ou de preocupações a elas inerentes – como sucede com a valorização dos bens materiais e a sua associação a um determinado *status* social (extremamente volátil e gerador de uma contínua busca por uma identidade social) –, quer dos efeitos da comercialização (e da instigação do mercado) sobre as necessidades e as escolhas individuais⁶³. Em termos económicos, a escassez resulta da tensão entre a necessidade e (os meios para) a sua satisfação, quando aquela não pode ser totalmente satisfeita⁶⁴.

Todavia, a associação entre a escassez, a crise e a socialidade vai muito para além desta perceção, porquanto o surgimento da retração económica veio colocar o Estado-providência (metamorfose perversa do Estado social) perante a impossibilidade de satisfazer todas as tarefas (ou a multiplicidade de objetivos) que, com alguma voracidade, os poderes públicos se propunham (quantas vezes sofisticada e demagogicamente) desenvolver. Num contexto de recursos (cada vez mais) diminutos e em que a promessa de abundância representa apenas uma miragem, a resolução das questões relacionadas com a escassez (enquanto *escolha* entre alternativas) pressupõe uma *decisão de repartição ou distribuição* (*Verteilungsentscheidung*). Eis-nos diante de um aspeto que se projeta, de imediato, na matéria dos direitos fundamentais: a concretização da socialidade e dos direitos sociais exige justamente que o Estado se assuma como sujeito da partilha ou alocação (*güterverteilendes Subjekt*) de bens escassos, os quais constituem o objeto dessa mesma partilha⁶⁵. Efetivamente, a realização da socialidade não se reconduz apenas a uma questão de produtividade, mas postula, sobretudo, um juízo sobre a distribuição

⁶³ Assim, XENOS, *Scarcity and Modernity*, Routledge, London/New York, 1989, pp. ix, 1 e ss., *passim*. V. também ROBBINS, «The Nature and Significance of Economic Science», in: HAUSMAN (ed.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1994, p. 85, a quem pertence a metáfora da expulsão do Paraíso e que define a escassez de recursos como a “quase ubíqua condição do comportamento humano”.

⁶⁴ Cf. MALAVIYA, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 49.

⁶⁵ Sobre esta questão, v. MALAVIYA, *Verteilungsentscheidungen...*, cit., pp. 4 e ss.. A Autora não foge à discussão do problema – subjacente à tese – da distinção entre o Estado e a sociedade (designadamente, o mercado) como sujeitos ou instâncias de alocação ou distribuição de recursos escassos no contexto de uma economia complexa, que não se compadece mais com uma absoluta destrinça entre ambos.

da riqueza. Quando levado a cabo pelos poderes públicos, volve-se num juízo *autoritário* (*i. e.*, por contraposição ao juízo de mercado, vertido na fixação de um preço) complexo de alocação de recursos⁶⁶ – ele próprio vinculado pelos direitos fundamentais, em especial na vertente da tutela da igualdade formal, mas também, e especialmente, da igualdade material⁶⁷.

Na verdade, e recuperando, em parte, o raciocínio de Amartya Sen⁶⁸, a pobreza (tal como a fome) não resulta (ou não resulta exclusiva ou especialmente) da ausência de recursos (ou, no caso da fome, da inexistência de comida suficiente); decorre antes da relação (do *entitlement*) entre as pessoas e os recursos, *i. e.*, da circunstância de determinadas pessoas não terem acesso a tais recursos (ou, mais uma vez, quando o problema se reporta à fome, ao facto de os indivíduos não terem os alimentos necessários para viver). Não esqueçamos, pois, que a questão da crise do Estado social – decorrente da escassez, mas fortemente induzida pela crise económica – constitui um problema de certos ordenamentos jurídico-constitucionais: como adverte Marcelo Neves⁶⁹, existem regiões do mundo onde ainda está por realizar um mínimo de Estado social, na medida em que – acrescentaríamos nós – o problema do *entitlement* a nível mundial se encontra muito longe de estar resolvido.

Tal significa, no fundo, que o problema da pobreza, mesmo quando associado a uma crise económico-financeira, não se desenvolve apenas em torno

⁶⁶ Acentuando a nota da autoridade, cf. MALAVIYA, *Verteilungsentscheidungen...*, cit., p. 20; v. também p. 26. Repare-se que, como também enfatiza a Autora, a realização *pelo Estado* deste juízo de distribuição da riqueza pressupõe uma decisão anterior que consiste, precisamente, na atribuição *ao Estado* da concreta tarefa de alocação de bens (com a conseqüente retirada de tal decisão da esfera do mercado) – cf. *Op. cit.*, p. 50. Eis o que se passou, precisamente, com o advento do Estado social, altura em que se considerou que o mercado não conseguiria efetuar uma distribuição equitativa de determinados bens (como a saúde, a educação ou a segurança social) – cf. BRODIE, «New Constitutionalism, Neo-Liberalism and Social Policy», in: GILL/CUTLER (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 256.

⁶⁷ Cf. WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 34 e ss..

⁶⁸ SEN, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford University Press, Oxford, 1982. O Autor apresenta a delineação geral da sua posição no Capítulo 1 (pp. 1 e ss.) e desenvolve a teoria do *entitlement* no Capítulo 5 (pp. 45 e ss.). No que tange, especificamente, à questão da fome, Amartya Sen considera que, atualmente, a sua existência é moralmente ultrajante e politicamente inaceitável: retornando, uma vez mais ao problema da justiça distributiva, enfatiza-se que, em termos diversos do que sucedeu noutros momentos históricos, não existem hoje, com os desenvolvimentos do processo produtivo a que assistimos, razões naturais justificadoras da persistência da fome em certas partes do mundo. Aliás, a circunstância de, tipicamente, os habitantes da Europa ou dos Estados Unidos procurarem reduzir o número de calorias ingeridas demonstra quão paradoxal é a persistência de deficiências nutricionais noutras zonas do planeta; o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, quanto à distância desigualitária, na mesma sociedade, entre ricos e pobres. V. também DREZE/SEN, *Hunger and Public Action*, Clarendon Press – Oxford University Press (reimp.), Oxford, 2002, pp. 3 e ss..

⁶⁹ Marcelo NEVES, «(Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo Além de Colisões», in: *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, vol. 93, 2014, p. 212.

da questão da escassez, mas implica também uma atenção à justa repartição da riqueza, motivo pelo qual assumem tanta importância as políticas públicas sociais, em geral, e o sistema de segurança social, em particular, enquanto mecanismos de distribuição de recursos (e de influência sobre o *entitlement*). Em síntese, a pobreza constitui a “consequência humana da desigualdade”⁷⁰.

Claro que a escassez de que falamos (e da qual não podemos, evidentemente, abstrair) não tem apenas raízes económicas, mas decorre também da escassez demográfica em determinados pontos do planeta⁷¹. Eis um fenómeno não pode ser ignorado mesmo por quem, partindo de um miradouro mais elevado, adote uma mais pessimista perspectiva malthusiana⁷². Na linha de João Loureiro⁷³, poder-se-á afirmar que a concretização da socialidade, talqualmente se encontra conformada pelas constituições, depende de pressupostos demográficos que deixaram de se verificar: a realização do Estado social carece de um substrato pessoal, imprescindível para a criação dos recursos económicos, por sua vez, determinantes na concretização de muitos direitos.

É natural, pois, que se questione se o Estado social constitui uma das “baixas” da crise económico-financeira ou se, pelo contrário, a superação desta última representa uma nova oportunidade para a (re)legitimar e inspirar novos rumos para as políticas sociais e económicas⁷⁴. Não se trata apenas de acentuar a *necessidade* da ação pública nesta matéria, mas também da *natureza* dessa ação, com toda a complexidade inerente à escolha dos instrumentos sociais e à atenção que essa escolha demanda nos planos político, económico-financeiro e social⁷⁵.

⁷⁰ GREEN, *From Poverty to Power: How Active Citizens and Effective States Can Change the World*, Oxfam International, Oxford, 2008, p. 7.

⁷¹ ZACHER (*Abhandlungen zum Sozialrecht II*, C. F. Müller, Heidelberg, 2008, pp. 283 e 290) concebe a vida em três fases, ainda que duas delas possuam características sociais semelhantes: a fase infantil-juvenil, a “fase do meio” (*mittlere Lebensphase*) e a fase idosa. Enquanto as fases infantil-juvenil e a fase idosa representam as fases tradicionais de “receber” (*nehmen*), a “fase do meio” corresponde à época de “dar” (*geben*) ou “dever-dar” (*geben-sollen*). Como facilmente se percebe, quando a demografia não favorece a “fase do meio” e, simultaneamente, aumenta o número de pessoas da fase idosa, não só diminuem os contributos imprescindíveis para sustentar o Estado social, como aumenta o número daqueles que beneficiam das prestações públicas.

⁷² Não é por acaso que STIGLITZ (*Making Globalization...*, cit., p. 10) observa que “o mundo se encontra numa guerra entre o crescimento económico e o crescimento demográfico, e, até agora, o crescimento demográfico está a ganhar”.

⁷³ João LOUREIRO, «Crise(s)...», cit., p. 99. V. também João LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos Direitos Adquiridos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 53 e ss..

⁷⁴ Formulando as interrogações, v. HEMERJICK, *Changing Welfare States*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1 e ss..

⁷⁵ Cf. também DREZE/SEN, *Hunger...*, cit., pp. 17 e ss..

Os problemas da concretização dos direitos sociais radicam no paradoxo em que, numa época de globalização, o Estado social se encontra: se o desenvolvimento da economia escapa ao controlo nacional, as respetivas consequências (a pobreza, o desemprego, a emigração) – em suma, a questão social – ainda estão associadas ou são precipuamente combatidas pelos mecanismos internos (estaduais) tradicionais⁷⁶ (pense-se, *v. g.*, nos instrumentos fiscais nacionais⁷⁷). Todavia, não só tais mecanismos estão desprovidos de meios para lhes dar uma resposta satisfatória e racional⁷⁸, como ainda se encontram limitados pela constituição económica global e pelas corporações transnacionais, cujos órgãos executivos (mas também parajurisdicionais) parecem suplantar as soberanias estaduais⁷⁹. Como salienta Habermas⁸⁰, os Estados perderam o poder de conduzir os mecanismos das economias nacionais e de estimular o crescimento, e, como tal, viram-se despojados da capacidade de assegurar as bases que sustentam a sua legitimação – o que, no final, os colocou na encruzilhada entre a necessidade de aumentar os orçamentos através dos impostos e a impossibilidade de o fazer perante uma sociedade cada vez mais pobre e desgastada.

Daí que, na sequência da interrogação profunda de Beck⁸¹, num cenário em que as desigualdades sociais aumentaram de forma dramática [originando o que o Autor apelida de «brasileirização da Europa» (*Brasilianisierung Europas*)⁸²], consista em determinar “quão solidária pode (*kann*), quão solidária deve (*soll*), quão solidária tem (*muss*) a Europa de ser ou de se tornar” para superar a crise – uma interrogação que se poderia estender à comunidade global. E, neste ponto, o Autor transpõe, de alguma forma, as preocupações

⁷⁶ Cf. BECK, «Die Eröffnung...», cit., p. 4.

⁷⁷ Sobre esta matéria, cf., *v. g.*, WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, cit., pp. 32 e s., que alude à «vigência fiscal» (*Fiskalgeltung*) dos direitos fundamentais.

⁷⁸ BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., p. 63; ORTEGA, «Global Citizenship and Global Legitimacy», in: ANTHONY/AUBY/MORISON/ZWART (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011, pp. 253 e 255.

⁷⁹ Cf. TULLY/DUNOFF/LANG JR./KUMM/WIENER, «Introducing Global Integral Constitutionalism», cit., pp. 7 e s.. *V. também* TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 87. Sem que, todavia, já se possa admitir a existência de uma entidade mundial com poder para disciplinar a economia global, porquanto uma autoridade assim concebida implicaria uma renúncia (muitíssimo mais significativa que a já existente) da soberania estadual em matéria económica: *v. ORTEGA*, «Global Citizenship...», cit., p. 253.

⁸⁰ HABERMAS, «Crossing Globalization's Valley...», cit., p. 53.

⁸¹ BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., pp. 24 e 63.

⁸² Cf., *v. g.*, BECK, «Die Brasilianisierung Europas», in: DÖNHOF/SOMMER (eds.), *Was Steht Bevor Uns? Mutmaßungen über das 21. Jahrhundert. Aus Anlaß des 80. Geburtstages von Helmut Schmidt*, Siedler, Berlin, 1997, pp. 157 e ss.. Mais tarde, o Autor desenvolve a sua posição, referindo-se, mais amplamente, à brasileirização do ocidente (assim, BECK, *The Brave New World of Work*, Polity Press, Cambridge/Malden, 2000, pp. 1 e ss.).

eminentemente ecológicas que estão na base da sua teoria, e que o levaram a refletir, em especial, sobre a questão ambiental, deixando um pouco à margem a questão social. Embora a modernidade reflexiva se possa condensar na fórmula segundo a qual “a pobreza é hierárquica, o *smog* é democrático”⁸³, tal não significa que, por este motivo, se revele admissível relegar para segundo plano o problema da erradicação da pobreza – até porque, na verdade, os riscos estão longe de se distribuir uniformemente sobre as pessoas, mas, pelo contrário, atingem com intensidade superior os mais desfavorecidos⁸⁴.

3. A incerteza do tempo e do espaço: a crise das gerações

Uma das questões mais prementes do Estado de direito social intrinsecamente conexas com a realização dos direitos fundamentais radica nas relações intergeracionais: nas palavras de Zacher⁸⁵, as relações entre as gerações “socializaram-se”, pelo que o tradicional par de conceitos solidariedade e justiça social se transformou em solidariedade das/entre as gerações (*Generationensolidarität*) e justiça geracional (*Generationengerechtigkeit*). Além disso, o problema do risco – que se associa, em primeira linha, a uma dimensão técnica e ecológica – e o fenómeno da globalização trazem à tona a necessidade de enfrentar as questões emergentes da transterritorialidade e da transtemporalidade das decisões⁸⁶ que se refletem simultaneamente na crise intrageracional (de natureza espacial) e intergeracional (de índole temporal)⁸⁷.

No plano espacial, a globalização – associada à incapacidade do Estado de dar resposta aos anseios dos seus cidadãos, que já salientámos no ponto

⁸³ BECK, *Risk Society*, cit., p. 36. Como o Autor explicita logo a seguir, a afirmação pretende traduzir a transversalidade dos riscos e a respetiva tendência para a globalização (consequência, também, do designado «efeito boomerang»), os quais têm, por isso, um efeito igualizador, viabilizando a superação (ou a transformação) do modelo da sociedade de classes (*Op. cit.*, pp. 36 e ss.).

⁸⁴ Assim, FIELD, «Risk and Justice: Capitalist Production and the Environment», in: *Capitalism, Nature, Socialism*, n.º 2, vol. 8, junho 1997, p. 69.

⁸⁵ ZACHER, *Abhandlungen...*, cit., pp. 281 e s..

⁸⁶ Precisamente nestes termos, João LOUREIRO, «Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 824.

⁸⁷ Uma especial tradução deste problema encontramos-na na conceção do princípio da igualdade como igualdade sincrónica e diacrónica: sobre esta questão, à luz da jurisprudência constitucional portuguesa, v. as considerações que apresentámos em «Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial», in: João LOUREIRO/Suzana Tavares da SILVA (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 94 e ss..

anterior – veio determinar uma certa desconfiança ou mesmo rejeição perante a alteridade. Quando a crise financeira e política dos Estados nacionais se conjuga com as crescentes dificuldades económicas das pessoas, assomam os perigos de uma reação contra tudo o que é exterior e pareça ameaçar a instável conjuntura ou certos *standards* de vida – um sentimento que se dirige indiferenciadamente contra tudo o que venha do exterior das fronteiras, incluindo imigrantes e refugiados⁸⁸. A resposta à crise intrageracional pressupõe uma adequada compreensão e uma revalorização da *solidariedade*, enquanto fenómeno que exprime aquela relação, mais ou menos estável, entre pessoas que possuem um sentimento de pertença a determinada formação social (não necessariamente estadual) e relativamente à qual manifestam uma *affectio societatis*⁸⁹. Não se ignora que o Estado constitui a formação social por excelência, pelo que a respetiva adjetivação como social pressuporá, se quisermos convocar a lição de João Loureiro⁹⁰, que “assum[a] como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conectionam com bens básicos ou fundamentais (...) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço”. Todavia, no cenário hodierno, esta tarefa já não se encontra apenas adstrita aos Estados nacionais, exigindo uma projeção (senão à escala mundial, pelo menos) na Europa, através da adoção de políticas sensatas de redistribuição coordenada da riqueza⁹¹.

Se observarmos as questões da justiça distributiva através do ângulo do tempo, concluímos que as dificuldades se avolumam. Desde logo, e talqualmente já avançámos, à crise económica alia-se hoje uma crise demográfica. Considerando que a realização dos direitos – e, de forma muito particular, a realização dos direitos sociais – postulava um certo panorama populacional, o atual desequilíbrio entre as gerações torna-se preocupante. A estas

⁸⁸ Assim, HABERMAS, «Crossing Globalization's Valley...», cit., p. 54.

⁸⁹ Noção que colhemos em Casalta NABAIS, «Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, 1999, pp. 147 e s.. O Autor efetua ainda uma distinção entre os planos objetivo e subjetivo da solidariedade: em sentido objetivo, a solidariedade designa a relação; numa aceção subjetiva, o conceito apela a uma ética social e traduz o sentimento e a consciência de pertença a uma comunidade.

⁹⁰ João LOUREIRO, «A “Porta da Memória”: (Pós?)Constitucionalismo, Estado (Pós?)Social, (Pós?) Democracia e (Pós?)Capitalismo», in: *Estudos do Século XX*, n.º 13, 2013, p. 115. Cf. ainda João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 73 e ss..

⁹¹ HABERMAS, «Crossing Globalization's Valley...», cit., pp. 56 e s..

perplexidades somam-se ainda os “problemas intertemporais da democracia” (*intertemporale Probleme der Demokratie*), *i. e.*, a circunstância de os instrumentos da democracia representativa (marcados pela estrita temporalidade das legislaturas e pela concorrência entre as forças políticas) não permitirem a representação das gerações futuras e potenciarem a discrepância entre uma “legitimação democrática de curto prazo” e uma “responsabilidade a longo prazo”, privilegiando os interesses imediatos⁹².

Os obstáculos suscitados pela transterritorialidade e a transtemporalidade permitem a construção de um conceito de «constituição à distância» ou de «constituição da distância» (*Fernverfassung*), a que, entre nós, já se refere João Loureiro⁹³. Esta perspetiva afigura-se paralela à da «ética à distância» (*Fernethik*), que surge em domínios técnica e juridicamente novos, por oposição à *Nahethik*, a tradicional «ética de proximidade»⁹⁴. Aquele conceito destina-se a fomentar o alargamento (ou mesmo a totalização) da responsabilidade nos planos *espacial*, *temporal* e *substancial*, apontando, respetivamente, para a eliminação das fronteiras rumo a uma perspetiva global(izante) e cósmica da responsabilidade, para a extensão da responsabilidade perante gerações futuras («responsabilidade futura» – *Zukunftsverantwortung*⁹⁵) e para o alargamento da responsabilidade relativamente à totalidade dos seres vivos⁹⁶.

Transposta, *cum grano salis*, para o constitucionalismo, esta ideia destina-se a ponderar a relevância que a Constituição pode conferir às gerações futuras – auxiliando a redensificação de problemas antigos, como os atinentes

⁹² APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 86 e s.; cf. também ZACHER, *Abhandlungen...*, cit., pp. 295 e s.. Entre nós, v. Gomes CANOTILHO, «Sustentabilidade – Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo I, 2012, p. 9.

⁹³ João LOUREIRO, «Da Sociedade...», cit., p. 824, e, associando o conceito às questões suscitadas pela transterritorialidade e transtemporalidade, «Fernverfassung, Konstitutionalismus und Weltverfassung», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, 2001, p. 557.

⁹⁴ Sobre a *Fernethik*, cf., *v. g.*, KEMP, *Das Unersetzliche: Eine Technologie-Ethik*, Wichern-Verlag, Berlin, 1992, pp. 93 e ss.; BIRNBACHER, «Grenzen der Verantwortung», in: BAYERTZ (org.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995, pp. 143 e s.; noutros textos, o último Autor privilegia a dimensão temporal (referindo-se, tal como Hans Jonas, aliás) a uma «ética do futuro» (*Zukunftsethik, future ethics*) – v. BIRNBACHER «Responsibility for Future Generations – Scope and Limits», in: TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 23 e ss., e BIRNBACHER/SCHICHA, «Vorsorge statt Nachhaltigkeit – Ethische Grundlagen der Zukunftsverantwortung», in: BIRNBACHER/BRUDERMÜLLER (orgs.), *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2001, pp. 20 e ss..

Tecendo, entre nós, reflexões sobre o conceito, cf. Faria COSTA, «A Linha (Algumas Reflexões sobre a Responsabilidade em um Tempo de “Técnica” e de “Bio-ética”», in: *O Homem e o Tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, pp. 405 e ss.; João LOUREIRO, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 275 e s..

⁹⁵ BIRNBACHER/SCHICHA, «Vorsorge...», cit., pp. 17 e ss..

⁹⁶ Cf. BIRNBACHER, «Grenzen...», cit., p. 143; Faria COSTA, «A Linha...», cit., p. 406.

à vinculação das gerações futuras pelas leis fundamentais ou os limites materiais de revisão constitucional, mas, sobretudo, viabilizando a formulação de questões novas, como a tutela das gerações futuras contra os riscos produzidos pelas atuações das gerações presentes. Além disso, a extensão global dos problemas jurídicos implica, cruzando agora as duas dimensões do espaço e do tempo, que as constituições nacionais (circunscritas ao território de um Estado) não possam deixar de considerar vinculações extra-estaduais – voltando a reforçar as questões relativas, *v. g.*, aos limites ao poder constituinte originário – e de revelar uma abertura a uma normatividade também extra-estadual (de natureza internacional ou mesmo supranacional).

O problema da partilha do mundo e a sua associação com a sustentabilidade e a responsabilidade implicam uma retematização de paradigmas, rumo a uma compreensão sistémica da realidade, que conceba esse mundo não como um agregado de indivíduos, mas antes como uma rede de comunidades em relação, situadas num tempo e num espaço em mutação constante e num contexto de recursos (horizontal e verticalmente) finitos⁹⁷. Perante uma “globalização de rapina” importa opor uma “união solidária na comunidade dos homens”⁹⁸ e construir uma “responsabilidade élpica”, ancoradouro de um “dever de manutenção das condições de possibilidade de realização da pessoa humana”⁹⁹. Trata-se, em suma, de promover, o equilíbrio entre o desenvolvimento de uma atitude de reconhecimento face às gerações passadas, de assunção de obrigações perante as gerações futuras¹⁰⁰ (potencialmente infinitas) e de garantia da liberdade das gerações presentes, numa atuação interpessoal que pretende ter em atenção as possibilidades e as dificuldades (de natureza económica ou não) próprias dos vários estádios da vida (*lato sensu*)¹⁰¹.

⁹⁷ Partindo desta perspetiva para extrair consequências decisivas para a própria compreensão do direito e superação dos paradigmas modernos, *v.* a proposta de CAPRA/MATTEI, *The Ecology of Law*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2015 (a qual, numa síntese muito linear, tem em vista uma qualidade da vida económica dirigida a preservar a natureza, no interesse das gerações futuras e, sobretudo, da sobrevivência humana – *cf.* pp. 14 e ss.).

⁹⁸ Miguel Baptista PEREIRA, «Alteridade, Linguagem e Globalização», in: *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 23, 2003, pp. 37 e 36, respetivamente.

⁹⁹ João LOUREIRO, *Adeus...*, *cit.*, p. 42.

¹⁰⁰ BIRNBACHER, «Responsibility...», *cit.*, p. 37.

¹⁰¹ Numa paráfrase ao conceito de solidariedade intergeracional (enquanto elemento determinante do Estado social) de ZACHER, *Abhandlungen...*, *cit.*, pp. 288 e ss..

4. A incerteza normativa: a crise do direito

A erosão do Estado moderno introduziu momentos de complexificação no direito, na medida em que o predomínio tradicional das fontes de natureza estadual se encontra em paulatina substituição quer por níveis normativos de infraestaduais (sub-estaduais), quer por níveis normativos de direito internacional ou mesmo de direito supranacional (europeu) – em suma, e na antítese feliz de Walker¹⁰², deparamo-nos com uma «desordem das ordens normativas», emergente da fragmentação do poder do Estado, e que leva Casalta Nabais a, expressivamente, aludir à «salamização» interna e externa do Estado¹⁰³. O que, se não representa um “defeito do direito”, implica, no mínimo, uma mutação do seu sentido, rumo à emergência de sistemas mais interativos, mas também mas instáveis¹⁰⁴.

Mas a incerteza do direito liga-se também ao facto de, com estes estratos, coexistirem instrumentos regulativos privados, como sucede, paradigmaticamente, com a *lex mercatoria*¹⁰⁵, que, por razões utilitaristas ou económicas (mas já não axiológico-jurídicas), pode contender com a proteção de direitos fundamentais¹⁰⁶. Encontramos um exemplo típico desta realidade

¹⁰² WALKER, «Beyond Boundary Disputes...», cit., p. 376.

¹⁰³ CASALTA NABAIS, «Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 972 e ss. [aludindo ao “Estado «salamizado»”, enquanto fenómeno resultante da “fragmentação ou fraccionamento do (poder do) Estado em virtude de intensa disputa que os mais diversos pólos de poder político e sócio-económico vêm travando, reivindicando para si parcelas cada vez mais significativas do poder estadual como se este estivesse em saldos ou mesmo em liquidação”], e «A Autonomia Financeira das Autarquias Locais», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXII, 2006, pp. 57 e s.. A este propósito, o Autor refere-se a uma “salamização” interna e externa do Estado (cf. o quadro sinóptico a p. 57, últ. *Op. cit.*), a sublinhar, por um lado, e a jusante, a absorção do poder estadual emergente das diversas formas de descentralização territorial (polarizada em torno de “regionalismos e municipalismos protagonistas contínuos de processos aparentemente inesgotáveis de «autonomia progressiva»”) ou associativa (onde emergem as pretensões dos grupos de pressão, com especial destaque para as associações públicas de profissionais liberais, a defender interesses “de grupo”), e, por outro lado, e a montante, a perda de poder resultante da integração (*maxime*, europeia) política e económica.

¹⁰⁴ Assim, já DELMAS-MARTY, *Le Relatif...*, cit., p. 7.

¹⁰⁵ Que TEUBNER [«“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society», in: TEUBNER (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sydney, 1997, p. 3; cf. também pp. 8 e ss.] reconhece como um caso exemplar do direito global sem Estado, e que DELMAS-MARTY (*Le Relatif...*, cit., p. 102) identifica com o conjunto de práticas do comércio (portanto, de formação costumeira), dotadas de uma vocação universal, que se impuseram na ausência de um verdadeiro direito estadual com capacidade para disciplinar as relações em causa. V. ainda MERTENS, «*Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?*», in: TEUBNER (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sydney, 1997, pp. 31 e ss..

¹⁰⁶ Cf. FERRARESE, «Globalizzazione Giuridica», in: *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 560; v. também p. 562. Considere-se, aliás, que uma das características da *lex mercatoria* consiste na subordinação dos litígios a tribunais arbitrais, o que, no limite, significa

nos desafios colocados pelo investimento estrangeiro: a partir do momento em que o Estado se procura financiar através de investidores estrangeiros, contratualizando a sua soberania, a regulação da tutela das legítimas expectativas dos consumidores escapa ao direito estadual, e passa a resultar dos contratos celebrados¹⁰⁷. Reflexões idênticas – que apontam para a superação do monopólio da criação (autoritária-estadual) de normas jurídicas – se podem tecer a propósito da crescente intervenção das empresas transnacionais, que, traduzindo uma captura corporativa, constituem a verdadeira fonte das soluções adotadas no âmbito do direito fiscal das empresas. Em ambos os casos, verifica-se que o primeiro (e, por vezes, também o último) nível regulatório não se reconduz ao direito emanado pelos órgãos politicamente legitimados, proliferando fontes de *soft law* (e também *hoft law*¹⁰⁸ ou mesmo de *tentative law*¹⁰⁹), desprovidas de carácter autoritário-coercivo¹¹⁰. Uma realidade que leva alguma doutrina a falar de um «pluralismo jurídico genético» (*genetischer Rechtspluralismus*)¹¹¹.

que não só o direito substantivo é construído pelas multinacionais, como também a resolução dos litígios emergentes da sua realização decorre em tribunais por aquelas designados, com recurso a instrumentos contratuais. V. ainda GÜNTER/RANDERIA, *Recht...*, cit., pp. 38 e s..

¹⁰⁷ Sobre esta questão, cf. Suzana Tavares da SILVA, «Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade», in: Suzana Tavares da SILVA/Maria de Fátima RIBEIRO, *Trajectórias de Sustentabilidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 116.

¹⁰⁸ A *hoft law* representaria uma “terceira via” em face da *hard law* e da *soft law*: da primeira guarda a institucionalização; da segunda conserva os efeitos típicos (no sentido de que, embora as fontes em causa estejam desprovidas de efeitos vinculativos, a ausência de conformação dos comportamentos com as suas prescrições só é possível mediante uma fundamentação adequada). Cf. MÖLLERS, «Sources of Law in European Securities Regulation: Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière», in: *European Business Organization Law Review*, n.º 11, 2010, pp. 379 e ss.. Entre nós, Luís Guilherme CATARINO, «A Nova Regulação Europeia dos Mercados Financeiros: A *Hoft Law* nos *Balancing Powers* da União», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jose Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, *Studia Iuridica* 105, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 145 e ss., esp.^{te} pp. 166 e ss..

¹⁰⁹ FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 559, utilizando a locução para exprimir uma situação intermédia entre o jurídico e o não jurídico.

¹¹⁰ Assim, Casalta NABAIS, «A Crise do Estado Fiscal», in: Suzana Tavares da SILVA/Maria de Fátima RIBEIRO (org.), *Trajectórias de Sustentabilidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 35. São, aliás, estes (e outros) fatores que levam o Autor a defender a morte da constituição económica, financeira e fiscal, e, em especial, a emergência de um “direito fiscal a montante dos Estados” – emergente não só da existência de fontes do direito fiscal que não passam pelos Estados, mas também da circunstância de, numa economia aberta (e, por conseguinte, de concorrência fiscal), a captação do investimento estrangeiro depender da atratividade do sistema fiscal: cf., v. g., Casalta NABAIS, «Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social», in: *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 130 e s., «Reflexões sobre a Constituição Económica, Financeira e Fiscal», in: *Por um Estado Fiscal Sustentável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 157 e ss., e *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 131 e ss.. Cf. ainda TEUBNER, «“Global Bukowina”...», cit., p. 21, a propósito da *soft law*.

¹¹¹ GHÜNTER/RANDERIA, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Werner Reimers Stiftung, Bad Homburg, 2001, p. 96.

Se quisermos invocar agora a imagem tão expressiva de Ferrarese¹¹², poderemos afirmar que a “paisagem jurídica” da “época de ouro” dos Estados nacionais recortada no período moderno se assemelhava a um jardim italiano (*all’italiana*), desenhado em áreas bem delimitadas e rigorosamente diferenciadas; já a globalização determinou uma alteração da arquitetura paisagística e implicou o acolhimento do modelo do jardim inglês, optando por um cenário mais natural e quase selvagem, dotado de espécies vegetais muito diversas e onde se esbatem as linhas divisórias entre elas. O século XXI alberga aquilo que alguma doutrina designa como o «direito global», simultaneamente causa e efeito de uma nova ordem política e normativa¹¹³, caracterizado por uma dinâmica própria, que tenta acompanhar a vertigem das relações jurídicas transnacionais, cujo raio de ação não se circunscreve às fronteiras do espaço e do tempo, e que se realiza através de instrumentos marcados pelo pluralismo e articulados à maneira de fractais.

É este o contexto da atual «crise de direção» (*Steuerungskrise*) do direito, decorrente do distanciamento entre a «exigência de direção» (*Steuerungsanspruch*) das normas jurídicas e a sua efetiva «força de direção» (*Steuereungskraft*)¹¹⁴. A existência de novos instrumentos vinculadores (não necessariamente consubstanciados em normas *jurídicas*¹¹⁵, mas constituindo uma espécie de «direito factual»¹¹⁶, corporizada em esquemas regulativos alternativos ao *agere* público (provenientes dos quadrantes europeu e internacional, mas também emergentes da normação privada) não pode obliterar

¹¹² FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 548 (a metáfora permanece nas páginas subsequentes; mais tarde, introduz-se também a imagem do *puzzle* – *Op. cit.*, p. 564). Como também nota a Autora, não deixa de se afigurar interessante que o reforço dos limites e das fronteiras, próprio da modernidade, tenha sido coevo da emergência do cosmopolitismo propiciado pelos Descobrimientos; todavia, neste momento, tratava-se ainda de assegurar a ampliação dos territórios dos Estados nacionais e o respetivo reconhecimento oficial na cena internacional (*Op. cit.*, p. 550).

¹¹³ Cf., v. g., FERRARESE, *Prima Lezione di Diritto Globale*, Laterza, Roma/Bari, 2012, aludindo a um novo modo-de-ser do direito.

¹¹⁴ Cf., sobre esta matéria, KLEMENT, *Verantwortung (Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 12 e ss.. Sobre o problema da capacidade de direção do direito constitucional, v. ainda GOMES CANOTILHO, «“Bypass” Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais», in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 257 e ss..

¹¹⁵ Ainda que a capacidade de prestação das normas jurídicas (desde logo, das normas constitucionais) também fique sujeita a novos desafios – cf. GOMES CANOTILHO, «O Estado Garantidor: Claros-Escuros de um Conceito», in: Avelãs NUNES/Miranda COUTINHO, *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 575 e s..

¹¹⁶ GROSSI, *Società, Diritto, Stato: Un Recupero per il Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 186 e s., aludindo a um *diritto fattuale, i. e.*, um direito espontaneamente observado, ainda que desconhecido pelo aparelho oficial do Estado; v. ainda GROSSI, *Ritorno al Diritto*, Laterza (ed. Kindle), Roma-Bari, 2015, ponto II, referindo-se também à *fattualità* do direito, enquanto característica que traduz a relação entre o direito e os factos (a realidade), os quais condicionam e plasmam o primeiro.

que o direito se assume como um dado ineliminável, numa perspetiva concomitantemente ética, política, cultural e funcional¹¹⁷.

Em muitas circunstâncias, a crise do direito deve acabar por se reconduzir à crise de uma certa compreensão (de índole positivista) do direito: a globalização poderá proporcionar a ultrapassagem do entendimento da supremacia de uma *ordem de autoridade* centrada exclusivamente na soberania nacional¹¹⁸ e fazer reconduzir o direito a uma «ordem de validade»¹¹⁹. Aliás, no âmbito das políticas públicas lançadas num Estado de direito, mesmo os mais técnicos problemas de gestão de risco não se compadecem com uma pura racionalidade técnico-científica, mas exigem uma ponderação normativa¹²⁰ ou valorativa¹²¹: a tarefa de gestão do risco não se satisfaz com o conhecimento da possibilidade ou da probabilidade da ocorrência danosa e das formas técnicas de a solucionar, pressupondo ainda quer uma definição dos riscos mais ou menos aceitáveis, quer um juízo de alocação de recursos destinados a evitar os acontecimentos ou a minimizar as suas consequências. A mesma observação é verdadeira se atentarmos na dimensão financeira: quando se pede à economia (e às finanças públicas) uma solução para determinado problema (v. g., determinar as vantagens do lançamento de um imposto sobre o consumo para equilibrar as contas públicas ou da alteração do salário mínimo para relançar o mercado nacional), a solução final nunca deixa de se revelar permeável a juízos de natureza normativa (ou, inclusivamente, axiológica)¹²².

Não se pode, todavia, ignorar que o policentrismo normativo associado à globalização e à crise do direito, e, muito particularmente, à crise do direito público, veio demonstrar a superveniência de uma (quase) revolução copernicana do seu sentido originário: se o direito público nasceu para limitar os abusos do Estado e preservar a autonomia da sociedade, atualmente, os poderes com maior impacto nas liberdades pessoais não revestem natureza pública-autoritária, provindo antes de entidades privadas (económicas, tecnológicas, científicas, jornalísticas ou informacionais). É a uma comunidade

¹¹⁷ Assim também KLEMENT, *Verantwortung...*, cit., p. 19.

¹¹⁸ WALKER, «Beyond Boundary Disputes...», cit., p. 376.

¹¹⁹ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade: A Validade como Categoria Jurisprudencialista», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3984, ano 143.º, janeiro/fevereiro 2014, p. 175.

¹²⁰ Considerando que o risco pressupõe uma envolvimento das racionalidades científica e social, cf. BECK, *Risk Society*, cit., pp. 29 e s..

¹²¹ ZINN, «Introduction...», cit., p. 13.

¹²² Cf. também HAUSMAN/McPHERSON, «Economics, Rationality, and Ethics», in: HAUSMAN (ed.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1994, p. 254.

com estas características que se dirige hoje um direito público¹²³ fragmentário, essencialmente principiológico, marcado pela convivência entre *hard law* e *soft law*, rejeitando a existência fechada de um conjunto de fontes pertencentes (exclusivamente) a um elenco “de denominação de origem controlada”¹²⁴ e reconstituído, cada vez mais, pela experiência, designadamente jurisdicional¹²⁵, e onde o contrato acaba por assumir um lugar de protagonista (enquanto expressão, por excelência, de uma penetração de uma racionalidade dialógica nas relações transnacionais de direito público)¹²⁶.

4.1. Em especial (I): a crise do direito constitucional

Todas estas questões acabam por atingir o sentido do direito constitucional e das constituições, porque o momento corresponde àquele que já foi designado como a “hora mundial do Estado constitucional” (*Weltstunde des Verfassungsstaates*)¹²⁷. Por este motivo, a doutrina interroga-se sobre a adjetivação do constitucionalismo na sociedade mundial (pós-nacional, pós-territorial, pós-estadual?¹²⁸), questiona o sentido da “constituição no processo da desestatização”¹²⁹ e parte mesmo para construções dogmáticas que apresentam a constituição para lá do Estado ou mesmo desligada do Estado nacional¹³⁰.

¹²³ Assim, ESTEVE PARDO, *Autorregulación: Génesis y Efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 172.

¹²⁴ A expressão pertence a FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., pp. 557 e 559 (*elenco “a denominazione di origine controllata”*).

¹²⁵ V. também, embora a propósito do Direito Administrativo, MUÑOZ MACHADO, «Hacia un Nuevo Derecho Administrativo», in: BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp. 194 e s.. Cf. ainda o nosso estudo «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 309 e ss.. Uma evolução a que não são alheias (muito pelo contrário) as influências da experiência anglo-saxónica (sobretudo, e a partir do século XIX, norte-americano), porquanto o respetivo modelo nunca se revelou tão espartilhado, sob a ótica da conceção do sistema jurídico, como o modelo europeu-continental (cf. FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., pp. 550 e s., 566 e s.).

¹²⁶ Cf. FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., pp. 565 e s..

¹²⁷ HÄBERLE, «Verfassungsentwicklungen in Osteuropa aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 117, 1992, p. 170.

¹²⁸ ZUMBANSEN, «Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralistic Order», in: *Global Constitutionalism*, n.º 1, vol. 1, março 2012, pp. 16 e ss., esp.^{te} ponto III.

¹²⁹ Cf., paradigmaticamente, GRIMM, «The Constitution in the Process of Denationalization», in: *Constellations*, n.º 4, vol. 12, 2005, pp. 447 e ss., e *Die Zukunft der Verfassung II*, Suhrkamp, Berlin, 2012, pp. 67 e ss..

¹³⁰ TEUBNER (*Constitutional Fragments...*, cit., pp. 1 e s.) destrinça entre duas aceções do «constitucionalismo para lá do Estado nacional» (*Konstitutionalismus jenseits des Nationalstaats* ou, na versão em

Se alguns consideram uma ilusão a defesa de um constitucionalismo global (pelo menos, quando tomado o constitucionalismo na aceção que a modernidade lhe cunhou)¹³¹, outros propugnam, neste horizonte e a título de exemplo¹³², a emergência de uma «constituição civil global»: ainda que, nos nossos tempos, esta referência nos aproxime das posições perfilhadas por Teubner, o conceito mergulha as suas raízes na história do pensamento jurídico-filosófico e remonta, pelo menos, a Kant¹³³. Neste último Autor, a constituição civil global [ou, se quisermos, a constituição segundo o direito cosmopolita (*Weltbürgerrecht, ius cosmopolitanum*)] apresenta-se como um dos elementos de aproximação à paz perpétua (e, como tal, um projeto de natureza jus-filosófica), sendo orientada pelo valor da hospitalidade e encarando os homens como cidadãos de um Estado universal da humanidade¹³⁴. A constituição civil traduz, neste sentido, a mais elevada tarefa a que pode aspirar a natureza humana, na medida em que confrange os abusos da liberdade a que, por princípio, o homem se encontra sujeito, e permite a instituição de uma verdadeira comunidade (antónima da insociabilidade – propícia da guerra – a que o homem naturalmente tende) e de uma convergência entre os vários Estados¹³⁵. Diversamente, em Teubner, a constituição civil global surge como uma resposta às novas questões constitucionais, distinguindo-a das tradicionais constituições centradas no Estado-nação, incapazes de responder aos reptos da digitalização, da privatização e da globalização¹³⁶ e da convivên-

língua inglesa, *constitutionalism beyond the nation state*): a existência de problemas constitucionais que ultrapassa as fronteiras dos Estados no âmbito de processos políticos transnacionais, e a emergência desses mesmos problemas fora do setor político institucionalizado, nos sectores privados da sociedade global. Como veremos, é neste último sentido que o Autor desenvolve a sua teoria.

¹³¹ Cf., v. g., FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung...», cit., p. 376.

¹³² São inúmeras as correntes de pensamento e as posições sobre o constitucionalismo global: cf. uma resenha das mesmas e respetivas indicações bibliográficas em FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung...», cit., pp. 350 e s..

¹³³ Em especial, às posições desenvolvidas em *Zum Ewigen Frieden: Ein Philosophischer Entwurf*, cuja primeira edição remonta a 1795: v. KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, trad. por Artur Morão, Edições 70, Coimbra, 2009. Cf. também SCHWÖBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 77, que refere que a expressão é utilizada, pela primeira vez, por Kant.

¹³⁴ Cf., em especial, KANT, *A Paz...*, cit., pp. 137, n. 33, e 148 e ss.. Na verdade, o Autor acaba por concluir que a construção deste direito cosmopolita radica no «espírito comercial», que, de algum modo, contraria o estado de guerra para o qual se inclinaria a natureza humana: o «poder do dinheiro» (e não a moral) é que compele, afinal, os homens a fomentar a paz e a afastar a guerra (*Op. cit.*, p. 160 e s.).

¹³⁵ Cf. KANT, *A Paz...*, cit., pp. 26 e ss. (agora num outro opúsculo: *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita*, de 1784).

¹³⁶ TEUBNER, «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?», in: JOERGES/SAND/TEUBNER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, p. 4, e, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 5 e ss..

cia sincrónica de ordens provenientes de estruturas sociais não estaduais¹³⁷. Trata-se de uma construção teórica que explicitamente pretende receber os influxos da sociologia constitucional, lançando a questão constitucional para o cenário mais amplo das relações sociais (e não apenas das relações entre política e direito)¹³⁸. Tomando o lugar proeminente (anteriormente) conferido aos Estados, emergem as «ordens sociais autónomas», os regimes da sociedade civil, as organizações e as redes, que se assumem como os novos sujeitos constitucionais, num contexto de pluralismo constitucional, que valoriza a sociedade civil¹³⁹: na medida em que o plano transnacional não apresenta o vazio constitucional que se supunha, a constituição civil global acaba por consistir numa regulação híbrida¹⁴⁰, que articula política, economia, direito e sociedade civil, e numa expressão do direito global enquanto ramo dotado de autonomia e identidade próprias^{141 142}.

As reações à globalização do constitucionalismo originam, contudo, tendências de sentido contraditório: por um lado, e como acabámos de sublinhar, presenciamos uma diminuição do papel da Constituição, em consequência da sua associação tradicional ao (mais ou menos moribundo) Estado moderno; por outro lado, e paradoxalmente, assistimos a uma hiperconstitucionalização

¹³⁷ TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., p. 52.

¹³⁸ TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 3 e s..

¹³⁹ TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 17 e ss., 35 e ss., 42 e ss..

¹⁴⁰ TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 111 e ss..

¹⁴¹ Sobre o sentido do direito global em Teubner, cf. a síntese do Autor em «“Global Bukowina”...», cit., pp. 4, 7 e s..

¹⁴² A globalização da ordem política e a substituição do Estado pela comunidade não constitui uma originalidade do pensamento constitucional ocidental do século XXI. Ainda que com outros fundamentos e outros propósitos, o esboço modelo de uma comunidade mundial não centrada em qualquer Estado corresponde também à *Umma (al-Ummah)* islâmica: enquanto coletividade religiosa e política, a *Umma* está unida pela fé (cf., v. g., a visão de DE MATTEI, *Guerra Justa Guerra Santa*, Civilização, Porto, 2002, pp. 54 e s., 69, 75 e s.). Inspirada na comunidade organizada, no século VII, sob a égide do profeta Muhammad (Maomé) e em consequência da Constituição de Medina, a *Umma* assume-se como a conceção de uma ordem política alternativa, que, em virtude da diáspora muçulmana e da translocalização da política, se continua a reinventar (v., sobretudo, MANDAVILLE, *Transnational Muslim Politics: Reimagining the Umma*, Routledge, London/New York, 2001, esp.^{te} pp. 53 e ss., 178 e ss.).

Note-se, aliás, que, no seio dos sistemas jurídicos muçulmanos em que religião e direito (e também o direito constitucional, já que as próprias constituições consagram cláusulas que exigem a compatibilidade entre o direito do Estado e a *Shari'a* – v. LOMBARDI/BROWN, «Do Constitutional Requiring Adherence to *Shari'a* Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law», in: *American University International Law Review*, vol. 21, 2006, pp. 381 e s.) se encontram intimamente conexos, já se verificam hoje áreas que escapam a essa ligação. Assim sucede, v. g., com o direito económico: estes “enclaves jurisdicionais” destinam-se a permitir que sejam aligeiradas as influências (financeira e comercialmente nefastas) das diretrizes religiosas em determinadas matérias [cf. HIRSCHL, «The Political Economy of Constitutionalism in a Non-Secularist World», in: GINSBURG (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 173].

e à re(con)dução de todos os problemas jurídicos (e não só!) a questões constitucionais, a dilucidar pela justiça constitucional.

Na verdade, verifica-se uma propensão crescente para a submissão de todas as questões políticas, sociais ou económicas à jurisdição dos tribunais constitucionais. Reconhecemos, porém, que não se trata de uma dimensão totalmente nova: já Tocqueville¹⁴³ enfatizava, a propósito do “espírito legista” (*esprit légiste*) e da “linguagem judiciária” (*language judiciaire*) que, aparentemente, a todos contaminavam na democracia estadunidense, que “não existe quase nenhuma questão política (...) que, mais cedo ou mais tarde, não se desenlace numa questão judiciária”. Todavia, recrudescer a tentação de o discurso jurídico (e mesmo extrajurídico) sucumbir à *vis attractiva* do discurso constitucional e, sobretudo, da Justiça Constitucional, conduzindo à desvalorização do direito constitucional e à sua vulgarização depreciadora, e originando um autêntico «neojoaquimismo constitucional» ou «neoconstitucionalismo joaquimita»¹⁴⁴ – um aspeto que tende a acentuar-se quando a matéria se reconduz aos direitos fundamentais¹⁴⁵.

E julgamos ser justamente este fenómeno desvalorizador que se encontra subjacente à defesa da Constituição sem constitucionalismo, enquanto afirmação profundamente desenraizada do sentido deste último. Ora, um Estado de direito que, como tal, se afirme axiologicamente comprometido não pode viver à margem dos elementos do constitucionalismo, tal como nos são apresentados por Peter Häberle – a saber: a subordinação do Estado ao direito (num ir-e-vir sincrético entre a *rule of law* e o *Rechtsstaat*), a dignidade humana e os direitos fundamentais, a democracia pluralista e a divisão de poderes, o direito organizatório das ordenações constitucionais e a independência judicial¹⁴⁶. Além de a Constituição positivar o radical ético e axiológico subjacente à comunidade juridicamente organizada, o «constitucionalismo moralmente reflexivo» de que nos fala Gomes Canotilho¹⁴⁷, quando aliado à

¹⁴³ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, 13.ª ed., tomo I, Pagnerre Editeur, 1850, p. 326.

¹⁴⁴ Cf., por todos, João LOUREIRO, «Crise(s) ...», cit., pp. 69 e ss., esp. te pp. 89 e s..

¹⁴⁵ Cf., v. g., MECCARELLI/PALCHETTI/SOTIS, «I Diritti Umani tra Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio», in: MECCARELLI/PALCHETTI/SOTIS (eds.), *Il Lato Oscuro dei Diritti Umani: Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio nella Tutela Giuridica del Individuo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 13 e ss.. BETTERMANN (*Hypertrophie der Grundrechte: Eine Streitschrift*, Hamburgischer Anwaltverein, Hamburg, 1984) alude mesmo a uma hipertrofia dos direitos fundamentais, acentuando a tutela de interesses individuais (para lá do exigido pela Constituição) em detrimento do interesse público.

¹⁴⁶ HÄBERLE, «Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo», in: *Direito Público*, n.º 13, julho/agosto/setembro 2006, p. 102. (também publicado em *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. 5, 2006, pp. 35 e ss.).

¹⁴⁷ Gomes CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 121 e s., 125 e ss..

“capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e aos cidadãos”, permite articular *direção* e *consenso*, promovendo, em simultâneo, o desenvolvimento das atuações dos poderes públicos diretamente à sombra das normas e princípios decantados no texto constitucional, e o reforço de mecanismos de cooperação, que estimulam e dinamizam a intervenção dos cidadãos, e abrem caminhos para a «constitucionalização da responsabilidade», enquanto “garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção”.

Se a globalização exige um repensar do papel da Constituição, do constitucionalismo e do direito constitucional, a reflexão não se poderá orientar no sentido da sua aniquilação ou da sua metamorfose pelas forças de uma economia (e um mercado) mundial, talqualmente parecem pretender os arautos do *new constitutionalism*, concebido como enquadramento (de geometria normativamente variável) de uma *de facto constitutional governance* destinada a favorecer novas formas de integração económica global e a extensão do mercado mundial¹⁴⁸. Pelo contrário, o cosmopolitismo adequadamente compreendido deverá originar uma sociedade particularmente sensível aos fundamentos primeiros do constitucionalismo, uma “sociedade cosmopolita, em que todos os seres humanos se saibam e sintam cidadãos; na qual não haja excluídos, mas membros de pleno direito”¹⁴⁹.

Além disso, o cenário hodierno proporciona condições privilegiadas para um enriquecimento recíproco dos vários ordenamentos jurídico-constitucionais, enquanto reflexo do entrelaçamento das culturas (também jurídicas) e da transculturalidade e interculturalidade que as predica¹⁵⁰. Constituem exemplos paradigmáticos destas tendências os fenómenos do *global judicial dialogue* (a que nos reportaremos *infra*, Parte III, 3.2.), mas também as teorias do transconstitucionalismo, enquanto conceito que pretende traduzir a emergência de problemas jurídico-constitucionais que ultrapassam as fronteiras dos Estados e das respetivas ordens jurídicas nacionais¹⁵¹. É certo, porém,

¹⁴⁸ Cf. GILL/CUTLER, «New Constitutionalism and World Order: General Introduction», in: GILL/CUTLER (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp 5 e ss..

¹⁴⁹ Adela CORTINA, *Las Raíces Éticas de la Democracia*, Publicacions de la Universitat de València, València, 2010, pp. 8 e s.. Não estamos muito distantes do que Gomes CANOTILHO («O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais», in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 120 e s.) apelida de *problemas de inclusão*, considerando que os esquemas formais normativos se revelam insuscetíveis de responder aos desafios decorrentes da pluralização e da ultrapassagem de um modelo de «estatalidade pura».

¹⁵⁰ Cf. Luís Meneses do VALE, «Breves Apontamentos...», cit., pp. 758 e ss. (p. 763) (1.ª Parte), e pp. 724 e ss. (Conclusão).

¹⁵¹ V., em geral, Marcelo NEVES, *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009; ou, numa versão sintética, mas com base nesta obra, «(Não) Solucionando Problemas...», cit., pp. 201 e ss..

que não levamos o eventual reconhecimento de um «direito constitucional global» às últimas consequências (no sentido da instituição de um sistema jurídico-constitucional com uma vinculação mundial), mas, diversamente, concebemo-lo como metáfora para a articulação entre direitos e institutos constitucionais – próxima da perspectiva que enfatiza a emergência de uma “cultura transnacional do constitucionalismo”¹⁵² – ou, no máximo, para o reconhecimento de um mínimo denominador comum exigível aos direitos constitucionais nacionais (mínimo esse que, como veremos, tendemos a reconduzir, no plano material ou substancial, aos direitos fundamentais enquanto elementos da identidade axiológica da Constituição)¹⁵³.

4.2. Em especial (II): a crise do direito (constitucional) e os direitos fundamentais

A arena dos direitos fundamentais constitui uma ilustração dos sentidos evolutivos acabados de abordar. Desde logo, a tendência para a desestatização também muda a face dos responsáveis pela promoção e do modo de tutela dos direitos fundamentais. O Estado prestador dá lugar a um Estado garantidor, em que os conceitos-chave são responsabilidade de garantia (*Gewährleistungsverantwortung*), serviços públicos essenciais (*Grundversorgung*) ou serviço universal (*Universaldienstleistung*); esta mutação não envolve apenas uma dimensão conceptual, mas significa uma compreensão (político-axiológicamente) distinta sobre o papel dos poderes

¹⁵² Assim, ZUMBANSEN, «Comparative, Global and Transnational Constitutionalism...», cit., pp. 16 e ss.; acentuando o carácter conceptual da noção, o Autor explicita que a referência a um constitucionalismo transnacional não pode significar a aceitação de uma ordem jurídica que, autonomamente, emerge para além e independentemente dos Estados, mas traduz uma específica forma de evolução de princípios e estruturas jurídico-constitucionais, que não pretende confundir – nem re(con)duzir à mesma realidade normativa – direito nacional e direito internacional, embora não deixe de desafiar esta dicotomia.

¹⁵³ E com esta observação pretendemos acolher algumas das deficiências apontadas pelos críticos do direito constitucional global: assim, v. g., GRIMM («The Constitution...», cit., pp. 453 e ss.), além de acentuar que o processo de desnacionalização põe em causa a própria Constituição (porquanto esta pressupõe um Estado soberano), a defesa de um constitucionalismo que exista para além e independentemente do Estado tem contra si a impossibilidade de subordinação dos titulares do poder a mecanismos de legitimação e *accountability* a que a Constituição sujeita os poderes públicos, bem como o desaparecimento de instrumentos destinados a garantir a transparência, a participação e o controlo do exercício do poder (agora confiado a entidades terceiras – de natureza privada – que governam através da negociação) – com todas as consequências perniciosas que tal implica para o princípio do Estado de direito e para a democracia. Cf. também DI FABIO, *Der Verfassungsstaat...*, cit., pp. 32 e ss..

públicos dirigido à garantia dos direitos no contexto de um mercado livre (na base dos movimentos de privatização e liberalização das atividades tradicionalmente confiadas aos Estados)¹⁵⁴.

A ultrapassagem da territorialidade rumo à transnacionalidade origina, também em matéria de direitos fundamentais, fenómenos preocupantes de *forum shopping*, procurando os Estados manipular os instrumentos de proteção dos direitos (ou a sua ausência) como forma de captação do investimento estrangeiro (numa corrida à menor tutela – *race to the bottom*) e, nessa medida, como mecanismo de crescimento económico – um fenómeno que, com frequência, surge apontado como a única hipótese de os Países mais pobres se desenvolverem, considerando-se a proteção dos direitos humanos como uma forma de entravar essas economias (!)¹⁵⁵.

As consequências atingem ainda a superação da dicotomia nacional/internacional e a afirmação de uma «cosmopolitização das sociedades nacionais»¹⁵⁶. Na senda de Beck, enfatiza-se o papel da tutela dos direitos humanos na emergência de um direito global, marcado pela autovinculação de todos os sujeitos (incluindo os sujeitos tradicionais do direito internacional público: os Estados) à tutela jusfundamental e ao respeito pelo princípio democrático; aliás, a procura universal pela proteção dos direitos humanos, aliada à questão da pobreza mundial (que se não pode desligar da tutela jusfundamental) constituem uma das razões que tornam a globalidade irreversível e inevitável¹⁵⁷. Trata-se, porém, de uma globalização da tutela dos direitos que cresce de forma espontânea em redes transnacionais, e não necessariamente organizada, quer de um ponto de vista institucional, quer de uma perspectiva normativa¹⁵⁸.

Por outro lado, também podemos observar que a universalização da defesa dos direitos humanos traz ínsita uma (pelo menos, aparente) contradição: ao invés de conduzir à paz perpétua, parece induzir à «guerra perpétua», que, “como um vulcão em erupção cobre a terra com a lava quente e vermelha dos conflitos armados”¹⁵⁹. Se os direitos conferem legitimidade e legitimação ao

¹⁵⁴ DI FABIO, *Der Verfassungsstaat...*, cit., p. 39.

¹⁵⁵ V. SAL, «International Free Trade Agreements...», cit., pp. 64 e s., e bibliografia aí citada. Sobre esta questão, sob o prisma do exemplo chinês em matéria de tutela dos direitos dos trabalhadores, v. FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., pp. 563 e s..

¹⁵⁶ BECK, *The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 47 e 142.

¹⁵⁷ BECK, *What is Globalization?*, cit., p. 11, e «Die Eröffnung...», cit., p. 8.

¹⁵⁸ Sobre a espontaneidade caracterizadora da proteção dos direitos humanos, v. FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung...», cit., pp. 357 e s.

¹⁵⁹ BECK, *The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 47, 141 e ss..

exercício do poder, o *deficit* de tutela e, mormente, a sua violação implicam a globalização de conflitos locais e nacionais, a divisão do mundo entre aqueles que respeitam e aqueles que afrontam os direitos (criando uma «nova geografia do poder»), bem como o surgimento das «cruzadas dos direitos humanos» que dão origem ao que alguns já designaram como o “lado obscuro dos direitos humanos”¹⁶⁰. É neste horizonte que se questionam os limites do direito de ingerência humanitária e da congénere doutrina da *responsibility to protect* (ou os seus abusos), que, quando não transformados em “cavalos de Tróia” cujo interior alberga interesses muito distintos da proteção dos direitos¹⁶¹, podem funcionar como instrumentos de “seletividade e hipocrisia humanitária”¹⁶² (cf., porém, o que diremos, *infra*, Parte II, 2.2.5.).

Evidentemente, esta constatação não se destina a pôr em causa a proteção jusfundamental, pretendendo apenas salientar que a conformação do seu regime jurídico (em especial, o atinente às intervenções humanitárias) dela não se poderá alhear. Em causa está, pois, alertar para o perigo da desvirtuação das disciplinas normativas com impacto nos direitos fundamentais, e os perigos que encerra para a compreensão daqueles como elementos da identidade axiológica quer dos Estados nacionais¹⁶³, quer da comunidade internacional – quando estes se pretendam continuar a pautar pela lógica do direito, autónoma da lógica do poder (político).

O aumento do número de direitos e a opção por um discurso marcadamente jusfundamental também importa o perigo da hipertrofia (e, por consequência, da desvalorização) dos direitos fundamentais. Os problemas

¹⁶⁰ MECCARELLI/PALCHETTI/SOTIS, «I Diritti...», cit., pp. 9 e ss..

¹⁶¹ Sobre esta questão, v. BELLAMY, «Responsibility to Protect or Trojan Horse? The Crisis in Darfur and Humanitarian Intervention after Iraq», in: *Ethics & International Affairs*, n.º 2, vol. 19, setembro 2005, pp. 31 e ss.; SCUCCIMARRA, «Proteggere o Dominare? Sovranità e Diritti Umani nel Dibattito sulla *Responsibility to Protect*», in: MECCARELLI/PALCHETTI/SOTIS (eds.), *Il Lato Oscuro dei Diritti Umani: Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio nella Tutela Giuridica del Individuo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 349 e ss..

Recorde-se que a expressão *responsibility to protect* emerge a partir do relatório apresentado pela *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, criada por iniciativa do governo canadiano, na sequência dos ataques de 11 de setembro, com o propósito de refletir sobre o sentido, alcance e limites do direito de ingerência humanitária. Cf. o respetivo relatório: *The Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001 (disponível em <http://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/18432/6/IDL-18432.pdf>). Para uma análise criteriosa deste documento, v. CHANDLER, «*The Responsibility to Protect? Imposing the 'Liberal Peace'*», in: *International Peacekeeping*, n.º 1, vol. 11, primavera 2004, pp. 59 e ss.; documentos posteriores aprofundaram os princípios daí emergentes: cf. CUNLIFFE, «The Doctrine of the “Responsibility to Protect” as a Practice of Political Exceptionalism», in: *European Journal of International Relations*, 2016, pp. 4 e s..

¹⁶² CUNLIFFE, «The Doctrine...», cit., p. 2.

¹⁶³ Em sentido paralelo, Paulo OTERO (*Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 22 e s., 31 e ss.) identifica o “Estado de direitos humanos” como expressão da identidade axiológica da Constituição relativa à “ideia de Direito”.

surtem porque a atualidade busca, cada vez mais, a proteção de tudo o que vive, em todas as suas dimensões – o que, por sua vez, determina quer a modificação do alcance dos direitos (que impõem ao Estado a proteção da vida com todas as potencialidades que, em abstrato, a mesma pressupõe), quer o aumento dos sujeitos titulares de direitos¹⁶⁴. Trata-se de uma perspectiva que, sobretudo quando contemplada sob o prisma dos direitos sociais, se revela especialmente preocupante: sem abdicar da primazia dos direitos, não se pode também obliterar que a respetiva concretização ocorre (e ocorrerá sempre) num contexto de escassez¹⁶⁵, o qual impõe sempre a realização de escolhas de distribuição dos recursos. Recordamos aqui o sobejamente conhecido problema dos “custos dos direitos”¹⁶⁶ e da importância da revalorização dos deveres fundamentais (numa posição mais radical, “os deveres antes dos direitos”¹⁶⁷, ou, numa visão mais moderada, os deveres como “a face oculta dos direitos”¹⁶⁸).

A conjuntura atual dá lugar a uma sociedade particularmente negativa e defensiva, que visa “prevenir o pior” e, como tal, consente numa autolimitação¹⁶⁹, vivendo num constante estado de emergência que, numa sociedade catastrófica como a nossa, “ameaça transformar-se no estado normal”¹⁷⁰. Neste sentido, também Häberle¹⁷¹ não deixa de acentuar que as questões associadas à prevenção de riscos levam à proliferação de uma teoria da insuficiência do sistema, que aproxima os tempos hodiernos de um pensamento radicado num estado de exceção, próximo do vivido na República de Weimar – com todas as consequências nefastas que daí advieram.

¹⁶⁴ Cf. EWALD, *L'Etat Providence*, cit., Introduction.

¹⁶⁵ Acentuando a especial vulnerabilidade e sensibilidade dos direitos sociais à escassez, v. Vieira de ANDRADE, «O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade», in: João LOUREIRO/Suzana Tavares da SILVA (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, p. 30.

¹⁶⁶ HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York/London, 2000.

¹⁶⁷ Ainda que sem acompanharmos todas as posições defendidas pelo Autor, a referência recupera o título da obra de ROVAN, *Citoyen de l'Europe: Comment le Devenir? Les Devoirs avant les Droits*, Robert Laffont, Paris, 1992, cuja primeira parte identifica o conjunto de deveres do cidadão europeu, consciente e ativo (praticamente militante): dever de compreender a história, dever de identidade, dever de partilhar, dever de se esforçar (*payer sa personne*), dever de ter filhos, dever de comunicar, dever democrático, dever de defesa, dever de justiça, dever de construir uma ordem mundial.

¹⁶⁸ Casalta NABAIS, «A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos», in: *Por uma liberdade com Responsabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 163 e ss., e «Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social», in: *Por um Estado Fiscal Suportável*, vol. III, Almedina, 2010, pp. 112 e ss.. V. ainda Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15 e ss..

¹⁶⁹ BECK, *Risk Society*, cit., p. 49.

¹⁷⁰ BECK, *Risk Society*, cit., p. 79.

¹⁷¹ HÄBERLE, «Novos Desafios...», cit., p. 114.

Trata-se de uma compreensão que produz um duplo resultado: por um lado, aumentam os direitos destinados a responder aos novos riscos; por outro lado, crescem as restrições a liberdades individuais em nome da tutela da segurança. Tudo isto no contexto de uma tensão, presente no espaço global, entre o empobrecimento e o enriquecimento dos direitos (a outra face da tensão entre restrição e extensão), que começam a (sobre)viver sob a égide da supremacia do mercado e da necessidade de segurança¹⁷².

Quanto ao primeiro ponto, referimo-nos, em particular, às sucessivas “gerações” de direitos fundamentais, que vão albergando posições como o direito à autodeterminação informativa, o direito à identidade genética, o direito à qualidade de vida ou, muito próximo do pensamento de Beck, o direito ao ambiente¹⁷³. Tomando este último como exemplo, recorde-se que, para o sociólogo, a consciencialização dos riscos – obnubilados por uma ciência que prossegue o paradigma evolutivo que a caracterizou desde o século XIX, e por uma política ambiental que ainda age no final do processo produtivo e não no seu início – constitui a raiz dos movimentos ecológicos¹⁷⁴. Contudo, este problema não deixa de se articular com os direitos fundamentais mais clássicos, como o direito de propriedade, porquanto a progressiva destruição do ambiente redundará (também em articulação com o tema da justiça intergeracional) numa desvalorização ou mesmo numa «expropriação ecológica»¹⁷⁵.

Todavia, e avançando agora para a segunda questão, importa recuperar a ideia (já avançada) de acordo com a qual uma das dicotomias caracterizadoras da atualidade consiste no contraponto entre risco e segurança e nas diversas preocupações jurídico-constitucionais relacionadas com a resposta ao medo dos cidadãos. Efetivamente, a «aversão ao risco» pode conduzir aos resultados que ela própria mais teme, em especial, à limitação das liberdades asseguradas pelo princípio do Estado de direito democrático¹⁷⁶, considerando que a

¹⁷² Cf. também RODOTÁ, *Il Diritto di Avere Diritti*, Laterza, Roma/Bari, 2015, pp. 3 e s..

¹⁷³ Cf. também João LOUREIRO, «Da Sociedade...», cit., p. 818.

¹⁷⁴ BECK, *Risk Society*, cit., pp. 70 e ss..

¹⁷⁵ BECK, *Risk Society*, cit., pp. 38 e ss.. V. também GOSSERIES, «Environmental Degradation as Age Discrimination», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 2, vol. II, 2015, pp. 15 e ss..

¹⁷⁶ Cf. GOODIN/JACKSON, «Freedom from Fear», in: *Philosophy and Public Affairs*, n.º 3, vol. 35, verão 2007, pp. 249 e ss.. E, como explicitam os Autores, os perigos para as liberdades assumem uma gravidade especial, porquanto as preocupações com a segurança põem em marcha uma espécie de «câmara de eco preventiva» (*precautionary echo chamber*): a percepção subjetiva de um risco e a «cascata preventiva» (*precautionary cascade*) que a mesma suscita [em que cada um dos sujeitos adota uma atitude cada vez mais defensiva sobretudo, por imitação dos comportamentos dos outros indivíduos, em resultado da racionalidade implícita e presumida nestes últimos: cf., sobre os fenómenos da conformidade localizada (*localized conformity*) e das cascatas informacionais (*informational cascades*), HIRSCHLEIFER, «The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades», in: TOMMASI/IERULLI (eds.), *The New Economics of Human Behavior*, Cambridge University Press, Cambridge,

afirmação *ab-soluta* do direito à segurança compromete irremediavelmente os demais direitos fundamentais¹⁷⁷. A guerra contra o terrorismo constitui uma expressão particular do consentimento na previsão de restrições aos direitos com o propósito de garantir a segurança: considere-se, *v. g.*, o *Patriot Act*, na medida em que admite a detenção de imigrantes por tempo indefinido, a realização, sem mandado judicial, de buscas não autorizadas pelos proprietários, pesquisa de dados bancários escutas telefónicas ou interferência nas comunicações¹⁷⁸. Esta compulsão pela busca da segurança ultrapassa também as fronteiras dos Estados (ou das organizações de Estados), começa a ser desenvolvida também por corporações privadas, e, numa era de “vigilância global”, parece reclamar também uma constitucionalização (normação constitucional) global das estruturas de comunicação¹⁷⁹.

A verdade é que a articulação entre risco e erosão do Estado moderno originou novas formas de guerra, caracterizadas não só pelo aumento exponencial das vítimas (já não apenas militares, mas também civis) e consequências materiais, mas sobretudo pelo impacto psicológico na sociedade global e pela circunstância de os ataques serem hoje dirigidos por grupos mais ou menos organizados (e não por Estados)¹⁸⁰. A tensão entre segurança e liberdade impõe, pois, uma atenção redobrada a medidas restritivas de direitos fundamentais, sobretudo quando estas contendem com grupos minoritários; neste horizonte, assume especial acuidade o controlo exercido

1995, pp. 188 e s., 191 e ss., respetivamente, e SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 94 e ss.] levam ao extremo de perseguir apenas com medo do ataque (GOODIN/JACKSON, «Freedom...», cit., pp. 261 e ss.). Esta atitude conduz, *a posteriori*, à manipulação dos eleitores que recompensam os candidatos que tomam a sério as suas preocupações, os quais, a final, acabarão por implementar políticas públicas de segurança cada vez mais rígidas (e mais restritivas) para as liberdades dos cidadãos, mas destinadas a responder aos seus receios. Ademais, os problemas associados ao medo possuem repercussões emocionais, impedindo a formulação de juízos racionais de avaliação de riscos e, por conseguinte, de aferição das medidas (sobretudo quando restritivas de direitos fundamentais) proporcionais para responder a esses riscos (sobre a articulação entre medo, emoção e risco, bem como sobre o «contágio emocional», cf. SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 66 e ss., 101 e s., respetivamente).

¹⁷⁷ Cf. BARTOLI, «“Chiaro e Oscuro” dei Diritti Umani alle Luce del Processo di Giurisdizionalizzazione del Diritto», in: MECCARELLI/PALCHETTI/SOTIS (eds.), *Il Lato Oscuro dei Diritti Umani: Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio nella Tutela Giuridica del Individuo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 146 e s.; muito expressivamente, o Autor sublinha que, num exercício de verdadeira subversão do sistema, a segurança se tornou um conceito “omnívoro”, capaz de devorar o espaço ocupado pelos direitos, e que a afirmação *à outrance* do direito à segurança não corresponde senão a uma “máscara com a semelhança de um direito” e representa a força que os direitos fundamentais sempre visaram conter.

¹⁷⁸ Embora o exemplo seja recente, não constitui caso único na história norte-americana: cf., sobre a restrição de certos direitos em situações de ameaça, SUNSTEIN, *Laws...*, cit., p. 204.

¹⁷⁹ Cf. FISCHER-LESCANO, «Struggles for a Global Internet Constitution: Protecting Global Communication Structures Against Surveillance Measures», in: *Global Constitutionalism*, n.º 2, vol. 5, julho 2016, pp. 145 e ss..

¹⁸⁰ Assim, DE MATTEI, *Guerra...*, cit., p. 41, no contexto da explicitação do conceito de «guerras assimétricas».

pelos tribunais¹⁸¹, tendo como bússola princípios clássicos como a proporcionalidade (com particular destaque para o problema da legitimidade do fim), a não discriminação ou a proteção da confiança, bem como princípios novos como a tolerância.

¹⁸¹ Cf. também SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 204 e ss..

PARTE II

Os Direitos Fundamentais e a Vinculação Axiológica da *Res Publica*

Diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo che offra loro ancoraggio e garanzia¹⁸².

O valor é expressão de sentido da dialéctica do ser que o ser do homem institui. E daí ainda o poder dizer-se (...) que a sede de revelação do valor (dos valores) não a temos na ontologia, e sim na história: os valores revelam-se os sentidos fundamentantes com que o homem compreende e assume os projectos da sua realização histórica, e enquanto são antecipações de uma plenitude a que ele se abre no seu transcender¹⁸³.

¹⁸² RODOTA, *Il Diritto...*, cit., p. 3.

¹⁸³ Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito – ou as Condições de Emergência do Direito como Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 19.

O contexto (de crise e de incerteza) acabado de descrever exige que a reavaliação do tema dos direitos fundamentais ultrapasse uma conceção formal (e formalista) que encare os indivíduos como sujeitos jurídicos abstratos, mais ou menos indiferente às condições materiais e individuais, para atender à pessoa, num exercício de reflexão que lhe reconhece um substrato axiológico e uma densidade normativa de valor. Esta compreensão origina, no plano jurídico-constitucional, uma verdadeira «constitucionalização da pessoa»¹⁸⁴, num trajeto longo que se (re)inicia desde o individualismo oitocentista e que atravessa, em andamentos e com ritmos distintos, o século XX (com a República de Weimar e o período subsequente à II Guerra Mundial). É este «valor absoluto da pessoa humana» que informa a «consciência jurídica» dos nossos dias, como decorre das declarações (de validade tendencialmente universal) de direitos e da positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais¹⁸⁵.

A revalorização da pessoa constitui um importante mecanismo para inverter a tendência para a «globalização da indiferença»¹⁸⁶. Efetivamente, as crises que atravessamos não possuem raízes exclusivamente económico-financeiras, mas correspondem também a um relativismo de valores e à consequente crise axiológica (reconduzida, no fundo, à “negação da primazia do ser humano”¹⁸⁷), com claras implicações jurídicas. Em causa encontra-se a circunstância de a defesa de uma economia de mercado se ter transformado na apologia de uma “sociedade de mercado”¹⁸⁸. Neste cenário – da “civilização do espetáculo”¹⁸⁹ – e como forma da sua superação, impõe-se um apelo ao humanismo

¹⁸⁴ RODOTÀ, *La Vita e le Regole: Tra Diritto e Non Diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, pp. 25 e ss., e mais enfaticamente, *Dal Soggetto alla Persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007 (sobre a *costituzionalizzazione della persona*, v. p. 73). Cf. também CASADEI, *I Diritti Sociali: Un Percorso Filosofico-Giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012, pp. 41 e s., acentuando que esta mutação de pontos de vista se torna especialmente necessária quando estão em causa os direitos sociais.

¹⁸⁵ Sublinhando precisamente este aspeto, v. Castanheira NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, polic., Coimbra, 1971-1972, p. 33.

¹⁸⁶ Papa FRANCISCO, *Exortação Apostólica Evangelii Gaudium do Santo Padre Francisco ao Episcopado, ao Clero, às Pessoas Consagradas e a todos os Fiéis Leigos sobre o Anúncio do Evangelho no Mundo Atual*, Tipografia Vaticana, Vaticano, 2013, p. 46 (n.º 54) (disponível em http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium_po.pdf).

¹⁸⁷ Papa FRANCISCO, *Exortação...*, cit., p. 47 (n.º 55).

¹⁸⁸ SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2012, pp. 10 e s.; o Autor distingue entre a economia de mercado (enquanto modo de organização do processo produtivo) e a “sociedade de mercado” (*market society*, enquanto específico *way of life*, no qual os valores de mercado invadem todas as dimensões do comportamento humano).

¹⁸⁹ Reportamo-nos, evidentemente, ao título e ao conceito subjacente à obra de M. VARGAS LLOSA, «A Civilização do Espetáculo», Quetzal, Lisboa, 2012.

universal¹⁹⁰ e ao carácter universal da ética¹⁹¹ (que não de uma *certa* ética), intrinsecamente conexionado com uma “ideia de unidade moral do género humano”¹⁹², sem prejuízo do reconhecimento da(s) diferença(s). O que, por sua vez, pressupõe a tomada de consciência de que a pretensa neutralidade (alcandorada pelo pensamento liberal) mais não é que uma “máscara para a seleção de valores”¹⁹³ e dificilmente poderá ser invocada em «conflitos compreensivos», como aqueles que colocam sobre o Estado a decisão relativa à capacidade de as pessoas fazerem as suas opções e escolherem as suas conceções sobre o bem¹⁹⁴. Na verdade, tal como salienta Rùthers¹⁹⁵, cada ordem jurídica possui a sua ordem de valores normativamente constituída, sendo que tais valores se revelam racionalmente discutíveis, mas nunca logicamente comprováveis ou demonstráveis.

Por este motivo, e como tentativa de resposta às incertezas identificadas na Parte I, apresentamos uma compreensão dos direitos fundamentais que postula a pessoa como um dado (*hoc sensu*, pressuposto) do direito¹⁹⁶ e os coloca numa relação dinâmica com a vinculação do Estado a valores públicos.

¹⁹⁰ Barbosa de MELO, «Profecia sobre a Pessoa no Mundo Global», in: *Cadernos de Bioética*, n.º 30, dezembro 2002, p. 37, e «Humanismo Universal», in: *Estudos – Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, n.º 7 (nova série), dezembro 2006, *passim*.

¹⁹¹ KEMP, *Das Unersetzliche...*, cit., p. 35 – carácter universal esse que fundamenta, pelo menos, as declarações internacionais sobre direitos humanos e as preocupações com as demais pessoas. V. também Adela CORTINA, *Los Ciudadanos como Protagonistas*, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 1999, pp. 32 e ss., rechaçando o subjetivismo moral e o «politeísmo axiológico» weberiano.

¹⁹² Barbosa de MELO, «Profecia...», cit., p. 31.

¹⁹³ SHIFFRIN, «First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of First Amendment», in: *Northwestern University Law Review*, vol. 78, 1983, p. 1177, com respaldo nos estudos de Roberto Unger. Esta asserção tangencia certas propostas da «democracia militante» (*streitbare Demokratie, militant democracy*), quando defendem que a neutralidade conhece os seus limites quando se atingem os fundamentos da democracia constitucional: eis o motivo, pelo qual, e. g., a Constituição portuguesa exclui do âmbito de proteção da liberdade de associação as organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (cf. artigo 46.º da CRP) – uma prescrição que pode ser compreendida como um instrumento para prevenir a adoção de comportamentos antidemocráticos [como, aliás, se encontrava subjacente à perspetiva original de LOEWENSTEIN, «Militant Democracy and Fundamental Rights, I, II», in: SAJÓ (ed.), *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, pp. 231 e ss. (estudos originalmente publicados em 1937)]. Todavia, não pretendemos aderir, de forma incondicional, às perspetivas advogadas pela «democracia militante», as quais, quando levadas às últimas consequências (como sucede, por exemplo, com algumas medidas relacionadas com a luta contra o terrorismo e contra as novas formas de fundamentalismo religioso e cultural), acabam por se revelar desproporcionadamente restritivas dos próprios direitos fundamentais (os quais, paradoxalmente, constituem um dos limites à democracia militante) e pôr em causa o (de-sejável) pluralismo enriquecedor. Cf., v. g., a apreciação crítica deste movimento, MACKELM, «Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 3, vol. 4, 2006, pp. 488 e ss..

¹⁹⁴ Louvamo-nos aqui no pensamento e na conceptologia de RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 123 e ss..

¹⁹⁵ RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution...*, cit., p. 21.

¹⁹⁶ Cf. também AUER, *Der Menschenbild als Rechtsethische Dimension der Jurisprudenz*, Lit Verlag, Wien, 2005, pp. 13 e ss..

Em suma, esta Parte II visa, e tomando de empréstimo o título de um opúsculo de Castanheira Neves¹⁹⁷, encarar os direitos fundamentais como uma parte essencial da compreensão de “o direito como ordem de validade” (cf. já, *supra*, Parte I, 4.) e da assunção desta perspetiva por todos os atores da *Res Publica*.

1. Valores públicos e *Res Publica*

Não pretendendo esgotar a pluralidade de sentidos (diacrónica e sincrónica) subjacente ao conceito de *Res Publica*, a sua alusão neste momento destina-se a cruzar o sentido da valorização da dimensão axiológica e o espaço público. Unidos num *espaço público* em torno de uma finalidade comum/comungada – a satisfação do bem comum –, todos os sujeitos participam politicamente, *i. e.*, como sujeitos da *polis* ou da *civitas*, na concretização de determinado(s) valor(es) vertido(s) em direito(s). E esta comunidade aberta não é necessariamente filtrada pela cidadania enquanto relação de pertença a um Estado (como decorre da natureza transfronteiriça dos problemas e da subjetivização universal dos direitos fundamentais)¹⁹⁸, mas assume-se, talqualmente sugere o Tribunal Constitucional italiano¹⁹⁹, como uma “comunidade de direitos e deveres, mais ampla e compreensiva que a fundada no critério da cidadania em sentido estrito, [a qual] acolhe e une todos aqueles que, quase como numa segunda cidadania, recebem direitos e cumprem deveres”.

¹⁹⁷ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade...», cit., *passim*. Eis-nos perante uma conceção – a do direito como ordem de validade – que atravessa todo o pensamento do Autor: *v.*, também exemplarmente, *inter alia*, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra, 1976, p. 79, ou, mais recentemente, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 155, e «Pensar...», cit., pp. 12, 15 e s., 26.

¹⁹⁸ Para além dos diversos instrumentos internacionais de proteção de direitos – dos quais a Declaração *Universal* dos Direitos Humanos representará a epitome –, a titularidade tendencialmente universal dos direitos fundamentais encontra acolhimento nos textos constitucionais. Considere-se, *v. g.*, que à luz da nossa Constituição, a titularidade de direitos e deveres se efetua por referência ao princípio da universalidade (cf. artigo 12.º), complementado pelo princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros (cf. artigo 15.º, n.º 1). Sobre esta questão, cf., *v. g.*, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 416 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 149 e ss. (aludindo mesmo à «perspectiva universalista» adotada pela CRP – *Op. cit.*, p. 153), e *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 257 e ss..

¹⁹⁹ *Sentenza* n.º 172/1999, § 2.3. (consultada em <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>), numa interessante decisão sobre o âmbito subjetivo da obrigação de prestação de serviço militar, enquadrada pelo artigo 52 da *Costituzione*.

Perimida que está a ideia de que a ética consubstanciava um conceito liberal burguês, de aplicação exclusiva na esfera privada (em especial, na privacidade)²⁰⁰, a interferência de valores no seio das atuações jurídico-públicas conhece uma repercussão cada vez maior. Ao nível da teoria política, existe uma íntima conexão entre a conceção do homem e a organização do Estado, em termos de aquela compreensão valorativa se projetar no papel e na posição reconhecidos à pessoa no seio de uma comunidade organizada em Estado(s) e no processo de construção da sua vontade²⁰¹. No plano jurídico-constitucional, e como nota Denninger²⁰², a dimensão axiológica acaba por se encontrar vertida nos designados princípios estruturantes do Estado, como a juridicidade (*hoc sensu*, Estado de direito), a democracia ou a socialidade, cuja consecução acaba por se assumir – ela própria – como um dos objetivos da estadualidade.

E esta progressiva penetração de valores acaba por transformar o próprio conceito de *Res Publica* e permite à doutrina aludir hoje à emergência de uma “comunidade inter-humana alargada à escala mundial” ou uma “comunidade humana mundial” (que se sobrepõe à comunidade internacional *tout court*), e que surge unida por um conjunto de valores comum – talqualmente o funcionamento (mais ou menos institucionalizado) de uma justiça penal internacional parece querer demonstrar²⁰³. A defesa de um «Estado de direito mundial» aponta para uma subordinação daquela comunidade ao direito e, como tal, não prescinde de uma referência ética aos valores que a humanizam. É certo que, como salienta Delmas-Marty²⁰⁴, se revela mais fácil, numa primeira análise, identificar os comportamentos que merecem repulsa ou indignação e que a Autora designa como os *interdits fondateurs*. Ainda assim, torna-se possível afirmar que uma das características essenciais do constitucionalismo contemporâneo radica justamente no reconhecimento de um «núcleo duro» de valores, que se movimentam em torno da dignidade humana (e da justiça) e das suas precipitações mais imediatas, como sucede

²⁰⁰ Cf. KEMP, *Das Unersetzliche: Eine Technologie-Ethik*, Wichern-Verlag, Berlin, 1992, p. 17.

²⁰¹ Assim, SCHAMBECK, «Menschenbild und Staatsform», in: KÖCK/HERMIDA DEL LLANO/INCAMPO/SZMYT (orgs.), *Sein und Sollen: Grundfragen der Philosophie des Rechtes und des Staates*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, pp. 341 e ss., dissertando, a partir desta compreensão, sobre os vários tipos de sistemas políticos.

²⁰² DENNINGER, «Sicherheit...», cit., pp. 99 e s., que aqui seguimos de perto.

²⁰³ DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté de Valeurs? – Les Forces Imaginantes du Droit*, vol. IV, Seuil, Paris, 2011, pp. 9, 10 e s..

²⁰⁴ DELMAS-MARTY, *Vers une Communauté...», cit., pp. 21 e ss..*

com o reconhecimento de direitos invioláveis, a solidariedade/fraternidade, ou a igualdade²⁰⁵.

É neste sentido que, com Hofmann, podemos considerar o princípio da dignidade humana não só como uma “norma de fundamentação do Estado” (*Staatsfundamentierungsnorm*), mas também – e sobretudo – como uma “promessa de fundação do Estado” (*Staatsgründungsversprechen*)²⁰⁶. Neste contexto, a realização dos direitos fundamentais, longe de representar um imperativo, uma finalidade abstrata, exclusivamente credora de uma perspectiva filosófico-social, constitui-se uma tarefa, um objetivo, cuja satisfação se impõe aos poderes públicos em todas as suas dimensões, aos particulares e à comunidade global (cf., *infra*, Parte III).

1.1. Os valores públicos como fundamento da missão, parâmetro da ação e critério do resultado na atuação pública

A atuação do Estado é (deve ser) orientada tendo em vista a satisfação do bem comum concebido como valor. Por este motivo, tal atuação também se há de encontrar limitada pela “missão” de consecução do bem comum²⁰⁷ – uma tarefa especialmente delicada, numa conjuntura como a atual, em que a globalização comprometeu a coesão e a unidade das sociedades que constituíam o substrato pessoal subjacente aos Estados tradicionais.

A ligação entre a ação jurídico-pública e princípios e valores éticos resulta, pois, da subordinação da primeira ao interesse público, concebido, sob uma perspectiva normativa²⁰⁸, como “aquilo que presumivelmente [o povo] escolheria se visse claramente, pensasse racionalmente e atuasse desinteressada e benevolentemente”²⁰⁹.

²⁰⁵ APOSTOLI, «Il Consolidamento della Democrazia Attraverso la Promozione della Solidarietà Sociale all’Interno della Comunità», in: *Costituzionalismo.it*, n.º 1, ano XIII, 2016, p. 13.

²⁰⁶ HOFMANN, «Die Versprochene Menschenwürde», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, n.º 3, vol. 118, 1993, pp. 353 e ss.. Adotando também esta visão, DENNINGER («Sicherheit...», cit., p. 100) salienta que tal interpretação da norma da *Grundgesetz* que consagra o princípio da dignidade humana oferece um importante ponto de partida para a concretização e atualização da intersubjetividade do consenso básico da Constituição.

²⁰⁷ Assim, Afonso QUEIRÓ, «A Autoridade», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo II, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 33 e ss.; v. também o comentário de Barbosa de MELO, «Uma Evocação do Doutor Afonso Rodrigues Queiró», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, 2002, pp. 786 e s..

²⁰⁸ Diferenciando a perspectiva *normativa* da perspectiva *procedimental* na definição de interesse público, v. MORISON/ANTHONY, «The Place of Public Interest», in: ANTHONY/AUBY/MORISON/ZWART, *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011, pp. 218 e s..

²⁰⁹ LIPPMANN, *The Public Philosophy*, 7.ª reimp., Transaction Publishers, New Jersey, 2009, p. 42.

Esta aceção identifica o interesse público como o último fim ético das relações jurídico-políticas, por cuja realização os poderes públicos são responsáveis²¹⁰. A noção ético-normativa de interesse público – que inviabiliza qualquer manipulação ditada pela regra da maioria – não contende com a circunstância de, em cada momento histórico, se impor uma concretização do interesse público para uma sociedade determinada, concretização essa que é democraticamente realizada no plano nível político-legislativo; não estamos agora senão perante a distinção, já apontada desde Rogério Soares²¹¹, entre o *interesse público primário* (identificado com o bem comum ou o fim primordial do Estado e polarizado na segurança, justiça e bem-estar, compreendidos, sob o nosso prisma, enquanto elementos densificadores da promoção da dignidade humana²¹²) e os *interesses públicos secundários* (instrumentais do primeiro e concretizados pelo legislador). Dir-se-ia que, numa comunidade global – na «esfera pública mundial» de que nos fala Ferrajoli –, esta perspetivação enfrenta algumas dificuldades, pois que, perante uma multiplicidade de níveis políticos e normativos, os interesses específicos dos cidadãos nacionais de um certo Estado acabam por se localizar no sopé da escala *multilevel*²¹³. É justamente por esse motivo, que a apontada autonomização do interesse público primário assume uma relevância tão especial: os termos em que o identificámos – associado, a final, à promoção do valor público fundamental – permitem dar resposta ao pluralismo político, cultural e social

²¹⁰ Em sentido próximo, v. CASSINELLI, «Some Reflections on the Concept of the Public Interest», in: *Ethics*, n.º 1, vol. 69, outubro 1958, pp. 48 e 60, aludindo, respetivamente, ao interesse público como “the ultimate ethical goal of political relationships” e “the highest ethical goal of political relationships”, em função do qual as atuações dos poderes públicos são avaliadas, considerando-se estas desejáveis ou indesejáveis, consoante contribuam ou prejudiquem a realização do interesse público (cf. ainda *Op. cit.*, pp. 58 e ss.). Aliás, o Autor assinala com nitidez as dificuldades suscitadas pela associação entre a definição do interesse público e a regra da maioria, rejeitando que a responsabilidade pela realização do primeiro configure uma simples responsabilidade política (aferível em função dos resultados eleitorais), consubstanciando antes uma reação jurídica perante uma atuação desconforme com as normas (*Op. cit.*, p. 61).

É ainda esta compreensão que se encontra na base da doutrina do “triângulo ético” (*ethics triangle*) de SVARA (*The Ethics Primer for Public Administration in Government and Nonprofit Organizations*, 2.ª ed., Jones & Bartlett Learning, Burlington, 2015, *passim*, esp.¹⁶ pp. 82 e ss.), para quem o dever de prossecução do interesse público a cargo dos órgãos administrativos implica uma convergência equilibrada entre virtude, princípios e consequências (teleologia).

²¹¹ Rogério SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlântida, Coimbra, 1955, pp. 101 e ss., 106 e ss., 149 e s.; e *Direito Administrativo*, polic., s. l., s. d., pp. 3 e ss.. Cf. também Vieira de ANDRADE, «Interesse Público», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, s. n., Lisboa, 1993, p. 277, e *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Trata-se de uma distinção que remonta a Carnelutti: cf. ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3.ª ed., Giuffrè, Milano, 1960, pp. 197 e s. (v. também n. 3).

²¹² A doutrina alemã não deixa de assinalar a importância do artigo 1.º da *Grundgesetz* (onde está consagrado o princípio da dignidade humana) sob a ótica da dimensão do interesse público: cf., v. g., NETTESHEIM, «Die Garantie...», cit., p. 102.

²¹³ Cf. FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 333 e ss.; ORTEGA, «Global Citizenship...», cit., p. 254; DENNINGER, «Sicherheit...», cit., p. 113.

(com projeções no plano normativo) que caracteriza as atuais comunidades, onde a multiplicidade e a abertura surgem como notas predicativas.

Num outro sentido, a doutrina tem assinalado que a penetração de valores na atuação pública resulta da articulação privilegiada que, neste horizonte, se faz sentir entre os princípios da democracia, do Estado de direito²¹⁴ e da socialidade. A democracia e o Estado de direito englobam a defesa de um conjunto de valores públicos da ação estadual, quer de natureza substantiva (respeito pelos direitos fundamentais, proporcionalidade, imparcialidade, racionalidade), quer de índole procedimental/processual (transparência, garantias procedimentais e processuais)²¹⁵. Por sua vez, a socialidade revela que o Estado não é apenas responsável *perante* a sociedade, mas também *pela* sociedade, competindo-lhe, em certos termos (e sem aniquilar a possibilidade de autodesenvolvimento pessoal e comunitário), prosseguir tarefas que minimizem a desagregação e a exclusão social²¹⁶.

Numa terceira perspetiva, a tentativa de superação da crise axiológica penetra a própria *forma mentis* dos servidores públicos. Não circunscrevendo o seu âmbito de influência às relações externas (entre o Estado e os cidadãos), a ética penetra a própria atuação no interior dos poderes públicos, desenvolvendo-se uma «ética do serviço público» ou «ética do funcionalismo público» (*Ethik des öffentlichen Dienstes, Berufsethos*), cujos valores se encontram previstos em códigos de ética²¹⁷ e, por vezes, já cristalizados em normas jurídicas: o tradicional dever de respeito de representação constitui exemplo disso mesmo²¹⁸, assim como a cessação do dever de obediência quando a ordem ou instrução implique a prática de um crime. Trata-se de uma compreensão plenamente consonante com a ultrapassagem de uma conceção que encara os atores públicos como

²¹⁴ A este propósito, HARLOW («Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», in: *The European Journal of International Law*, n.º 1, vol. 17, 2006, p. 190) designa-os como os «ideais gémeos» (*twin ideals*) do Direito Administrativo ocidental.

²¹⁵ V. também AUBY, «Contracting Out and “Public Values”: A Theoretical and Comparative Approach», in: ROSE-ACKERMAN/LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010, p. 511; em particular, sob o ponto de vista procedimental, v. SZEREMETA/KERBY, «E-Government: Providing Value to Citizens», in: *Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*, United Nations, New York, 2007, pp. 165 e ss.. Num sentido muito amplo, os *public values* evocam os direitos e os benefícios de que cidadãos são titulares, as obrigações que têm perante a sociedade ou o Estado e os princípios em que os governos devem basear a sua atuação – cf. BOZEMAN, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press, Washington, 2007, p. 132.

²¹⁶ TIMSIT, «Braibant Lecture...», cit., p. 73.

²¹⁷ Cf., a este propósito, as interessantes considerações de SVARA, *The Ethics...*, cit., pp. 87 e ss., acerca da associação entre códigos de ética na Administração e satisfação do interesse público, debruçando-se, em concreto, sobre a construção daqueles códigos e a respetiva necessidade.

²¹⁸ No mesmo sentido, já PITCHAS, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., vol. II, Beck, München, 2012, p. 1717.

meros servidores públicos, para privilegiar uma tendência que os assimila a atores morais independentes²¹⁹. Tendo na sua origem os movimentos de internacionalização²²⁰ e europeização do Direito Administrativo²²¹ e sob a égide da ideia de *good governance*, as finalidades últimas da afirmação desta infraestrutura ética do serviço público consistem em revitalizar o funcionamento da Administração Pública, incrementar a transparência e a integridade dos serviços, fomentar a consequente confiança entre os cidadãos e as entidades públicas, e alcançar uma mais eficiente satisfação do interesse público no quadro do direito²²². Em causa está, pois, a percepção da necessidade de erigir um conceito de «profissionalismo de serviço público» (*public service professionalism*)²²³, enquanto suporte de uma «inteligência do agir administrativo» (*Klugheit* des *Verwaltungshandelns*)²²⁴. Embora tenha conhecido alguns momentos de crise após a emergência do *New Public Management* (mais preocupado com a retirada da esfera pública do que com os valores a esta inerentes), esta conceção aponta para a primazia dos princípios e do conhecimento sobre a adoção de práticas rotineiras, sem qualquer suporte de razoabilidade ou de juridicidade²²⁵.

²¹⁹ Contrapondo a imagem do *public servant* à do *independent moral actor*, MOORE, *Creating Public Value*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1995, p. 294; o Autor defende uma conciliação entre estes dois modelos abstratos (cf. *Op. cit.*, pp. 295 e ss.).

²²⁰ A OCDE tem-se revelado especialmente atenta aos problemas da «ética de serviço público» - v., por exemplo, *Principles for Managing Ethics in the Public Service*, 1998 (disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/1899138.pdf>). Cf. ainda o Relatório da mesma organização internacional, com contributos dos diversos Estados-membros *Trust in Governments – Ethics Measures in OECD Countries*, OECD, Paris, 2000 (sobre o estado da matéria em Portugal, reportado a 2000, v. pp. 267 e ss.).

²²¹ O artigo 41.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* reconhece aos cidadãos expressamente o «direito a uma boa administração», o qual subordina as instituições, órgãos e organismos da União à imparcialidade, equidade, obtenção de uma decisão em prazo razoável (n.º 1), participação, informação procedimental, fundamentação das atuações (n.º 2), indemnização dos danos (n.º 3) e utilização de uma das línguas dos Tratados (n.º 4). Cf. ainda o *Livro Branco – Governança Europeia* [COM(2001) 428 final, in: *Jornal Oficial*, n.º C 287, 12.10.2001], que serve de pano de fundo aos diversos códigos de boas práticas das instituições europeias - v. *Código de Boa Conduta Administrativa para o Pessoal da Comissão Europeia nas suas Relações com o Público* (publicado em anexo à Decisão 2000/663/CE, CECA, Euratom da Comissão, de 17.10.2000, que altera o seu regulamento interno, in: *JO* n.º L 267, 20.10.2000); *Código Europeu de Boa Conduta Administrativa* de 2005 (disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces>); *Código de Conduta dos Comissários* [Code of Conduct for Commissioners, C(2011) 2904, disponível em http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/pdf/code_conduct_en.pdf].

²²² Em sentido próximo, WEIBEZAHN, *Ethische Standards in der Verwaltung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, pp. 205 e ss.; sobre a influência do Direito Internacional, do Direito Europeu e do direito comparado na emergência da introdução de uma cultura de ética no funcionamento da Administração, v., desenvolvivamente, *Op. cit.*, pp. 14 e ss..

²²³ ARGYRIADES, «Good Governance, Professionalism, Ethics and Responsibility», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, p. 166.

²²⁴ HOFFMANN-RIEM («Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., vol. I, Beck, München, 2012, p. 705) entende justamente que a «Klugheit» des *Verwaltungshandelns* se encontra sustentada, *inter alia*, pelos *standards* ético-profissionais. Cf. também PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1720 e ss..

²²⁵ A criatividade, enquanto capacidade de inovação e de decisão para lá das regras e procedimentos

Esta ideia vem, naturalmente, acompanhada do renascer dos valores de prossecução do interesse público – o que, ao cabo e ao resto, distingue o profissional público do profissional privado –, dá origem à compreensão do Direito Público como uma «ordem material de valores» (*materiale Wertordnung*)²²⁶ e (re)introduz a ética no interior da organização administrativa²²⁷. Longe de apelar para um relativismo de opiniões, a ética administrativa ou a ética da/na Administração Pública (*administrative ethics/Public Administration ethics, Ethik in der öffentlichen Verwaltung*) alicerça-se em princípios e valores constitucionalmente protegidos (como a imparcialidade, a proporcionalidade, a igualdade e a transparência) e vincula os atores públicos a promover ou a adotar os comportamentos que melhor se compaginem com tais valores – sem prejuízo da conflitualidade e das tensões imanentes à convivência dos valores jurídicos que à Administração cumpre gerir e ponderar²²⁸. Para aqueles que concebem o profissional da Administração Pública como uma espécie de cidadão fiduciário, polarizador da confiança de todos os cidadãos, esta conduta não corresponde senão ao cumprimento de um dever de lealdade para com

existentes, constitui um dos designados «valores pós-burocráticos» – cf. SALMINEN, «Accountability, Values and Ethical Principles of Public Service: The Views of Finnish Legislators», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, p. 179.

²²⁶ PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1718 (a propósito do Direito Administrativo).

²²⁷ Sobre a ética administrativa, cf., v. g., a síntese de COOPER, «Big Questions in Administrative Ethics: A Need for Focused, Collaborative Effort», in: *Public Administration Review*, n.º 4, vol. 64, julho/agosto 2004, pp. 395 e ss., com amplas referências doutrinárias. Não se trata de uma preocupação recente no âmbito da Ciência da Administração, pois que conhece antecedentes na própria construção do burocrata weberiano (no *Beamte*) e mesmo em momentos anteriores [sobre as exigências de carácter dos titulares dos ofícios públicos, v. o nosso trabalho «A Avaliação do Mérito na História da Administração Pública Portuguesa até ao 25 de Abril», in: João BILHIM (dir.), *Do Governo à Governação: Os Desafios do Mérito*, ISCSP, Lisboa, no prelo (2017)]. Contudo, as exigências atualmente impostas aos profissionais da Administração Pública revelam-se bem diversas das colocadas ao funcionário no início do século XX (o mesmo sucedendo com as novas formas de administrar, marcadas pela construção de parcerias público-privadas e pela concorrência), não se compadecendo com a cega aplicação de regras, mas também não permitindo ignorar a necessária permeabilização da organização administrativa a determinados valores. A própria refundação da ética administrativa – ocorrida no dealbar dos anos '80 do século XX e em que foram pioneiros Rohr (*Ethics for Bureaucrats: An Essay on Law and Values*, 1.ª ed. de 1978), Cooper (*The Responsible Administrator: An Approach to the Ethics of the Administrative Role*, 1.ª ed. de 1982) e Frederickson («The Recovery of Civism in Public Administration», publicado em 1982) – revela-se inadequada (pelo menos, em parte) para responder aos desafios da atual Administração, o que leva a doutrina a tentar equacionar uma nova ética administrativa, compreendida através de outros valores. V. STENSÖTA, «The Conditions of Care: Reframing the Debate About Public Sector Ethics», in: *Public Administration Review*, n.º 2, vol. 70, março/abril 2010, pp. 295 e s.. O apelo à ética na Administração começa também a ganhar uma voz significativa na Alemanha – cf., por todos, PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1716 e ss..

²²⁸ Cf. GRAAF/WAL, «Managing Conflicting Public Values: Governing with Integrity and Effectiveness», in: *American Review of Public Administration*, n.º 6, vol. 40, novembro 2010, p. 625, aludindo à necessidade de gerir as tensões entre os valores públicos potencialmente conflituantes (*managing tensions between potentially conflicting public values*) – entre os quais elegem a juridicidade, a integridade, a democracia e a eficiência – como objetivo da *good governance*.

os administrados, perante os quais são, em última análise, responsáveis – daí a íntima relação entre ética administrativa e responsabilidade.

Uma última dimensão aponta para a ideia de que a própria ação jurídica das entidades públicas deve ser *criadora de valor público*. A realização de tarefas públicas envolve a mobilização de recursos financeiros, obtidos, na sua maioria, através do exercício do poder tributário – recursos esses que, se e quando mantidos na esfera dos particulares, poderiam ser utilizados para o consumo e o investimento privados. Nesta medida, o valor público gerado pelas atuações públicas há de compensar (ou mesmo suplantar) as restrições que esta adjudicação de recursos financeiros importa para o consumo e o investimento privados²²⁹. A dificuldade reconduz-se agora a determinar em que consiste esse valor público – resposta que nos transporta novamente para o ponto de partida: a efetiva satisfação do que a sociedade, em cada momento histórico, concebe como sendo a concretização do interesse público primário. Trata-se de um ponto que revela a imprescindível articulação entre uma racionalidade estratégica e uma racionalidade prático-normativa de fundamentação no desempenho da função administrativa. No exercício desta função, a justiça (ou a justeza) que se intenta alcançar concorre com a oportunidade e a conveniência (política e técnica) das decisões²³⁰, na medida em que a vinculação pública ao interesse público também não consente uma racionalidade estratégica pura, que resvale para uma absolutização da “cultura dos resultados” ou da “Administração dos/pelos resultados”²³¹, ou do simples *getting things done*²³².

²²⁹ Esta perspetiva encontra-se subjacente à construção de MOORE, *Creating Public Value*, cit., *passim*, esp.te pp. 27 e ss. [ainda que as conclusões do Autor acabem por privilegiar, sobretudo, a dimensão da eficiência, da *performance*, e de um «governo orientado para o cliente» (*customer-oriented government*) – posição da qual nos afastamos, como decorre do texto]. Mais recentemente, MOORE (*Recognizing Public Value*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2013) desenvolve, a partir do estudo de casos, a sua posição, preocupando-se com a construção de um modelo técnico de avaliação da *performance* do sector público, que não perca de vista a *fairness*, a *accountability* e a *responsiveness* das atuações. Cf., por exemplo, a posição alternativa de BOZEMAN, *Public Value...*, cit., pp. 134 e ss., mais próxima da nossa visão normativa. V. ainda HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., pp. 226 e s..

²³⁰ Assim também Vieira de ANDRADE, «A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, ano L, 1974, p. 227.

²³¹ Alude-se, a este propósito, ao dever de atingir resultados como coordenada caracterizadora da «nova Administração Pública»: a «Administração dos/pelos resultados» - V. IANNOTTA, «Mérito, Discrecionalità e Risultato nelle Decisioni Amministrative (L'Arte di Amministrare)», in: *Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico*, n.º 1, ano II, 2005, pp. 3 e 9 e ss. (quanto às origens do fenómeno). Chamando, contudo, a atenção para os perigos da absolutização da «Administração dos/pelos resultados», que substitua o valor da legitimidade da ação administrativa pela eficiência, cf. CIMELLARO, «Il Principio di Legalità in Trasformazione», in: *Diritto e Società*, n.º 1, 2006 pp. 142 e s..

²³² cf. ALKADRY/BLESSETT/PATTERSON, «Public Administration, Diversity, and the Ethic of Getting Things Done», in: *Administration & Society*, vol. 49, 2017, pp. 1191 e ss., trabalhando os conceitos de ética e de eficiência num caso de estudo do distrito de Miami.

1.2. Democracia ética

A leitura mais imediata da referência a uma democracia ética reside na verticalidade exigida aos titulares do poder público, que permita responder aos desafios criados pelos *problemas de mal-estar* do constitucionalismo²³³. A associação entre a ética e o exercício do poder refere-se quer a uma ética individual, quer a uma ética institucional – a primeira, impondo padrões de comportamento aos titulares de cargos políticos, a segunda, exigindo um desempenho responsável do cargo político em causa²³⁴. Já Aristóteles²³⁵ defendia que a estabilidade dos regimes dependia de os magistrados superiores deterem três requisitos: a afeição pelo regime estabelecido, a competência no desempenho das suas funções e a *virtude* (*i. e.*, uma conduta virtuosa, acompanhada de um sentido de justiça). Trata-se, afinal, de levar a democracia num regresso às suas origens: a instituição da *pólis* grega pressupunha a existência do cidadão, imbuída do amor e da prática da beleza, do amor e da prática da inteligência, e da tutela do bem comum²³⁶.

A este propósito refere-se Javier Gomá Lanzón²³⁷ a uma «exemplaridade pública», denotando a universalização (ou a universalidade) do exemplo, *i. e.*, da atitude daqueles titulares (o “profissional da política”, gestor vicário da *Res Publica*, no contexto de uma relação de *fiducia* com os representados), que não se compadece com o mero cumprimento da lei, mas exige um comportamento verdadeiramente exemplar. Aquela exemplaridade impõe quer uma apreciação do *agere* político dos titulares dos poderes públicos, quer uma atenção à sua pessoa, dotada de qualidades que o tornam responsável

²³³ Estamos a louvar-nos na área vocabular proposta por Gomes CANOTILHO, «O Tom...», cit., p. 122.

²³⁴ Assim, Maria Benedita URBANO, «Cidadania para uma Democracia Ética», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, 2007, p. 522 (v. também p. 537). Destrinçando também entre *democracia formal* (respeitante ao *quem* decide e ao *como* decide) e *democracia substancial* (incidente sobre *qual o conteúdo* do que se decide), v. PINTORE, «Diritti Insaziabile», in: *Teoria Politica*, n.º 2, 2000, pp. 5 e ss. (ainda que não acompanhamos todo o raciocínio da Autora, que acaba por negar a possibilidade de conferir um conteúdo à democracia, com o fundamento de que tal implica a resolução de um problema normativo através de uma solução semântica).

²³⁵ ARISTÓTELES, ARISTÓTELES, *Política*, Vega, Lisboa, 1998., p. 395.

²³⁶ Louvando-se em Péricles, v. CASTORIADIS, *L'Enigma del Soggetto. L'Immaginario e le Istituzioni*, Edizioni Dedalo, Bari, 1998, p. 223.

²³⁷ Javier GOMÁ LANZÓN, *Ejemplaridad Pública*, Taurus (ed. Kindle), Madrid, 2010, no capítulo X, sob a epígrafe “Especial responsabilidad del ejemplo político”, que seguimos de perto e citamos no final do parágrafo. Para uma compreensão mais global da perspetiva do Autor, nomeadamente, sobre os conceitos de exemplo e exemplaridade, e a função por estes assumidos no quadro filosófico perfilhado, v. Javier GOMÁ LANZÓN, *Necesario pero Imposible*, Taurus (ed. Kindle), Madrid, 2013, Parte I, n.º I e II, sob as epígrafes, respetivamente, “Ejemplaridad del ser” e “Experiencia, imitación, limitación”.

ou fiável, suscetível, como tal, de criar confiança nos cidadãos. Num cenário como o atual, em que pululam formas diversas de relativismo axiológico, a exemplaridade pública pode tornar os valores mais facilmente intuíveis através da observação das pessoas (*in casu*, os já mencionados profissionais políticos) que os encarnam e se reconduzem (ou devem reconduzir) a “personificações da ética implícita vigente em determinada sociedade e, ao mesmo tempo, configuradores privilegiados daquela”.

A *fiducia* que intercede entre os cidadãos e os seus representantes (que se exigem “exemplares) acaba por conduzir, na relação entre democracia e direitos, a que a restrição destes últimos pressuponha sempre uma decisão democraticamente legitimada (independentemente dos limites materiais a que a mesma se encontre impreterivelmente submetida). Trata-se de uma afirmação que se manifesta, *v. g.*, na dimensão formal dos «limites dos limites» (*Schranken der Schranken*), já consagrados na *Grundgesetz* (cf. artigo 19, n.º 1) e previstos também na Constituição portuguesa (cf. artigo 18.º, n.º 2, *in principio*). Mas que encontra igual acolhimento em algumas elaborações jurisprudenciais. Tomemos como exemplo o caso (também analisado por Sunstein²³⁸) apreciado pelo Supremo Tribunal de Israel²³⁹, onde estava em causa a admissibilidade de métodos de interrogatório (muito próximos, senão mesmo correspondentes à tortura) no âmbito da investigação de suspeitos pela prática de atos atentatórios da segurança do Estado de Israel. Não deixando de tecer considerações sobre os métodos de interrogatório admissíveis num Estado de direito (limitados, desde logo, pela dignidade humana), o Tribunal optou por dirigir um importante esforço argumentativo para a questão democrática: considerando que qualquer interrogatório implica, em todas as hipóteses, uma limitação aos direitos e às liberdades individuais do sujeito, a sua realização não pode, sob pena de se considerar *ultra vires*, ser efetuada na falta de uma lei que expressamente o autorize; para o Tribunal, estamos diante de uma decorrência imediata do *Rule of Law* (em sentido formal e substancial). Repare-se, contudo, que subjacente à retórica da decisão está a ideia segundo a qual a existência de uma autorização legislativa para aqueles interrogatórios (e, por conseguinte, a manifestação democrática) tê-los-ia

²³⁸ SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 211 e ss..

²³⁹ «Supreme Court of Israel: Judgement Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods», in: *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, pp. 1471 e ss., esp. pp. 1478 e ss., 1487 e ss..

sujeitado a condições que lhes permitissem cumprir o “padrão constitucional”, designadamente aquele que se corporiza nos direitos fundamentais²⁴⁰.

Assim, e prosseguindo o raciocínio, à invocação da «democracia ética» pretendemos afeiçoar ainda um outro significado. A associação entre democracia e valores públicos demonstra que a primeira não corresponde apenas a uma realidade formal e procedimental vertida na inexorável soberania de uma vontade popular expressa na regra da maioria, independentemente do sentido que a orienta²⁴¹, mas tem de possuir um conteúdo substancial ou material. Neste sentido, Montesquieu²⁴² defendia já que embora, em democracia, o povo pareça fazer o que quer, a liberdade não tem este significado: numa sociedade regida por leis (diríamos hoje, num Estado de direito democrático), a liberdade não constitui senão o “poder fazer o que se *deve* querer” e o “[poder de] não ser, de algum modo, constrangido a fazer o que não se *deve* querer” (“*pouvoir faire ce que l’on doit vouloir*”, “*n’être point contraint de faire ce que l’on ne doit pas vouloir*”). Ou, na mesma linha, Benjamin Constant²⁴³ salientava que “numa sociedade fundada na soberania do povo, é certo que não pertence a qualquer indivíduo ou a qualquer classe o poder de submeter o resto à sua vontade particular; mas é falso que toda a sociedade detenha sobre os seus membros uma soberania sem limites”, epitomando ainda que “a soberania do povo não é ilimitada; está circunscrita pelos limites que lhe traçam a justiça e os direitos dos indivíduos”. E poderíamos continuar a lista, invocando desde a distinção de Rousseau²⁴⁴ entre a vontade geral (necessariamente dirigida

²⁴⁰ Cf., em especial, «Supreme Court of Israel...», cit., pp. 1479 e s.. Traçando a ponte com o parágrafo seguinte do texto e tendo presente a realidade vivida em Israel, atentemos numa das considerações emergentes «palavra final» (*final word*) da decisão, já em *obiter dictum* (p. 1488): “É este o destino da democracia, em que nem todos os meios são aceitáveis, e nem todas as práticas utilizadas pelos nossos inimigos se encontram abertas. Apesar de uma democracia ter, com frequência, de lutar com uma mão atada atrás das costas, ela tem, todavia, o domínio. Preservar o Estado de direito [*Rule of Law*] e o reconhecimento das liberdades do indivíduo constitui um importante componente da compreensão de segurança [inerente à democracia]”.

²⁴¹ Cf. FERRAJOLI, «Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales», in: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 16 e s.. Enfatiza certamente Amartya SEN (*A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 432) que “em si mesmo, o voto pode até ser inteiramente inadequado, o que é abundantemente ilustrado pelas esmagadoras vitórias eleitorais das tiranias que se instalaram em regimes autoritários, seja em tempos idos seja no presente – como acontece, por exemplo, na actual Coreia do Norte”. Cf. também o expressivo exemplo de DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, p. 348.

²⁴² MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Loïs*, tomo I, s.n., Londres, 1757, p. 308 (Livro XI, Capítulo III, sob a epígrafe “Ce que c’est la liberté”).

²⁴³ CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnelle*, vol. I, Slatkine, Paris, 1982 (*fac-simile* da ed. de 1872), pp. 9 e 15, respetivamente; a ideia do caráter limitado da soberania constitui, aliás, a tese emergente de todo o Capítulo I, que tem como epígrafe «Da soberania do povo» (*Op. cit.*, pp. 7 e ss.).

²⁴⁴ ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes de Droit Politique*, Librairie des Bibliophiles, Paris, 1889, pp. 31 e ss..

ao bem comum) e a vontade de todos (de pendor egoístico), à conceção de Dworkin²⁴⁵ dos direitos como trunfos contra a maioria (ou contra as decisões coletivamente justificadas). Não obstante as inúmeras e substancialmente significativas diferenças que apartam estas posições, todas têm em comum a circunstância de apontarem para uma limitação da soberania (e do alcance do princípio da maioria), no sentido de que o respetivo exercício não pode ser feito à custa do sacrifício de determinados valores²⁴⁶.

É que o facto de determinado comportamento ser democraticamente sancionado não significa que seja axiologicamente fundado e juridicamente legítimo. A existência de uma «democracia constitucional» exige a necessária subordinação ao direito²⁴⁷. Alude-se agora a um conceito de «democracia ética»²⁴⁸, que pressupõe o reconhecimento de uma dimensão material à democracia, integrada por valores que (axiologicamente) se impõem aos e são impostos pelos²⁴⁹ cidadãos e dirigida à garantia positiva e concretização das diversas precipitações da dignidade humana²⁵⁰ – precipitações que não envolvem apenas direitos fundamentais, mas pressupõem igualmente deveres fundamentais, aliando autonomia/liberdade e responsabilidade. A dignidade humana exige, pois, um comportamento objetivamente ético (*hoc sensu*) de todos os poderes públicos²⁵¹. É neste ponto que, seguindo Barbosa de Melo, se cruzam os termos democracia e utopia, esta última compreendida como

²⁴⁵ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, *passim*, mas, explicitando a sua posição, em diálogo com a crítica avançada por Raz, pp. 364 e ss.. V. ainda DWORKIN, «Rights as Trumps», in: WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1985, pp. 153 e ss..

²⁴⁶ Cf. as afirmações lapidares de WALDRON, «Rights and Majorities: Rousseau Revisited», in: *Nomos*, vol. 32, 1990, p. 52.

²⁴⁷ Assim, FERRAJOLI, «Las Garantías...», cit., p. 17, acrescentando que um “Estado democrático” apartado da subordinação ao direito equivaleria, inclusivamente, ao Estado absoluto hobbesiano (v. n. 5).

²⁴⁸ Adela CORTINA, *Los Ciudadanos...*, cit., p. 55. Entre nós, Maria Benedita URBANO, «Cidadania...», cit., pp. 515 e ss..

²⁴⁹ E com esta asserção pretendemos sublinhar dois aspetos essenciais: por um lado, o valor da dignidade humana (e as suas precipitações) correspondem a um pressuposto do sistema democrático e, como tal, constituem, nos termos já apontados, limites da democracia (por esse motivo, afirmamos que os valores *se impõem aos cidadãos*); por outro lado, e sem prejuízo da consideração anterior, reconhecemos (como WALDRON, «Rights...», cit., p. 58, distanciando-se da conceção utilitarista de Bentham e aproximando-se do otimismo da teoria de Rousseau) que a necessidade de proteção dos direitos no sistema democrático consegue persuadir suficientemente os cidadãos ou, pelo menos, a maioria dos cidadãos (e, nesse sentido, as diversas precipitações da dignidade humana *são impostas pelos cidadãos*; no entanto, e perfilhando uma postura realista, deve admitir-se que, no campo da afirmação dos concretos direitos e da definição dos respetivos conteúdo e alcance, nem sempre se revela viável a obtenção de consensos – v. também WALDRON, «Rights...», cit., pp. 60 e s.).

²⁵⁰ Uma observação que, de algum modo, pretende responder às preocupações de WALDRON («Rights...», cit., pp. 53 e s.) perante o facto de a invocação dos direitos assumir, com frequência, um pendor panfletário, quando, na verdade, a possibilidade de atuarem como “justificação” depende de lhes estar subjacente um valor.

²⁵¹ V. ainda NETTESHEIM, «Die Garantie...», cit., p. 102.

invenção social, enquanto conjunto de valores ou deveres-ser que norteiam as comunidades históricas concretas²⁵². E facilmente se compreende a conjugação entre direitos e democracia ética: por um lado, a vocação de inclusão universalizante dos direitos com que haveremos de nos confrontar só consegue existir com efetividade num contexto de organização do poder que permita acolher a multiplicidade cultural e o pluralismo axiológico; por outro lado, a saudável articulação entre direitos e deveres, vertida num complexo de relações de natureza política, social, económica e financeira, exige a presença de uma democracia substancial²⁵³ (*i. e.*, em que os cidadãos tenham a possibilidade de revelar uma solidariedade horizontal, intrageracional e intergeracional). Por este motivo, e com este sentido, poderemos afirmar, acompanhando, em parte, Köhler²⁵⁴, que a democracia está ao serviço dos direitos fundamentais e só se compreende enquanto os defender. Apenas este conceito multifacetado do sistema democrático (dotado de dimensões formais, mas composto por dimensões materiais) permite uma visão da democracia que integra como seu elemento conatural a realização dos valores públicos, em geral, e dos direitos fundamentais, em especial.

E esta afirmação surge consonante com a conceção de que os direitos fundamentais precedem (axiologicamente) a democracia, que os deve reconhecer, que lhe surgem como um dado e que passam a integrar o seu conteúdo²⁵⁵. Neste sentido, o reconhecimento dos direitos desacompanhado da existência de um sistema político subordinado ao princípio democrático revela-se inútil²⁵⁶; além disso, tal reconhecimento não se basta com uma atitude de passivo respeito, mas exige uma conduta ativa dirigida à realização (incluindo a promoção) dos direitos. Ou, se o quisermos dizer com Ferrajoli²⁵⁷, o exercí-

²⁵² Cf., sobre este sentido, Barbosa de MELO, *Democracia...*, cit., pp. 52 e ss., esp. te p. 54.

²⁵³ V. também APOSTOLI, «Il Consolidamento...», cit., p. 10.

²⁵⁴ KÖHLER, «Das Recht auf Menschenrechte», in: BRUNKHORST/KÖHLER/LUTZ-BACHMANN (eds.), *Recht auf Menschenrechte: Menschenrechte, Demokratie und Internationale Politik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, p. 124.

²⁵⁵ Tal significa que o reconhecimento e a força jurídica (normativa) dos direitos fundamentais são independentes da democracia, no sentido de que pré-existem a qualquer procedimento democrático espaço-temporalmente localizado, mesmo quando estão em causa direitos procedimentais: eis o que sucede com os direitos de participação política, que, apesar do seu conteúdo democrático-procedimental, não veem o seu estatuto de “direito fundamental” afetado pelo resultado de um certo procedimento democrático. Nestes precisos termos, v. MICHELMAN, «Brauchen Menschenrechte eine Demokratischen Legitimation?», in: BRUNKHORST/KÖHLER/LUTZ-BACHMANN (eds.), *Recht auf Menschenrechte: Menschenrechte, Demokratie und Internationale Politik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, p. 54 (cf. também ns. 3 e 4).

²⁵⁶ Cf. também MICHELMAN, «Brauchen Menschenrechte...», cit., p. 57.

²⁵⁷ FERRAJOLI, «Las Garantías...», cit., pp. 19 e 22. A conexão entre democracia e direitos fundamentais apresentada pelo Autor revela-se tão intensa, que torna possível a desagregação do conceito

cio da soberania popular pressupõe a liberdade individual dos cidadãos, e a participação na vida política demanda a garantia de um «mínimo vital», que passa também pela instrução e pela educação, razão pela qual os direitos não se assumem apenas como limites, mas constituem a substância da democracia. Não se afigura, pois, de estranhar que essa concretização pressuponha o que designaremos como o compromisso jusfundamental dos poderes públicos, que tem como primeiro momento a realização político-jurídica dos direitos fundamentais – precisamente através dos órgãos democraticamente legitimados (cf., *infra*, Parte III, 1.1.).

Os desafios para uma democracia ética sofrem um incremento exponencial, quando se atenta na circunstância de que o contexto espaço-temporal impõe às democracias não apenas uma mudança institucional, mas também um repensar do seu sujeito político – que passa do povo para os povos ou do *dêmos* para os *dêmoi*, e que exige uma refundação do conceito de democracia tão profunda como aquela que marcou a ultrapassagem da democracia direta para a democracia representativa²⁵⁸. Num cenário global, e independentemente das transformações institucionais imprescindíveis à reconceptualização da democracia, a valorização desta última corresponde necessariamente à valorização da autodeterminação de um conjunto (ou vários conjuntos) de sujeitos que se não encontra(m) confinado(s) dentro das fronteiras de um Estado e que, em virtude da multiplicidade cultural e do pluralismo axiológico predicativos da atualidade, ultrapassaram a polifonia para cantarem a várias vozes, embora nem sempre com harmonia. Por este motivo, e neste horizonte particular, assumem um relevo muito significativo a dimensão axiológica da *Res Publica* e o fundamento material do direito (em suma, a dimensão material ou substancial da democracia). Ao nível da produção normativa, a globalização da democracia vai produzir consequências decisivas no plano das fontes, esbatendo-se a dimensão formal ou procedimental da democracia. A *governance* global, claramente marcada por interdependências (não necessariamente formais) num cenário de ausência de um «espaço comum partilhado» e de presença de comunidades muito diversas²⁵⁹, privilegia as fontes não oriundas dos órgãos com legitimidade democrática direta (tendencialmente

de «democracia constitucional» em tantas dimensões quantos os tipos de direitos fundamentais: democracia política, democracia civil, democracia liberal e democracia social. V. também RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 15.

²⁵⁸ Como revela o título da obra de BOHMAN, *Democracy Across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, The MIT Press, Cambridge/London, 2007, *passim*, e o ponto de partida de toda a sua reflexão (*Op. cit.*, p. 21).

²⁵⁹ Cf. também BOHMAN, *Democracy...*, cit., pp. 24 e s..

inexistentes) e revaloriza o recurso à jurisprudência²⁶⁰. Se, como veremos, tal não implica a recondução dos tribunais a oráculos da Constituição ou dos direitos, no contexto de uma sociedade aberta e global dos intérpretes, não pode obnubilar o relevo que a proteção jurisdicional no plano transnacional implica para os direitos (cf., *infra*, Parte III, 3.3.).

2. Dignidade humana, direito e direitos

Como acentua Apostoli²⁶¹, “na sua essência, a história dos direitos humanos e da dignidade do homem representa o esforço de criar um espaço para a vida dos indivíduos que reflita os valores e princípios compartilhados e torne estes últimos efetivos e concretos na vida social”. O cruzamento das relações entre dignidade humana, juridicidade e direitos fundamentais pretende assinalar o relevo que aquele fundamento necessariamente reveste para a afirmação (*rectius*, para a existência) de uma ordem que pretenda qualificar-se como de direito e em que medida esse fundamento encontra concretizações privilegiadas na matéria dos direitos fundamentais. Em sentido diverso ao subjacente à conhecida afirmação de Bobbio²⁶² – segundo a qual o problema dos direitos consistiria menos em justificá-los e mais em protegê-los (o que atiraria a matéria dos direitos fundamentais para as malhas da política) –, dever-se-á entender que somente a refração fundamentante dos direitos permitirá uma sua realização efetiva, *i. e.*, uma tutela e promoção consonantes com a sua intencionalidade predicativa.

2.1. Dignidade humana e direito (considerações esparsas)

A abundante literatura jurídica sobre a dignidade humana como étimo fundante do Direito permite-nos que esboçemos algumas considerações esquemáticas sobre o tema, de modo a recordar os termos da associação entre aquele princípio, a juridicidade e os direitos fundamentais. Na síntese lapidar

²⁶⁰ Cf. ainda FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 556.

²⁶¹ APOSTOLI, «Il Consolidamento...», cit., p. 36.

²⁶² BOBBIO, *L'Età dei Diritti*, Einaudi, Torino, 1992, p. 16.

de Fernando José Bronze²⁶³, “se a pessoa (na pluralidade das suas dimensões constitutivas e em coerência com a sua eminente dignidade) ainda puder reconhecer-se, talqualmente se compreende, na ordem jurídica em causa, esta será de direito; na hipótese inversa, nem pensar!”. Neste sentido, a dignidade humana constitui uma incontestabilidade²⁶⁴, indissolúvelmente ligada à autonomia ética e responsabilizante da pessoa, consistindo, pois, no “sagrado solo fundador”²⁶⁵ em que o direito ergue os seus alicerces; enquanto projeto humano, o direito pressupõe, assim, que os sujeitos se reconheçam uns aos outros como pessoas dotadas de uma dignidade.

Esta pressuposição aponta para o reconhecimento de uma ineliminável dimensão axiológica na juridicidade – em consonância com a autonomização (necessária) da pessoa (enquanto “aquisição axiológica”) face ao sujeito (como “entidade antropológica”)²⁶⁶. Note-se, porém, que a associação aqui efetuada entre direito e axiologia não significa o regresso a um qualquer modelo jusnaturalista. No máximo, pretende-se pôr termo à artificialidade emergente de uma conceção (positivista) do direito, que o reconduz a um conjunto de prescrições autoritariamente impostas (a lei) e, em simultâneo, lhe retira a dimensão material de validade e atrofia a sua espontaneidade, na medida em que o amarra à construção de um projeto político-social ou político-económico próprio de um determinado momento histórico (e de uma específica maioria deliberativa) e o confrange a uma coerência lógico-formal em nome de um esplendor sistemático²⁶⁷. Se o jusnaturalismo assentava o fundamento do direito num pressuposto *ius naturale*, o positivismo ignorava o problema do sentido material específico do direito, na medida em que o identificava com a legitimação política do direito legislativamente imposto²⁶⁸.

²⁶³ Fernando José BRONZE, «O Direito, a Internacionalização e a Comparação de Sistemas Jurídicos (ou a Pessoalização como Tarefa Realizanda, a Universalização como Objectivo Utópico e a Relativização como Coordenada Metódica)», in: *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 423 e s..

²⁶⁴ DENNINGER («Sicherheit...», cit., p. 107) alude justamente à *Unantastbarkeit der Menschenwürde*.

²⁶⁵ João LOUREIRO, «Pessoa, Dignidade e Cristianismo», in: *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I, Studia Iuridica 90, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 717. Este Autor entende por dignidade humana “o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos” (João LOUREIRO, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 281). V. ainda David CORTEZ, «O Princípio da Dignidade Humana em Kant», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, 2005, p. 601.

²⁶⁶ Castanheira NEVES, «Pessoa...», cit., pp. 149 e ss..

²⁶⁷ Cf. também FERRARESE, «Globalizzazione Giuridica», cit., p. 553.

²⁶⁸ Cf. também Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 463 e ss. (que seguimos de perto), 597 e s., n. 55 (salientando, nesta última

Diversamente, a pressuposição de sentido que sufragamos acentua a dimensão material do direito, e constitui um *tertium genus* entre, por um lado, a necessidade ontológica, bem como a rigidez e a indisponibilidade do fundamento jusnaturalista, e, por outro lado, a contingente precariedade político-social e voluntarista do positivismo²⁶⁹: apenas neste sentido se poderá afirmar que a conceção da pessoa (necessariamente) subjacente ao direito pressupõe uma intersecção entre este e a ética²⁷⁰. A dignidade humana constitui um postulado *normativo* (e não característica natural-antropológica do homem), implicando a atribuição (ou, como preferimos, o reconhecimento) de um *status* normativo à pessoa²⁷¹.

Assim, o direito assume-se como um sistema polarizado em determinados referentes axiologicamente fundamentantes ou em certos princípios axiológicos que assumem uma validade intencional específica – ainda que essa validade tenda a precipitar-se dogmaticamente em normas. E estes princípios reconduzem-se à primeira pedra sobre a qual se ergue o edifício do direito, o qual não se identifica, como bem sabemos, com o conjunto de normas positivadas; na verdade, estas últimas como que derivam dos *principia*, que corporizam a *Grundanschauung* da compreensão do direito e da juridicidade²⁷². A dignidade humana, na dimensão normativo-material ora enfatizada, não representa senão o que Castanheira Neves e a sua Escola designam como o «princípio normativo» ou o «absoluto do nosso momento histórico»²⁷³.

referência, a inadequação da contraposição absoluta entre direito positivo/direito natural, subjacente às conceções de Bydlnsky, enquanto aproxima ao jusnaturalismo um pensamento jurídico dirigido ao reconhecimento de princípios normativos, suscetíveis de fundamentar uma ordem de direito).

²⁶⁹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 48, «Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 192, «Pensar...», cit., pp. 6 e s.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 468.

²⁷⁰ V. AUER, *Der Menschenbild...*, cit., pp. 56 e s. (e a abundante bibliografia aí citada).

²⁷¹ Em sentido próximo, MAHLMANN, «The Dictatorship of the Obscure? Values and the Secular Adjudication of Fundamental Rights», in: SAJÓ/UITZ (eds.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, p. 352.

²⁷² Estamos a parafrasear o início da célebre obra de SCHULTZ, *Prinzipien des Römischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1934, p. 1, na parte em que caracteriza o objeto da sua obra, esclarecendo que os «princípios» a que se reporta não correspondem às normas elementares e retoras do direito positivo, mas aos verdadeiros «inícios» (*Anfänge*) do Direito Romano.

²⁷³ Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 47 e ss., 280 e ss., «A Revolução e o Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 139 (onde, numa síntese perfeita, o Autor assinala que “o homem-pessoa é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do nosso tempo”), 141 e ss., «Justiça e Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 278 e ss., «Fontes do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º,

A pessoa, enquanto «auto-suposição axiológica» última do sentido e da dignidade que nos reconhecemos, apresenta, como categoria dialógica, duas dimensões – uma delas, ligada à singularidade de cada um; a outra, associada à comunidade –, as quais se projetam no mundo do direito de outros tantos modos. Na sua vertente subjetiva ou singular, assomam os valores da igualdade (e da liberdade), que, comparando-nos uns com os outros, implicam o reconhecimento de direitos para que cada sujeito se possa compreender reciprocamente como pessoa; na sua vertente objetiva ou comunitária, destaca-se o valor da responsabilidade, que constitui o fundamento para a afirmação dos deveres para com o outro. O que vale por dizer que quer os direitos, quer os deveres radicam nuclearmente naquela intenção axiológica – permitindo discernir que a renúncia a qualquer destas dimensões (pessoal e comunitária) inviabiliza a realização da pessoa. Ou, se nos quisermos voltar a louvar na expressiva prosa de Fernando José Bronze²⁷⁴, “o homem não é mais o indivíduo *ab-soluto*, que tem ao seu dispor um mundo-objecto-manipulável, mas a pessoa *con-vivente*, que age num mundo por que é responsável”. A ineliminável dimensão ética do direito radica, pois, na assunção da *pessoa*, enquanto “sujeito do próprio direito”, enquanto “sujeito de direitos” e enquanto “sujeito de responsabilidade”²⁷⁵. O tema dos direitos fundamentais assenta justamente na dialética entre a individualidade e a relação com o outro, entre o *suum* e o *commune*²⁷⁶.

Agora à luz de outro referente, podem compreender-se as interpelações que faz à juridicidade a concepção segundo a qual “o outro é um dom”²⁷⁷:

Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 65 e s., «Entre o “Legislador”...», cit., pp. 191 e ss., «Pensar...», cit., pp. 17 e s. (o sentido do paradoxo aparente resultante expressão «absoluto histórico» surge a p. 18); Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 463 e ss. (a p. 474, que identifica o «princípio normativo» com “aquele acervo de valores em que radica a nossa auto-suposição axiológica como pessoa”; a explicitação do oxímoro «absoluto do nosso momento histórico» surge na p. 467).

²⁷⁴ Fernando José BRONZE, «O Visconde de Seabra (Um Exercício de Memória): Da Liberdade do Indivíduo à Responsabilidade da Pessoa», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, 1995, p. 593.

²⁷⁵ Castanheira NEVES, «O Funcionalismo Jurídico. Caracterização Fundamental e Consideração Crítica no Contexto Actual do Sentido da Juridicidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 299, «Pensar...», cit., p. 14.

²⁷⁶ E, nessa medida, “para a pessoa (...) os direitos e os deveres [são-lhe] simultaneamente originários, os deveres são-lhe tão originários como os direitos” (Castanheira NEVES, «O Direito como Validade...», cit., p. 163). V. também Castanheira NEVES, «A Revolução...», cit., pp. 169 e s., 206 (comparando, sob a ótica do sacrifício de cada uma das apontadas dimensões, o individualismo radical e o coletivismo total), 215 e ss., «Justiça...», cit., pp. 279 e ss., «Entre o “Legislador”...», cit., p. 165, «Pessoa...», cit., *passim*, «O Direito Interrogado...», cit., pp. 39 e ss., 52 e s., 61 e s., «Pensar...», cit., p. 16. Todo o parágrafo, aliás, segue de perto este Autor e o seu pensamento.

²⁷⁷ Papa FRANCISCO, *Mensagem do Papa Francisco para a Quaresma de 2017: A Palavra é um Dom. O Outro é um Dom*, Vaticano, 18.10.2016 (disponível https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/messages/lent/documents/papa-francesco_20161018_messaggio-quaresima2017.html), esp.^{te} § 1. Trata-se

por um lado, o valor intrínseco de cada ser humano exige ao direito que lhe reconheça o estatuto de *pessoa*, dotada de dignidade e, como tal, de autonomia e de igualdade, sem prejuízo das diferenças que individual e singularmente predicam *as concretas* pessoas; por outro lado, a relação (onto-antropologicamente necessária) que o eu-pessoa estabelece com o outro-pessoa exige ao direito a pressuposição de uma responsabilidade comunitária pelo e perante o outro, que assoma com especial relevo nas situações de vulnerabilidade – uma vulnerabilidade que, num circuito espiral, aumenta cada vez que é negado um tratamento digno ao outro. Como não deixaremos de nos aperceber mais adiante (cf., *infra*, Parte III, 2.1.), a dimensão comunitária não constitui um limite externo ou um constrangimento à liberdade-autonomia²⁷⁸, na medida em que, enquanto coconstitutiva da dignidade humana, ela se encontra em tensão dialética com esta, e apenas tal relação consegue exprimir o sentido e o alcance normativo-substancial do princípio da dignidade humana.

Atente-se, aliás, em que a acentuação e a compreensão da dimensão comunitária desempenha um papel fulcral no contexto emergente do rescaldo do Estado-providência, uma altura em que se verificou uma dependência do sujeito relativamente à concretização estadual de todas as suas pretensões (e que obteve uma tradução, por exemplo, no princípio da proibição do retrocesso social ou na dogmática dos direitos adquiridos) e a que correspondeu, por sua vez, uma imputação à sociedade (politicamente constituída em Estado) da resolução de todos os problemas humanos, então dotados de uma natureza (quase) exclusivamente social²⁷⁹. Ora, uma normativamente adequada conceção daquela dimensão comunitária abre caminho para compreendermos que a afirmação do direito como normatividade não se revela de todo indiferente aos resultados, visto que subjacente ao *ius* se encontra uma ética de responsabilidade que, justamente, nos corresponsabiliza para com o outro; todavia, os resultados aqui considerados não se identificam com um *telos* empírico ou com finalidades autoritária e programaticamente ditados e aferidos pelos efeitos, mas, na medida em que apelam antes a uma *teleonomologia*²⁸⁰,

de uma visão humanizante cujo sentido último se pode aproximar de outras – como sucede, não obstante as inelimináveis diferenças – com os conceitos de «Alteridade» (*Altérité*) e de «Rosto do Outro» (*Visage de l'Autre*) em Levinas (cf., no essencial e entre outros estudos, LEVINAS, *Humanisme de l'Autre Homme*, Le Livre de Poche/Fata Morgana, s.l., 1987).

²⁷⁸ Como parece defender Luís Roberto BARROSO, «Here...», cit., pp. 373 e 378.

²⁷⁹ Cf. já Castanheira NEVES, «Pessoa...», cit., pp. 140 e s..

²⁸⁰ Sobre o sentido da teleonomologia, cf. Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 820 e s..

correspondem aos fins densificadores do direito, às intenções práticas que lhe são nuclearmente predicativas e que lhe conferem o seu específico sentido²⁸¹.

Se o complexo de sentidos conferidos à dignidade humana dificulta (ou impede mesmo) uma construção fechada ou integrada do conceito, afigura-se, de todo o modo, viável uma tentativa de identificação de um mínimo comum universalizável. Na senda de McCrudden²⁸², o *minimum core* da dignidade humana poder-se-á reconduzir a três proposições fundamentais: *i*) toda a pessoa humana tem um valor intrínseco²⁸³ (pretensão ontológica); *ii*) esse valor deve ser reconhecido e respeitado pelo outro (pretensão relacional); *iii*) esse valor impõe-se na e conforma a relação entre o Estado e o indivíduo, circunscrevendo os poderes do primeiro (pretensão de limitação do Estado).

A primeira e a segunda dimensões apelam – agora com Baptista Machado²⁸⁴ – ao «paradigma da pessoa-valor», correspondente a uma das “arquioriginárias orientações possíveis do desenvolvimento da humanidade capazes de informar todo um ciclo cultural e de lhe determinar a respectiva identidade” e que, por conseguinte, impedem a instrumentalização da pessoa ou a sua diminuição à condição de objeto. Subjacente a esta ideia encontra-se também o pensamento jurídico-filosófico hegeliano, e a sua conhecida fórmula (correspondente ao «imperativo do direito», *Rechtsgebot*): “sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”²⁸⁵. A terceira dimensão lembra, de algum modo, Georg Jellinek, quando este pressupõe que os poderes públicos se encontram limitado por um «mínimo ético»²⁸⁶, por “princípios primeiros” que lhes são indisponíveis²⁸⁷. A emergência dos direitos fundamentais ocorre,

²⁸¹ Trata-se de uma perspectiva a que regressaremos, quando avaliarmos em que medida o relevo do resultado da decisão constitui um cânone da metodologia das decisões oriundas da Justiça Constitucional, enquanto “guardiã da Constituição e dos direitos fundamentais”. *V., infra*, Parte III, 1.3.2.2., D.

²⁸² McCrudden, «Human Dignity...», cit., *passim*, esp. te pp. 679 e s..

²⁸³ Este elemento aproxima a conceção adotada à construção kantiana de dignidade intrínseca, por distinguindo-a das conceções da dignidade reconhecida ou da dignidade inflorescente – sobre estas construções, cf. a síntese de Sulmasy, «Human Dignity and Human Worth», in: Malpas/Lickiss (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Springer, Dordrecht, 2007, p. 12.

²⁸⁴ Baptista Machado, «Participação e Descentralização», in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.os 1-2-3-4, ano XXII, janeiro/dezembro 1975, p. 93.

²⁸⁵ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkamp, Berlin, 1975, p. 95 (“Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die Anderen als Personen”).

²⁸⁶ É célebre a afirmação de Georg Jellinek (*Die Socioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, facsimile da ed. de 1878, Adamant Corporation, s. l., 2003, p. 28), segundo a qual “o direito não é outra coisa, senão o mínimo ético” (*das Recht ist nichts Anderes, als das ethische Minimum*).

²⁸⁷ Barbosa de Melo, «As Tensões entre Bem Pessoal e Bem Comum (Um Ponto de Vista Jurídico)», in: *Bem da Pessoa e Bem Comum – Um Desafio à Bioética*, Centro de Estudos de Bioética/Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1998, p. 29; cf. também «Humanismo Universal», in: *Estudos – Revista do Centro*

pois, em estreita conexão com esta terceira proposição, ainda que tenda hoje a aproximar-se significativamente da (a conjugar com a) segunda, em virtude da penetração dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e das teorias da autorresponsabilização. Importa, pois, dar um passo adiante e apreciar os reflexos da relação entre dignidade humana e direitos fundamentais no contexto da própria teoria constitucional.

2.2. Dignidade humana e direitos (fundamentais)

Se cruzarmos agora a dignidade humana com o constitucionalismo e, muito especificamente, com a matéria dos direitos fundamentais, surgem plenas de sentido as palavras de Barbosa de Melo: “a *eminente dignidade da pessoa humana* constitui o fundamento racional, o *ethos* ou o étimo normativo, das comunidades políticas incluídas na extensão (*extensio*) da fórmula Estado de direito democrático[;] [t]al axioma antropológico é a pedra angular ou a base de todo o nosso edifício constitucional”²⁸⁸. Isso mesmo decorre do artigo 1.º da Constituição, que erige como princípio fundante da República Portuguesa a dignidade da pessoa humana, o qual assume, concomitantemente, as funções de *fundamento*, *legitimação* e *limite* da atuação dos poderes públicos postulados pela organização política da comunidade – pluralidade de vocações essas que se compagina com a pluridimensionalidade e a dinâmica do princípio em causa, na medida em que a dignidade humana se compreende como “dimensão intrínseca do ser humano”, como “dimensão aberta e carecedora de prestações” e como “expressão de reconhecimento recíproco”²⁸⁹.

Independentemente da pluralidade de conceções culturais ou filosóficas que possam afetar o sentido conferido às diversas precipitações da dignidade humana, existe um consenso no que tange à perceção de que aquela constitui o

Académico de Democracia Cristã, n.º 7 (nova série), dezembro 2006, p. 130.

²⁸⁸ Barbosa de MELO, «A Administração da Justiça no Estado de Direito Democrático: o Caso Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXV, 2009, p. 10 (itálico no original). Para a análise da dignidade humana na obra de Barbosa de Melo, cf. João LOUREIRO, «*Dignitas: Dos Principi di Scienza Nuova a uma Nuova Scienza Nuova* – Barbosa de Melo, a Bioética e o Direito da Saúde», in: *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 17, dezembro 2012, pp. 93 e ss., esp.^{te} pp. 99 e s., 116 e s., e «Pessoa, Democracia e Cristianismo: Entre o Real e o Ideal? Subsídios de (para a) Leitura(s) de Barbosa de Melo», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 361 e ss., esp.^{te} pp. 369 e ss..

²⁸⁹ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 199, anotação VIII ao artigo 1.º. Sobre o alcance da dignidade humana como função constitucional, cf. as desenvolvidas considerações de Paulo OTERO, *Instituições...*, cit., pp. 560 e ss.. Sobre as funções da dignidade da pessoa humana, v. ainda Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, cit., vol. II, pp. 712 e s..

fundamento axiológico último dos direitos fundamentais, assumindo-se como a base da sua emergência, conformando o seu conteúdo normativo e codeterminando a sua interpretação, na medida em que, na qualidade de princípio normativo, ele constitui o último fator de determinação da intencionalidade prático-normativa das normas consagradoras de direitos fundamentais²⁹⁰.

Esta consideração não pretende contribuir (muito pelo contrário!) para a banalização da dignidade humana e para corresponsivo esvaziamento de conteúdo – um aspeto particularmente nítido quando aludimos à matéria dos direitos fundamentais²⁹¹. Enquanto exigência última da normatividade, a dignidade humana assume-se como *fundamento* ou *princípio normativo* (e, dentro deste, como princípio suprapositivo), por contraposição a *critério* ou *norma*²⁹². Não só, em geral, a irredutível abertura dos fundamentos (amiúde sublinhada pela doutrina²⁹³) os torna menos prestáveis que os critérios (as normas) para a resolução dos casos concretos, como, especificamente no que tange à dignidade humana, a sua mobilização há de constituir uma solução de *ultima ratio*. A dignidade, enquanto princípio normativo, consubstancia o fundamento axiológico-normativo e constitutivo do direito, fundamento esse que, em virtude da abertura que o predica, enuncia uma *intenção regulativa*, mas não oferece um critério imediato para a resolução de um problema²⁹⁴.

²⁹⁰ A este último propósito, Maria Lúcia AMARAL («O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in: *Liber Amicorum José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 948) considera que o princípio confere unidade e coerência de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais.

Em sentido próximo, BARAK (*Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 103 e ss.) aponta no sentido de que a dignidade humana conhece como função conferir uma unidade aos direitos humanos, atuando de acordo com três papéis: como base normativa para a consagração constitucional dos direitos, como princípio interpretativo, e como fator determinante do alcance das normas restritivas dos direitos.

²⁹¹ Oliveira ASCENSÃO («A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 103, janeiro/dezembro 2008, pp. 279 e s.) alude, muito expressivamente, à «usura da referência à “eminente dignidade da pessoa humana”». O problema do recurso abusivo ao princípio da dignidade humana é versado, em especial, pela doutrina brasileira, em crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cf., v. g., e num estilo bastante contundente, a voz autorizada de Marcelo NEVES, *Abuso de Princípios no Supremo Tribunal Federal*, 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal> (v., porém, Gilmar Ferreira MENDES, «A Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988 e a sua Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal», in: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n.º 2, ano 6, julho/dezembro 2013, p. 92).

Para uma apreciação da invocação do princípio na jurisprudência constitucional portuguesa, v. Cardoso da COSTA, «O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialéctica, São Paulo, 1999, pp. 191 e ss.; Maria Lúcia AMARAL, «O Princípio...», cit., pp. 948 e ss..

²⁹² Sobre o confronto entre os fundamentos/princípios e os critérios/normas, cf. Castanheira Neves, *Curso... (Extractos)*, cit., pp. 125 e ss.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 631 e s, 642 e s..

²⁹³ Cf., v. g., Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 631.

²⁹⁴ Assim, Castanheira NEVES, *Curso...*, cit., pp. 125 e ss., «A Unidade do Sistema Jurídico: O Seu

Não se julgue, porém, que esta impreterível associação entre dignidade humana e direitos fundamentais constitui uma novidade. Para além das profundas raízes jurídico-filosóficas que a sustentam (em termos históricos, de Cícero a Suárez, e com Hobbes, Locke ou Rousseau, verifica-se uma tendencial unidade de sentido em associar o reconhecimento dos direitos, desde logo, pelo Estado, a um modelo ou paradigma axiológico²⁹⁵), a evolução para este patamar – de reconhecimento de direitos pelo facto de se ser pessoa e, como tal, dotada de um valor ou uma dignidade – surge corporizada pelas várias declarações internacionais de direitos humanos que vêm admitindo ligação umbilical entre dignidade humana e direitos. Atualmente, em termos positivos, e na senda do prenunciado pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, professando a “fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana”, associa o reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana” ao reconhecimento dos seus “direitos iguais e inalienáveis”, enquanto “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (cf. Preâmbulo), concretizando, no articulado subsequente, a igual dignidade com que nascem todos os seres humanos (artigo 1.º), a necessidade de garantir uma “existência conforme com a dignidade humana” (artigo 23.º, n.º 3). De modo muito explícito, também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais elegem a “dignidade inerente à pessoa humana” como fundamento dos direitos (cf. segundo parágrafo de ambos os Preâmbulos)²⁹⁶. No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclama, logo no artigo 1.º, que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

Problema e o Seu Sentido», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 175 e ss., e *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito*, polic., Coimbra, s.d., p. 50; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 627 e ss. – Autores que seguimos de perto, no que tange à caracterização dos princípios normativos. A perspetiva aqui perfilhada não constitui objeto de unanimidade na doutrina nacional. Veja-se, v. g., a diferente posição propugnada por Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1159 e ss.; cf. ainda as interessantes posições-síntese de F. Alves CORREIA, *Justiça...*, cit., pp. 202 e ss., n. 270, e de Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 165 e ss..

²⁹⁵ Cf. também as reflexões de MAHLMANN, *Elemente...*, cit., pp. 97 e ss.; VINCENT, «The Idea of Rights in International Ethics», in: NARDIN, Terry/MAPEL, David R. (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 251. Entre nós, em especial, Paulo OTERO, *Instituições...*, cit., pp. 57 e ss.; Barbas HOMEM/Cláudio BRANDÃO (dir.), *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, Almedina, 2015.

²⁹⁶ Para referências a antecedentes da consagração da dignidade humana em instrumentos internacionais, v. McCrudden, «Human Dignity...», cit., pp. 665 e s..

Assim sucedeu, igualmente, no âmbito estadual(-nacional), onde a conexão biunívoca dignidade humana/direitos fundamentais surge já durante a primeira metade do século XX, em virtude da combinação de influências oriundas de fontes várias, como o catolicismo, o socialismo e a social-democracia, o neokantismo ou o republicanismo; a partir da II Grande Guerra, a associação torna-se mais intensa, como reação normativa aos horrores aí infligidos²⁹⁷. Encontramos, pois, referências, mais ou menos expressas, no preâmbulo ou no articulado, como princípio autónomo ou como elemento determinante de certos direitos fundamentais, à dimensão jurídico-axiologicamente fundante da dignidade humana na maioria das Constituições europeias (cf., v. g., artigo 1.º da CRP; artigo 10.º da Constituição espanhola; artigo 1.º, n.º 1, da Constituição alemã; preâmbulo da Constituição irlandesa; artigo 23 da Constituição belga; artigos 2, 3 e 41, da Constituição italiana), e também em algumas Leis Fundamentais de outros Estados (cf., v. g., artigo 1.º, inciso III, da Constituição brasileira; artigo 10 da Constituição da África do Sul)²⁹⁸.

2.2.1. Constituição e metaconstitucionalidade:

os direitos fundamentais para além da Constituição e a função protetiva da sua consagração jurídico-constitucional

A específica natureza da Constituição²⁹⁹ aponta no sentido de que a mesma se consubstancia num projeto político juridicamente enquadrado. Como afirma Castanheira Neves³⁰⁰, a Constituição é “o pacto político-social fundamental e o estatuto político-jurídico da comunidade que através dela se

²⁹⁷ Sobre a consagração da dignidade humana nas constituições durante este período e as respectivas raízes, v. McCrudden, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», in: *The European Journal of International Law*, n.º 4, vol. 19, 2008, pp. 664 e s.; para positivizações mais recentes, *Op. cit.*, pp. 672 e s.. Acentuando também este marco temporal como o momento da passagem da dignidade humana da filosofia ou da história das ideias para o direito constitucional e a história constitucional – com projeções positivas imediatas na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na *Grundgesetz*, v. Barak, *Human Dignity...*, cit., pp. 34 e s.; para consagrações ulteriores, v. *Op. cit.*, pp. 110 e s.. Salientando a especificidade da CRP nesta comparação, v. Maria Lúcia Amaral, «O Princípio...», cit., p. 947.

²⁹⁸ Cf., para uma densificação de outros exemplos (e também sob uma ótica jurisprudencial), Luís Roberto Barroso, «Here...», cit., pp. 337 e ss..

²⁹⁹ Sobre as questões que hoje enfrenta a delimitação de um conceito de Constituição e das respetivas funções, v. Zagrebelski, «Die Verfassungslehrer», in: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 61, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 6 e ss. (sob a expressiva epígrafe «indecisões constitucionais»).

³⁰⁰ Castanheira Neves, «O Direito como Validade...», cit., p. 168. Cf. também Castanheira Neves, «A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico», in: *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 406.

define como comunidade política e se organiza em Estado”, ou, mais sinteticamente, é “o estatuto jurídico do político”. Em plena consonância com as suas origens³⁰¹, a Constituição possui uma indissociável dimensão política, enquanto opta por uma determinada estrutura político-social ou mesmo económico-social de determinada comunidade³⁰².

Tal não significa, evidentemente, que faleça à Constituição uma dimensão jurídica (os “momentos especificamente jurídicos” a que também alude o nosso Professor), que está presente, desde logo, na consagração dos princípios ou no reconhecimento de direitos fundamentais, enquanto expressão da “juridicidade material do *«princípio da justiça»*”³⁰³. Indo mais adiante e louvando-nos na terminologia desenhada por Paulo Otero³⁰⁴, poderemos afirmar que os direitos fundamentais constituem um dos elementos da “identidade axiológica” da Constituição portuguesa – com todas as consequências que daí resultam: por um lado, o reconhecimento de um dever negativo de não atuar de forma incompatível com a ordem de valores constitucionalmente consagrada; por outro lado, a assunção de um dever positivo de promover a concretização dos valores acolhidos; e, por último, a necessidade de referir todos os estratos da ordem infraconstitucional aos valores que o predicam.

Repare-se, contudo, que esta dimensão jurídica transcende a Constituição, encontrando-se os direitos fundamentais nela consagrados como expressões ou concretizações possíveis de uma axiologia (jurídica) fundamentante metaconstitucional. Desviamo-nos, pois, dos perigosos cantos das sereias do hiperconstitucionalismo e do neoconstitucionalismo³⁰⁵ (fundamentados na natureza superlativa e absoluta da Constituição como *higher law* típica das

³⁰¹ Como salienta GRIMM [«The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», in: DOBNER/LOUGHLIN (ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 5 e 9], o constitucionalismo moderno (francês e norte-americano) tem na sua génese o propósito de construir um novo sistema político, regulando a existência e o exercício dos poderes públicos.

³⁰² JESTAEDT [«Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit», in: VESTING/KORIOETH (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 317], adotando uma perspetiva funcional-institucional, identifica a primeira com “a unidade (*Gesamtheit*) dos processos de condução do Estado e da construção da vontade do Estado”, em contraposição ao direito, concebido como aplicação (*lato sensu*) da vontade do Estado.

³⁰³ Castanheira NEVES, «O Direito Interrogado...», cit., pp. 43 e s., «O Direito como Validade», cit., pp. 169 e s., e «Entre o “Legislador”...», cit., p. 170. V. também «A Revolução...», cit., p. 210 (incorporando os direitos do homem nos princípios normativo-jurídicos, que remetem para a “intenção axiológico-normativa que constitui o direito como direito”).

³⁰⁴ Paulo OTERO (*Instituições...*, cit., pp. 22 e s., 31 e ss.) identifica o “Estado de direitos humanos” como expressão da identidade axiológica da Constituição relativa à “ideia de Direito”.

³⁰⁵ Discutindo, entre nós, estas matérias, cf., por todos, João LOUREIRO, «Leões, Melhoramento(s) e Constituição», in: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 545 e ss..

conceções norte-americanas mais tradicionais³⁰⁶), que pretendem substituir o Estado de direito pelo Estado de Constituição³⁰⁷ e identificar agora a validade (já não com a legalidade, mas) com a constitucionalidade. Tais posições visam, na verdade, responder à suposta “incerteza” causada pelo direito, erigindo a Constituição numa espécie de «razão provisória» (*provisorische Vernunft*)³⁰⁸ e, com frequência, são típicas da necessidade de solidificar (ou legitimar) um ordenamento³⁰⁹.

Destarte, a Constituição não esgota o direito, que existe *antes e para além* dela. Esta conceção importa, desde logo, desfechos relevantíssimos para a teoria constitucional: pense-se, *v. g.*, na possibilidade de afirmação de normas constitucionais inválidas, a qual pressupõe, como salienta Bachof³¹⁰, a “existência de direito «suprapositivo» que obriga também o legislador constituinte”. Esta observação não pretende subestimar a (já acentuada) natureza materialmente política (ainda que formalmente jurídica) de muitas das prescrições constantes da Constituição, enquanto projeto político. Trata-se

³⁰⁶ Condensada lapidariamente na afirmação segundo a qual “a Revolução Americana substituiu a autoridade do rei pela autoridade da Constituição” (cf. CORWIN, «The “Higher Law” Background of American Constitutional Law», in: *Harvard Law Review*, vol. XLII, 1928, p. 149). Sobre a “adoração da Constituição” (*worship of the Constitution*), cf. *Op. cit.*, pp. 150 e s.. Como salienta igualmente o Autor, esta compreensão resulta de uma evolução posterior da teoria da constitucionalidade que escapa à intencionalidade original dos *Founding Fathers*, que pretendiam consagrar num documento os princípios fundamentais da justiça, dotados de anterioridade e superioridade relativamente à Constituição enquanto diploma (*Op. cit.*, pp. 152 e s.).

³⁰⁷ Cf., entre nós, para uma reflexão problemática sobre a questão, Castanheira NEVES, «O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 306, «A Redução...», cit., p. 406, «O Direito Interrogado...», cit., pp. 42 e ss., «Pensar...», cit., p. 27, «O Direito como Validade...», cit., pp. 168 e ss. (o Autor não só enfatiza que “o Estado não fundamenta o direito”, como acrescenta: “o Estado terá mesmo de confrontar-se com o direito no próprio plano das relações de validade normativa” – *Curso...*, cit., p. 71).

A tendência apontada no texto ilustra uma sequela do positivismo legalista, que teria substituído o Estado de legalidade pelo Estado de Constituição: sobre esta evolução, *v.* Cardoso da COSTA, «Constituição e Justiça Constitucional», in: *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Studia Iuridica 92, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 170 e s..

Eis-nos diante de um aspeto (substituição da centralidade da lei pela fundamentalidade da Constituição) que, por sua vez, já representava uma superação da conceção de origem oitocentista segundo a qual os direitos (fundamentais) se encontravam exclusivamente assegurados através da lei e pela lei (sem prejuízo da proclamação moderno-iluminista de um conjunto de “direitos naturais” – como os contemplados na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* – supostamente alicerçadores do contratualismo. Cf. Castanheira NEVES, «Entre o “Legislador”...», cit., pp. 164 e s., 174.

³⁰⁸ Cf. HAVERKATE, *Verfassungslehre*, Beck, München, 1992, pp. 141 e ss..

³⁰⁹ Assim sucedeu, na Alemanha, nos primeiros anos de vigência da *Grundgesetz*: cf. WAHL, *Herausforderung und Antworten: Das Öffentliche Recht der Letzten Fünf Jahrzehnte*, De Gruyter, Berlin, 2006, pp. 16 e ss..

³¹⁰ BACHOF, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, Atlântida Editora, Coimbra, 1977, p. 3 (citação) e pp. 64 e ss. (“inconstitucionalidade por infracção dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição”). *V.* também e para além, Castanheira NEVES, *Curso... (Extractos)*, cit., p. 37.

antes de enfatizar que, nas suas dimensões materialmente jurídicas (onde se inclui o reconhecimento de direitos fundamentais), a Constituição (*hoc sensu*, a “Constituição jurídica”) integra o estrato das *normas*, que não deixam de estar sujeitas à crítica de uma validade axiológico-normativa fundamentante. Quer dizer, esta intencionalidade axiológica representa uma “verdadeira *instância crítica*”, que, como tal, constitui parâmetro de validade, prevalecendo sobre outras intenções sociais desprovidas da mesma universalidade e sobre os comportamentos com ela conflituantes³¹¹.

Não estamos também muito distantes da posição defendida por Vieira de Andrade³¹² que admite, no contexto da construção de um conceito (bastante amplo) de bloco da constitucionalidade, que o primeiro estrato seja composto pelos princípios jurídicos fundamentais que, consolidados na consciência jurídica da comunidade, dão corpo a uma conceção material de Constituição.

É precisamente nesta axiologia metaconstitucional que se encontra o princípio da dignidade humana, enquanto *fundamento* e *limite* das normas constitucionais (em particular, das atinentes à matéria dos direitos fundamentais): como *fundamento*, a dignidade humana constitui a fonte da qual brotam os direitos fundamentais que a Constituição apenas reconhece (na medida em que lhe são anteriores); como *limite*, a dignidade humana restringe a atuação do poder³¹³ (incluindo o poder constituinte originário³¹⁴),

³¹¹ Castanheira NEVES, «A Revolução...», cit., p. 219, «Justiça...», cit., p. 283, «Pensar...», cit., p. 27.

³¹² Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento Jurídico Administrativo Português», in: *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 49 e s..

³¹³ Castanheira NEVES [*Curso... (Extractos)*, cit., pp. 38 e s.] vê no princípio segundo o qual todo o poder deve ser limitado (enquanto dimensão institucional do direito público) o reconhecimento da «Ideia de Direito», porquanto os limites ao poder só têm sentido enquanto legitimamente fundamentados em “títulos de Direito”.

³¹⁴ A doutrina mais recente vem denegando a onnipotência do poder constituinte, reconhecendo-lhe vinculações jurídicas. Cf., entre nós, e apenas exemplificativamente, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 81; Luzia Cabral PINTO, *Constituição e Teoria dos Limites Materiais do Poder Constituinte*, Studia Iuridica 7, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994, *passim*; Miguel Nogueira de BRITO, *A Constituição Constituinte – Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 387 e ss..

Considerem-se ainda, e com uma refração específica aos direitos humanos, as posições vigentes sobre o relacionamento entre o *ius cogens* e as constituições. É que o *ius cogens* compreende, desde logo, as normas internacionais diretamente fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana (como sucede com as normas relativas aos direitos humanos), entendendo a doutrina que assume um valor superior à Constituição, mercê da sua densidade axiológico-normativa. Também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 260, anotação IX ao artigo 8.º) não afastam a posição segundo a qual, “num Estado de direito democrático «amigo do direito internacional» as normas e princípios de DI geral ou comum constituem mesmo um limite ao próprio poder constituinte originário, sob pena de ilegitimidade (pelo menos política) das normas que porventura contrariassem tais normas e princípios”; nesta ordem de ideias, os princípios e normas de *ius cogens* constituem limites heterónomos do poder constituinte (Jorge MIRANDA, «Artigo 8.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 166, anotação XI).

impedindo-o de negar ou eliminar as exigências de sentido subjacentes aos direitos fundamentais. Tal significa que, ainda quando tais direitos não se encontrem (ou deixem de estar) positivados, permanecem os requisitos de validade normativa que polarizam. Poder-se-á convocar, neste sentido e de certo modo, o pensamento de Rawls³¹⁵, quando autonomiza os direitos humanos dos direitos constitucionais, dos direitos da cidadania liberal democrática ou de quaisquer outros direitos garantidos pelas instituições políticas: enquanto direitos *humanos* (ou, como preferimos, enquanto precipitações da dignidade humana), eles limitam os sistemas jurídicos de uma “razoavelmente justa Sociedade dos Povos” e constituem os parâmetros últimos da aferição da sua conduta – porque, em última análise, são intrínsecos ao “Direito dos Povos” (*Law of Peoples*).

Com as observações precedentes não visamos suprimir (muito pelo contrário!) o relevo e, de algum modo, a necessidade (e, sobretudo, a importância) da previsão constitucional de um catálogo de direitos fundamentais. Desde logo, a previsão positiva no artigo 1.º da CRP do princípio da dignidade humana como fundamento da *Res Publica* coloca todo o texto constitucional à sombra do primado da pessoa, dos seus direitos e das suas responsabilidades face ao Estado (princípio personalista)³¹⁶. Além disso, a consagração dos direitos fundamentais na constituição de um Estado – e, por conseguinte, também na Constituição portuguesa – cumpre, *per se*, e de um ponto de vista *formal*, uma *função protetiva*, decorrente não só da segurança propiciada pela existência de um catálogo, mas, sobretudo, da natureza hierárquico-normativamente superior assumida pelas normas constitucionais – com todas as consequências que tal implica para a atuação quer de entidades públicas, quer de entidades privadas³¹⁷. Por último, a consagração positiva dos direitos pode, pelo menos idealmente, corporizar uma expressão da autodeterminação de um povo e das suas conceções sobre quais os valores que reconhece e proteger³¹⁸. É neste contexto que se compreende a importância – que recordámos logo no início

³¹⁵ RAWLS, *The Law of Peoples (with “The Idea of Public Reason Revisited”)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 1999, pp. 79 e s.. Não se ignora nem se adere à totalidade da construção de Rawls, nomeadamente no que se refere aos *peoples* envolvidos e ao sentido e alcance dos princípios próprios desse «direito dos povos»; pretende-se apenas enfatizar a vocação tendencialmente universal dos direitos e a sua superioridade (*hoc sensu*) e anterioridade face à positivação constitucional.

³¹⁶ Assim, a propósito do artigo 2.º da *Costituzione* italiana, APOSTOLI, «Il Consolidamento...», cit., p. 2, n. 1.

³¹⁷ Cf. já Cardoso da COSTA, «A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 396, Maio 1990, pp. 24 e s.; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 193 e s..

³¹⁸ V. também MAHLMANN, «The Dictatorship...», cit., p. 344.

deste ponto e já na Introdução – da construção de um conceito material de constituição³¹⁹, que envolve, na senda do disposto no (ainda que temporal e filosoficamente distante) artigo XVI da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, a proteção dos direitos fundamentais, assim erigida em elemento caracterizador da constitucionalidade e em função primordial dos textos constitucionais.

2.2.2. Os direitos fundamentais como dimensão axiológico-jurídica da Constituição e do Estado de direito

A articulação entre os direitos fundamentais, axiologicamente perspectivados, e a Constituição representa uma conquista do constitucionalismo moderno, sobretudo a partir do liberalismo, desenvolvida com particular acuidade na Alemanha, após a Primeira Grande Guerra, professando uma aproximação valorativa aos direitos fundamentais na Constituição de Weimar e permanecendo com a *Grundgesetz*³²⁰. Tal significa, pois, que se não nega o relevo da evolução do constitucionalismo para a afirmação dos direitos, nem se pretende excluir que os mesmos surgem *qua tale* em consequência da (e, sobretudo, em direta relação com a) emergência do Estado moderno que, nesta altura, se assume igualmente como condição da sua possibilidade³²¹ e cuja evolução foi tocando de perto o sentido, o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais. E esta associação entre constitucionalismo e direitos verifica-se quer estejam em causa os primeiros direitos de liberdade, quer se trate dos direitos sociais, e tem uma correspondência com a própria evolução do constitucionalismo (de um constitucionalismo liberal para um constitucionalismo social e pós-social, de um constitucionalismo estadual para um constitucionalismo global). Mas tal não inviabiliza as considerações tecidas no ponto anterior, pois que a consagração constitucional do reconhecimento de direitos reveste uma natureza declarativa, no sentido de que o seu fundamento se localiza para além da constituição³²².

³¹⁹ Cf., v. g., sobre os elementos materiais do conceito de Constituição, UNRUH, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 15 e s., 113 e ss..

³²⁰ Recorde-se, a este propósito, a violenta crítica de Carl SCHMITT (*Die Tyrannei der Werte*, 3.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 35 e ss.), incidente sobre a associação entre valores e direitos fundamentais.

³²¹ Cf. LOUGHLIN, *Foundations...*, cit., p. 12; v. também Marcelo NEVES, «A Força Simbólica...», cit., p. 6

³²² Aludindo já à “função tão-só declarativa e constitucionalmente positivante” da consagração

Claro está que a previsão constitucional dos direitos assume agora (e em complemento à função *formal-protetiva* já identificada) uma relevante dimensão *material* ou *substancial*, visto que, constituindo os direitos fundamentais uma expressão imediata do princípio da dignidade humana – “a síntese da «antropologia constitucional» do Estado de direito”³²³ –, um Estado não se poderia designar como de direito se os não acolhesse. O que nos permite avançar e afirmar que os direitos fundamentais se devem considerar como uma manifestação da *identidade axiológica de qualquer Estado de direito*, constituindo, como tal, elementos legitimadores do Estado constitucional³²⁴.

A referência dos direitos fundamentais a uma ordem axiológica poderá levar à questão de saber se, deste modo, não se estará a confundir (ou, pelo menos, a sobrepor) juridicidade e ética, com todos os perigos que essa perspetiva encerra para a autonomia do direito. Na linha do pensamento de Castanheira Neves, entendemos o direito como “responsabilizante dimensão ética do homem”³²⁵ – o que não corresponde a qualquer confusão ou sobreposição entre direito e ética. Trata-se apenas de perceber que valores existem que, pela sua essencialidade, são recebidos pelo direito e precipitados em posições jurídicas subjetivas e garantias institucionais. Eis-nos diante de um aspeto que possui uma dupla projeção: por um lado, as precipitações jusfundamentais, na medida em que se alicerçam num *corpus* axiológico, pressupõem uma referência, no plano da interpretação, a essa axiologia fundamentante predicativa (e vê-lo-emos em que termos mais adiante – cf., *infra*, Parte III, 1.3.2.2., A.); por outro lado, é a circunstância de os direitos fundamentais (e, sobretudo, as normas que os consagram) constituírem concretizações possíveis de uma axiologia metaconstitucional que permite, por referência a esses valores, o desenvolvimento de novos direitos³²⁶ (*hoc sensu*, o desenvolvimento de outras concretizações possíveis, *in limine*, da dignidade humana).

constitucional dos direitos, expressão de um fundamento que está “fora ou para além” da Constituição, v., v. g., Castanheira NEVES, «O Direito como Validade...», cit., pp. 169 e s..

³²³ Maria Lúcia AMARAL, *A Forma da República (Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 162.

³²⁴ Cf. também WIENER/LANG JR./TULLY/PoiARES MADURO/KUMM, «Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law», in: *Global Constitutionalism*, n.º 1, vol. 1, março 2012, p. 3.

³²⁵ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade», cit., p. 175.

³²⁶ V. também PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e Sistema dei Diritti nella Costituzione Italiana*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 1999, p. 170; o Autor designa a sua conceção como a «finalização dos direitos», com o sentido de que os respetivos exercício e desenvolvimento se não de efetuar sempre numa direção compatível com o fundamento axiológico que os sustenta.

Mas os direitos não consubstanciam apenas elementos fundantes do Estado constitucional – e, como tal, reveladores dos limites da legitimidade estadual³²⁷ –, constituindo também objetivos de imperativa realização (uma realização corresponsavelmente compreendida no sentido lato que lhe conferimos, a qual pressupõe quer o respeito, quer a promoção), em total consonância com a ideia de que só deste modo se responde ao fim último do sistema jurídico constitucional: o desenvolvimento da pessoa em dignidade³²⁸.

Sob a inspiração de Amartya Sen, poder-se-ão conceber os direitos fundamentais como “proclamações éticas fortes que apontam para o que *deveria* ser feito” (*strong ethical pronouncements as to what should be done*)³²⁹, numa atitude de ativa prossecução. Assim, aqueles direitos envolvem quer o reconhecimento de que há certas liberdades (*lato sensu*) da pessoa que devem ser respeitadas, quer a aceitação de que a sociedade assume obrigações dirigidas a apoiar e promover essas liberdades. Neste sentido, se os direitos fundamentais representam uma resposta às necessidades essenciais da pessoa, tais respostas trazem implícita uma exigência ética, reconhecida e protegida pelo direito também através da previsão dos corresponsáveis deveres³³⁰. Não surpreende, pois, que um dos primeiros (embora não único) destinatários dos direitos seja precisamente o Estado, que tem o dever de os realizar, no duplo sentido, negativo e positivo, de os respeitar e promover (cf., *infra*, Parte III, 2.). Na sequência do que avançámos, logo no início deste ponto 2., importa considerar que, além de os direitos se assumirem como *pré-supostos* relativamente ao Estado, a própria instituição deste último tem na sua génese (também) a necessidade de tutelar os direitos fundamentais – que, destarte, consubstanciam uma das *rationes essendi* do Governo (*hoc sensu*), responsável pela respetiva realização através do direito (desde logo, da Constituição) e das políticas públicas³³¹.

Esta compreensão permite escapar ao paradoxo que alguns vêm colocando aos direitos fundamentais: embora sejam invocados com muita frequência, são ainda mais frequentes as ocasiões em que se assiste à sua violação em

³²⁷ PIZZOLATO, *Finalismo...*, cit., p. 199.

³²⁸ Cf. também PIZZOLATO, *Finalismo...*, cit., p. 158.

³²⁹ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., p. 472.

³³⁰ Em sentido próximo, Eusébio FERNÁNDEZ, «Concepto de Derechos Humanos y Problemas Actuales», in: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 1, ano I, 1993, p. 46; note-se que o Autor concebe os direitos humanos como o “conteúdo de uma ética normativa” e como “conjunto de valores e normas morais e jurídicas”.

³³¹ Assim, NUSSBAUM, «Capabilities, Entitlements, Rights: Supplementation and Critique», in: *Journal of Human Development and Capabilities*, n.º 1, vol. 12, fevereiro 2011, pp. 26 e 28.

massa³³². A ineliminável referência dos direitos à dignidade humana permite resistir a qualquer tentação hodierna (motivada pelas crises política e econômica, mas também axiológica) de (novas formas de) instrumentalização da pessoa – ou, se preferimos, de «descartabilidade» do outro³³³. Ademais, e na linha de Marcelo Neves³³⁴, mesmo quando aos direitos fundamentais (*rectius*, aos atos consagradores de direitos fundamentais) se confere uma «força simbólica», esta dimensão pode constituir um importante ponto de superação de situações de violação dos direitos, dirigida à efetivação de um “modelo normativo no futuro” e à assunção de compromissos sociais no sentido da realização dos direitos.

A posição aqui defendida não efetua qualquer destrição dentro dos direitos fundamentais – todos eles reconduzíveis, em último plano, ao princípio da dignidade humana (sem prejuízo de reconhecermos que alguns deles revelam uma relação mais próxima com este princípio que outros). Não existe qualquer diferença, sob a ótica da *fundamentalidade*, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sem prejuízo da heterogeneidade aqui envolvida (que passa pela diversidade dos valores próximos subjacentes a cada um dos direitos, dos fins ético-políticos que lhes presidem, e dos interesses públicos que os servem)³³⁵.

Com efeito, hoje, o Estado de direito volve-se num *Estado social de direito*, um conceito que consubstancia, afinal, a simbiose entre Estado de direito e o Estado social, onde a liberdade não existe sem a responsabilidade³³⁶. Para

³³² Cf., v. g., Boaventura Sousa SANTOS, *Se Deus...*, cit., p. 124 – em total consonância com a banalização dos direitos humanos (*Op. cit.*, p. 87), motivadora da visão claramente pessimista perfilhada pelo Autor.

³³³ A expressão decorre da Exortação Apostólica do Papa FRANCISCO: *Exortação...*, cit., p. 46 (n.º 53), aludindo à “cultura do «descartável»” e a concepção dos excluídos como «sobras» ou «resíduos»; no mesmo sentido, cf. a *Carta Encíclica Laudato Si’ do Santo Padre Francisco sobre o Cuidado da Casa Comum*, Tipografia Vaticana, Vaticano, 2015, referindo-se à “cultura do descarte”, que afeta não só as coisas (transformadas em lixo), mas também “os seres humanos excluídos” (p. 20, n.º 22), e, mais adiante, aludindo ao problema dos efeitos sobre a vida das pessoas da atual “cultura do descarte” (pp. 34 e ss., n.ºs 43 e ss.). V. também, no plano jurídico, João LOUREIRO, «Crise(s)...», cit., p. 76.

³³⁴ Marcelo NEVES, «A Força Simbólica...», cit., p. 5, que seguimos muito de perto.

³³⁵ Esta heterogeneidade assim caracterizada (simultaneamente estrutural e substancial) leva FERRAJOLI [«I Fondamenti dei Diritti Fondamentali», in: *Diritti Fondamentali. Un Dibattito Teorico*, Laterza, Roma-Bari (ed. Kindle), 2001, § 1] a, recusando a simples e tranquilizante resposta positivista de que são fundamentais os direitos assim consagrados na Constituição, embrenhar-se na questão de saber quais os direitos que são fundamentais, envolvendo contributos do direito, mas também da filosofia, da teoria do direito e da sociologia jurídica. Destarte, o Autor identifica quatro tipos de questões distintas, com respostas igualmente diversas: quais são os direitos fundamentais?; quais devem ser os direitos fundamentais?; o que são direitos fundamentais?; e por que razões, através de que mecanismos e com que grau de efetividade são assegurados os direitos fundamentais?.

³³⁶ Assim, ZACHER, *Abhandlungen...*, cit., pp. 72 e ss.. O Autor enfatiza, aliás, que os direitos fundamentais (onde se incluem, naturalmente, os direitos sociais) não constituem qualquer programa político-social; pelo contrário, a socialidade deve encontrar o seu sentido próprio nos direitos

alguma doutrina, é justamente a face da solidariedade que acentua a dimensão ética e permite a ultrapassagem (transcendendo-a) de uma conceção formalista e fechada do direito³³⁷, ou, se quisermos, de uma compreensão asséptica do jurídico, em total divórcio com a realidade plural, e indiferente perante a busca de uma verdadeira aproximação (sem eliminação) das diferenças.

Mas esta posição suscita igualmente uma questão jurídico-filosófica relevante (e cuja resolução não se pretende alcançar neste contexto) que se reconduz a compreender quais são (*rectius, quais devem ser*) os direitos fundamentais e, por conseguinte, quais as dimensões que se impõem ao Estado (e à Constituição) realizar, no duplo sentido de defender e promover³³⁸. Sem prejuízo da evidência assumida pela proteção de alguns valores, trata-se de um problema transversal à dogmática jusfundamental e ao qual se poderá responder que *teremos um direito fundamental quando estiver em causa a proteção de um “ser” ou “fazer” inerente à pessoa como tal (como ser humano dotado de dignidade)*³³⁹. Mas, naturalmente, esta afirmação – que não corresponde senão à consequência lógica da premissa inicial (os direitos têm o seu fundamento na dignidade humana) – está longe de pacificar todas as dificuldades. Pense-se em questões de fronteira como as da interrupção voluntária da gravidez ou da eutanásia.

Colocar os direitos fundamentais sob a égide do sentido do direito compreendido nos termos apontados permite agora afastá-los das tentações de absolutização dos planos económico, político e também axiológico. A hipertrofia da economia conduz à funcionalização do(s) direito(s) e à conversão

fundamentais e na ordem de valores (*Op. cit.*, p. 76).

³³⁷ Assim, DENNINGER, «Sicherheit...», cit., p. 114.

³³⁸ Embora não se identifique com ela, esta questão cruza-se com uma outra – a distinção entre direitos formalmente constitucionais e direitos materialmente constitucionais (sobre esta distinção, v., por todos e apenas entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 378 e ss., 403 e s., 406 e s.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 161 e s.; Vieira de ANDRADE, *Direitos...*, cit., pp. 73 e ss.) – e tangencia o problema já versado da (incontornável) existência de uma juridicidade metaconstitucional. A ideia de que os direitos fundamentais, enquanto precipitações da dignidade humana, integram a axiologia jurídica fundamentante da Constituição (e, na medida em que a precedem e fundamentam, são metaconstitucionais), aliada à consideração de que uma das finalidades dos textos constitucionais reside na proteção dos direitos fundamentais, têm como consequência que caberá à Constituição reconhecer e positivar os direitos talqualmente os caracterizámos (*i. e.*, recebê-los nas suas normas) – direitos formalmente constitucionais –, embora se admita que a limitada capacidade de concretização do poder constituinte deixe, por vezes, de fora outras precipitações da dignidade humana igualmente concebíveis como direitos fundamentais – os direitos materialmente constitucionais.

³³⁹ Como salienta NUSSBAUM («Capabilities...», cit., p. 25), afigura-se evidente que nem todas as dimensões ínsitas à espécie humana se revelam suscetíveis de originar direitos: dimensões da natureza humana existem que, por um lado, são naturalmente más (a Autora exemplifica com a capacidade para a crueldade), e, por outro lado, se revelam ético-axiologicamente indiferentes e, portanto, triviais. Neste sentido, os direitos fundamentais não de reconduzir-se a dimensões correspondentes a uma vida merecedora de dignidade humana (*life worthy of human dignity*).

da vida num “grande mercado amoral onde tudo se submete ao cálculo e ao consumo”³⁴⁰. A hipertrofia da política implica a subordinação do(s) direito(s) aos desígnios voluntaristas do poder. E a hipertrofia da dimensão axiológica remete-nos para uma absolutização do ético, abandonando os direitos a “puros comandos morais subjetivos”³⁴¹. Nas palavras de Castanheira Neves – cuja posição vimos seguindo – “o direito é a intenção socialmente axiológica que confere validade ao político e se impõe mediatamente (através do político) ou imediatamente (na medida da autonomia do pensamento jurídico) ao económico”³⁴².

Esta asserção assume um significado não despiciendo no contexto da crise do Estado-providência. Na verdade, a perversão do Estado social desembocou na emergência de um modelo em que o direito surge instrumentalizado, deixando de se conceber como uma transpessoal axiologia fundamentante para se converter num mecanismo de gestão técnica da comunidade, visando exclusivamente o desenvolvimento económico e social, e legitimando-se pela *performance* e pela eficiência, e em que os valores são suplantados pelos fins³⁴³. Tal transformação acabou por tocar os direitos fundamentais que, (frequentemente) reduzidos a simples metas a cumprir pelas maiorias como resposta às promessas eleitorais, conduziram a um aumento progressivo das necessidades sociais e à urgência de um crescimento económico financeiramente inviável³⁴⁴ num Estado que se pretendia “heróico”³⁴⁵, mas que, qual Dédalo a ambicionar voos demasiado altos, acaba por sucumbir aos raios mais fortes das crises.

Com esta posição não pretendemos negar que o surgimento de certos direitos aparece marcado por uma certa dimensão funcional ou funcionalizadora, procurando responder a alguns desafios da globalização³⁴⁶; eis o que sucede com o direito à não discriminação em razão da nacionalidade ou com a

³⁴⁰ SANDEL, *What Money...*, cit., p. 9. Sublinha enfaticamente o Autor que “quando decidimos que certos bens [entre os quais a vida humana, em qualquer das suas manifestações] podem ser comprados e vendidos, decidimos, implicitamente, que é adequado tratá-los como mercadorias, instrumentos de lucro e uso”.

³⁴¹ Cf. também MAHLMANN, «The Dictatorship...», cit., p. 351.

³⁴² V. Castanheira NEVES, «A Revolução...», cit., p. 200; citação da p. 201. Trata-se de uma posição transversal ao pensamento do Autor: cf., mais recentemente, «O Funcionalismo...», cit., pp. 302 e ss..

³⁴³ Uma compreensão típica de uma racionalidade técnico-funcional, como o demonstra Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 54 e ss..

³⁴⁴ Cf. ainda SCHAMBECK, «Menschenbild...», cit., p. 351.

³⁴⁵ De um «Estado social heróico» fala-nos Gomes CANOTILHO, «A Crise...», cit., p. 1078; v. também Gomes CANOTILHO, «O Tom...», cit., p. 124.

³⁴⁶ V. também FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 569.

igualdade de oportunidades que, quando emergem no direito europeu, visam, numa primeira fase, preservar a liberdade de concorrência. Ainda quando assim suceda, não se pode recusar que, em última análise, a validade destes direitos assenta no valor da dignidade. Aliás, quando projetamos o problema dos direitos fundamentais no cenário (mais amplo) da internacionalização, compreendemos com total nitidez a dimensão da importância do seu reconhecimento como elementos axiológicos pré-estaduais e pré-políticos: é a sua compreensão como dimensões que se impõem aos Estados (e às constituições) independentemente das suas vontades que (também) fundamenta a afirmação dos direitos humanos na arena internacional³⁴⁷.

2.2.3. Epiqueia ou a questão de uma leitura ética dos direitos fundamentais

Se a conceção do direito como uma normatividade se abre para o reconhecimento de uma axiologia normativa superior às normas (desde logo, constitucionais) que consagram os direitos, permite também questionar a possibilidade (ou a necessidade?) do recurso à *epieikeia* e a uma “leitura ética” (ou “leitura moral”) da Constituição, em especial, das normas atinentes aos direitos fundamentais. O ponto de partida volta a reconduzir-se à ideia, já apontada na senda de Castanheira Neves³⁴⁸, de que “a constitucionalidade não pode ser fundamento normativo de si própria e que ela mesmo remete a uma axiologia e a uma normatividade que, justamente em sentido fundamentante, a transcendem”. Foi este o motivo que nos conduziu, logo de início, à recusa da identificação da constitucionalidade com a juridicidade e à defesa de uma leitura da Constituição conforme o direito.

O *punctum crucis* reside agora em avaliar se a específica natureza das normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais implica, para além disso, o reconhecimento de uma metanormatividade (ou metaconstitucionalidade) *extrajurídica*.

Uma das compreensões que, por excelência, permite uma análise deste problema consiste na proposta de uma “leitura moral da Constituição”

³⁴⁷ Neste sentido, já NUSSBAUM («Capabilities...», cit., pp. 25 e s.), enfatizando que, na ausência de um (indesejável) Estado global, apenas a recusa de que os direitos constituem artefactos estaduais pode permitir a defesa do seu carácter pré-político, inerente à dignidade humana.

³⁴⁸ Castanheira NEVES, «A Redução...», cit., p. 408.

(*moral reading of the Constitution*) desenhada por Dworkin, a qual advoga, enquanto parte de uma (mais ampla) teoria geral da prática constitucional (*general theory of constitutional practice*), que os intérpretes da Constituição (incluindo, naturalmente, os juízes) interpretem e apliquem as respetivas normas no sentido de que subjacentes a elas se encontram “princípios morais” (*moral principles*) relativos à “decência política” (*political decency*) e à justiça³⁴⁹; subentendida na interpretação constitucional estará, em última análise, a ideia de conferir ao texto o sentido que garanta um “governo justo”³⁵⁰. À crítica, avançada por alguns setores da doutrina, segundo a qual os juízes constitucionais não têm o dever de interpretar a Constituição segundo as suas convicções *personais* de justiça substantiva³⁵¹, Dworkin³⁵² opõe o requisito da integridade constitucional (*constitutional integrity*)³⁵³, afastando o subjetivismo interpretativo e convocando antes uma unidade de sentido com os fundamentos jurídico-constitucionais, sobre os quais constrói uma espécie de “moral constitucional coerente”. Trata-se de uma posição seguida, com algumas *nuances*, também por Barber e Fleming, quando defendem uma “abordagem filosófica” (*philosophic approach*) ao problema da interpretação constitucional, e consideram que a Constituição não pretende codificar um conjunto de regras ou práticas históricas, concebendo-a antes como corpo de princípios morais e políticos, cuja interpretação pressupõe a realização

³⁴⁹ DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 2, 7 e ss., 34. Atente-se em que esta conceção é acompanhada por uma visão de pendor originalista – ou, como prefere Dworkin, de *fidelidade* à Constituição (para uma compreensão global do *originalism*, enquanto orientação interpretativa da Constituição, cf. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2009, *passim*, esp.^{te} pp. 12 e ss.; para uma perspetivação da posição de Dworkin neste contexto, v. DWORKIN, «The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve», in: *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, pp. 1249 e ss.) – que transparece do pensamento do Autor, quando apela à intenção dos *Framers* para determinar se uma norma constitucional consagra um princípio moral ou, pelo contrário, constitui uma mera concretização de um princípio moral. Não negamos que existem normas constitucionais às quais se não encontra subjacente uma dimensão ética: considere-se, v. g. (e para nos apoiarmos num exemplo avançado por Dworkin, transponível para o nosso sistema jurídico), a norma constante do artigo 122.º, que estabelece uma idade mínima (35 anos) como condição de elegibilidade para a Presidência da República. Todavia, tal não implica que inerentes às normas que, por vezes, não contêm textualmente a referência (explícita) a um princípio, não estejam fundamentos com relevância ética – os quais se assumirão, por conseguinte, como referentes imprescindíveis na interpretação daquelas normas.

³⁵⁰ DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 415.

³⁵¹ Cf. FALLON, *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 8.

³⁵² DWORKIN, *Freedom's Law*, cit., pp. 10 e s..

³⁵³ Com esta referência não pretendemos, contudo, aderir à concepção do Autor do direito como integridade, talqualmente a mesma se encontra desenvolvida em DWORKIN, *Law's Empire*, Belknap Press – Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 225 e ss..

de juízos de natureza normativa que confirmam às normas constitucionais um sentido compaginável com os ideais de justiça e de bem comum³⁵⁴.

Esta visão de Dworkin e dos seus seguidores poderia, com proveito, ser complementada pelo recurso à epiqueia, a qual se destina, desde São Tomás de Aquino³⁵⁵, a orientar a conduta do cristão quando este se confronta perante uma incongruência entre uma prescrição da lei humana (a “letra da lei”) e o (racionalmente compreendido) “espírito da lei”³⁵⁶, reconhecendo-se como “uma *supervirtude* que liberta a consciência da possível tirania do legalismo ou do materialismo legal”³⁵⁷. Assim, entendendo-se que a lei constitui uma expressão limitada dos valores que a enformam³⁵⁸ e que a capacidade de previsão do legislador perante a pluralidade e a diversidade de manifestações da realidade se afigura igualmente restrita, podem surgir situações em que o cumprimento da “letra da lei” deve ser abandonado porque contraria o *bem comum*, o fundamento último da lei (humana). Neste sentido, e por um lado, a epiqueia, enquanto parcela da justiça assume-se como “norma superior de todos os atos humanos”, desempenhando uma função diretriz, orientando a consciência para a adoção dos comportamentos solicitados pela justiça e pelo bem comum³⁵⁹. Por outro lado, a ligação entre a lei e a dinâmica da realidade pressuposta pela epiqueia-virtude³⁶⁰ deverá exigir que, em cada momento, as normas sejam interpretadas num sentido atualista³⁶¹.

³⁵⁴ Cf. BARBER/FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, New York, 2007, esp.¹⁶ pp. 155 e ss.; FLEMING, *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms*, Oxford University Press, New York, 2015.

³⁵⁵ São Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, tomo IV, reimp., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2009, pp. 293 e ss. (questão 120, Parte II-II).

³⁵⁶ O'CONNELL, *Principles for a Catholic Morality*, ed. rev., Harper Collins Publishers, New York, 1990, pp. 230, 232 e 233 (a citação é da p. 232).

³⁵⁷ NICETO BLÁZQUEZ, «Tratado de las Virtudes Sociales – Introducción a las Cuestiones 101-122», in: São Tomás de AQUINO, *Suma...*, cit., p. 184.

³⁵⁸ Cf., a propósito das leis em geral, GULA, *Reason Informed by Faith*, Paulist Press, New York/Mahwah, 1989, p. 257.

³⁵⁹ GULA, *Reason...*, cit., pp. 293 e s..

³⁶⁰ FUCHS, *Personal Responsibility, Christian Morality*, Georgetown University Press/Gill and Macmillan, Washington/Dublin, 1983, p. 185.

³⁶¹ No texto, afastámos, pois, uma conceção voluntarista da epiqueia (mais próxima de Francisco Suárez) e aproximámo-nos de uma compreensão racionalista (tomista). Para Francisco SUÁREZ (*Des Lois et du Dieu Législateur*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 580 e ss.), a lei não era concebida como um exercício de racionalidade, mas, numa perspetiva voluntarista, como expressão da vontade (ou intenção) de um legislador histórico e humano responsável pela emanação da lei positiva (*Op. cit.*, pp. 587 e 595), cujos preceitos não constituíam senão uma concretização possível da lei divina/natural (esta, insuscetível de correção através da epiqueia, porque se assumia sempre como justa – *Op. cit.*, pp. 586 e s., 588). Por esse motivo, defendia uma interpretação benigna da vontade do legislador: a interpretação da lei positiva deveria ser suportada por aquilo que o legislador teria querido se houvesse previsto uma concreta situação; neste sentido, a epiqueia implicava a correção da lei justificada pela intenção e pela justiça que se pressupunha estar implícita na vontade do legislador

Constituindo embora construções diversas, a leitura moral da Constituição e a epiqueia como virtude promovem uma referência das normas a uma axiologia extrajurídica ou, como preferimos, convocam a possibilidade de uma leitura ética da Constituição. Considerando a perspectiva de que partimos, será esta uma leitura necessária?

A resposta afigura-se-nos negativa, desde logo, porque a defesa de uma dimensão axiológica do direito não implica a sua confusão ou miscigenação com a ética ou a moral³⁶² – ou, se o quisermos dizer com o título da sobejamente conhecida obra de Simmonds³⁶³, não implica conceber o direito como uma ideia moral.

Tal não significa que ignoremos que “a justiça [expressa na dialéctica igualdade e responsabilidade) coincide com o direito, verdadeiramente mais não é que o próprio direito”³⁶⁴. Esta asserção compagina-se com a ideia de que o direito é, enquanto “ordem de validade” (mas não “ordem de amor”³⁶⁵), uma “categoria axiológico-normativa” e assume-se como “responsabilizante dimensão ética do homem”³⁶⁶. Recorde-se, aliás, que, na senda de Castanheira Neves, a *condição ética* constitui, a par de outras (condição mundanal e condição antropológico-existencial), uma das condições constitutivas da emergência do direito e que responde à pergunta do “porquê” do direito. Esta condição pressupõe que a pessoa se reconheça como “sujeito do direito” (e não apenas seu destinatário) e como “sujeito ético”, e implica a compreensão do direito na referência a uma normativa validade (à normatividade enquanto ordem de dever-ser); sem que o direito se possa reconduzir à ética, aquele possui uma ineliminável dimensão ética, enquanto sua constituinte possibilidade³⁶⁷.

(Op. cit., pp. 592 e s., 595).

Comparando as perspectivas de S. Tomás de Aquino e Francisco Suárez, cf. O'DONNELL, *Principles...*, cit., pp. 230 e ss.. V., criticamente sobre a posição voluntarista, GULA, *Reason...*, cit., p. 257.

³⁶² Ou, nas palavras límpidas de Aroso LINHARES («Validade Comunitária e Contextos de Realização: Anotações em Espelho sobre a Concepção Jurisprudencialista do Sistema», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona*, n.º 1, vol. 1, 2012, p. 11, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>), “como se a pergunta dirigida à relevância de um *momento de validade* no direito (...) nos obrigasse a identificar a *juridicidade* com o contexto (se não correlato) de uma prática de decisões contingentes (e com o regulativo coercitivamente eficaz que esta institucionaliza), ficando a recusa ou a atribuição-*integração* de exigências de sentido (que possam impor limites de validade às decisões deste regulativo) dependentes da relevância (respetivamente negativa e positiva) de uma *perspetiva moral* (e da institucionalização que esta estiver em condições de oferecer)”.

³⁶³ SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

³⁶⁴ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade», cit., p. 163.

³⁶⁵ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade», cit., p. 155.

³⁶⁶ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade», cit., p. 175.

³⁶⁷ Sobre as condições da emergência do direito, e sem prejuízo de já havermos mencionado as referências, v., de novo, Castanheira NEVES, «O Direito como Alternativa...», cit., pp. 298 e s., «O

O «homem-pessoa» e a sua dignidade constituem a dimensão ética que confere ao direito o sentido *de direito*, garantindo-lhe concomitantemente a sua autonomia: uma ofensa desta condição ética determina a negação do sentido último da juridicidade³⁶⁸.

Esta componente ética tem uma clara projeção na constitucionalidade, assumindo-se como dimensão subjacente a princípios, valores e direitos protegidos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais contemporâneos³⁶⁹ – abrindo, como pórtico, a Constituição portuguesa, na qualidade de princípio fundante. Além disso, um dos aspetos nuclearmente jurídicos da Constituição – a tutela dos direitos fundamentais – tem subjacente, nos termos apontados, uma dimensão ética. Por este motivo, defendemos a transcendência e a anterioridade, no plano ético e jurídico, dos direitos fundamentais relativamente ao Estado, sobretudo quando se tem em consideração que uma das dimensões identificadoras daqueles direitos consiste na sua intenção específica, reconduzida à explicitação da ideia de pessoa manifestada pelo princípio da dignidade humana³⁷⁰. A acentuada conceção dos direitos como “proclamações éticas” implica que há valores que se impõem a qualquer forma de organização (internacional e nacional) da sociedade. Trata-se de uma perspetiva que encontra tradução no *reconhecimento* internacional dos direitos do homem, bem como, a nível constitucional-nacional, nos limites e, sobretudo, nas imposições positivas que esse reconhecimento dita ao legislador (porquanto os direitos humanos, com a “força ética” de que são dotados, “[servem] de inspiração à lei”³⁷¹) e ao próprio poder constituinte originário, nos termos que acentuámos no ponto anterior.

Todavia, se “o direito é uma categoria ética”³⁷², *não se confunde com a ética*, justamente porque, a par desta dimensão, pressupõe a referida condição mundanal, à qual acresce a condição ética: se latente à ética se encontra uma

Direito Interrogado...», cit., pp. 51 e s., 61, «Pessoa...», cit., pp. 154 e s., «Pensar...», cit., pp. 13 e ss., e, muito desenvolvidamente, «Coordenadas...», cit., pp. 31 e ss., que voltamos a acompanhar de perto neste ponto.

³⁶⁸ Castanheira NEVES, «Direito Hoje e Com que Sentido?», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 69 e s..

³⁶⁹ Neste termos, e caracterizando a dimensão ético-substantiva do Estado constitucional, v. LUQUE, *De la Constitución a la Moral*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, pp. 19 e ss..

³⁷⁰ V. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 80.

³⁷¹ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., p. 479 (sem que ignoremos a posição do Autor, segundo a qual existem outras e variadas – por vezes, mais eficazes – formas de proteção dos direitos humanos para lá da «estrada legislativa»: *Op. cit.*, pp. 480 e ss.).

³⁷² Castanheira NEVES, «O Direito como Alternativa...», cit., p. 308.

relação de sujeito a sujeito pensada com abstração do mundo, o direito postula uma relação de pessoa a pessoa pela mediação, pela fruição do mundo³⁷³.

Em suma, embora o referente das normas relativas aos direitos fundamentais seja uma axiologia fundamentante metaconstitucional, trata-se ainda uma axiologia *jurídica*: a circunstância de *a constitucionalidade não esgotar a juridicidade* implica que a referência da interpretação das normas constitucionais a uma axiologia fundamentante metaconstitucional ocorra *no quadro do direito*, não se revelando necessária (e, julgamos, nem conveniente) a mobilização de qualquer axiologia extrajurídica.

2.2.4. Responsabilidade e *good governance* ou a fundamentalidade dos deveres

Já anteriormente salientámos (cf., *supra*, 2.1.) que, enquanto categoria dialógica, a pessoa apresenta uma dimensão comunitária, da qual decorre um compromisso para com o outro, traduzido em responsabilidades e vertido numa adequada compreensão do sentido último do conceito (e do valor) da solidariedade³⁷⁴: nesta aceção, pode afirmar-se que deveres e direitos partilham a mesma fundamentalidade e, inclusivamente, o mesmo radical; a resposta ao “porquê do direito” ou à “matriz do direito” é dada pela dialética entre autonomia e responsabilidade (ou, se preferirmos, pelo *tandem* direitos-deveres), que informa a base axiológica da Constituição,³⁷⁵.

A atual conjuntura não se compadece com um discurso exclusivamente voltado para a concretização dos direitos, mas exige também uma atenção aos deveres, sobretudo quando se considera que todas as liberdades individuais têm um carácter público³⁷⁶, na medida em que são financiadas pelos recursos comunitários. Nas palavras expressivas de Rodotà³⁷⁷, o dever deixa de ser visto como “o apêndice fastidioso de um direito que permanecia não contaminado pelas pretensões da socialidade” e relativamente às quais se assumia como algo externo. A autonomia dos deveres passa pela consideração de que os

³⁷³ Cf. Castanheira NEVES, «Coordenadas...», cit., p. 15, que seguimos de perto.

³⁷⁴ Assim também PIZZOLATO, *Finalismo...*, cit., pp. 210 e s..

³⁷⁵ Talqualmente decorre das referências citadas quando abordámos a questão (e para as quais agora voltamos a remeter), não estamos senão a glosar o pensamento de Castanheira Neves e da sua Escola (cf., *supra*, 2.1.).

³⁷⁶ Assim, HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., p. 220.

³⁷⁷ RODOTÀ, *La Vita...*, cit., p. 39.

mesmos exprimem um conjunto de valores ou interesses constitucionalmente relevantes, contrapostos (embora não opostos) aos valores ou interesses constitucionais subjacentes aos direitos, mas que cumpre ao legislador também proteger³⁷⁸. Na verdade, a dialética entre a autonomia/liberdade/igualdade e a responsabilidade corresponde a uma autêntica expressão da *justiça*³⁷⁹.

A consideração dos deveres fundamentais exige que se lhe alie também o problema dos custos dos direitos, ambos concebidos conjugadamente como “a face oculta dos direitos fundamentais”³⁸⁰. E se os custos dos direitos são visíveis, de modo muito expressivo, quando estão em causa os direitos sociais, não se pode ignorar que também a realização dos tradicionais direitos de liberdade surge suportada por recursos financeiros públicos ou comunitários³⁸¹. Domina hoje (e tende a expandir-se), mesmo no plano internacional, uma conceção essencialmente positiva dos direitos, que são lidos como implicando obrigações positivas para os Estados³⁸². Esta visão de conjunto sobre os custos (públicos) dos direitos acentua, uma vez mais, a responsabilidade do poder político-legislativo, a quem compete a decisão (de natureza política, mas limitada pelo direito) sobre a alocação dos recursos para a melhor concretização dos direitos possível. Entronca também nesta linha a ideia já avançada (cf., *supra*, 1.1.) segundo a qual a ação do Estado (precisamente na medida em que consome recursos) deve ser criadora de valor público.

Quer dizer, sobretudo num contexto de escassez³⁸³, a realização dos direitos está intimamente associada à *good governance* e aponta para a consecução de um necessário equilíbrio entre a proteção dos direitos e valores

³⁷⁸ Cf. Casalta NABAIS, *O Dever...*, cit., pp. 37 e s., que acompanhamos de perto.

³⁷⁹ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade...», cit., p. 163.

³⁸⁰ Casalta NABAIS, «A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos», in: *Revista Direito Mackenzie*, n.º 2, ano 3, 2002, pp. 9 e ss..

³⁸¹ V., paradigmaticamente, HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., *passim*, esp. te pp. 35 e ss. (referindo-se, de um modo um tanto enfático, à “futilidade” e ao “engodo” da dicotomia – *Op. cit.*, pp. 37 e 39, respetivamente), uma perspetiva que é partilhada pelo *capabilities approach* (v., v. g., NUSSBAUM, «Capabilities...», cit., p. 33); cf., entre nós, Casalta NABAIS, «Reflexões...», cit., pp. 112 e ss. (realçando, todavia, a diferença entre os custos financeiros indiretos, próprios dos direitos e liberdades, e os custos financeiros diretos dos direitos sociais).

³⁸² Cf. os exemplos jurisprudenciais, oriundos de tribunais de quadrantes muito diversos, arrolados por VIZARD/FUKUDA-PARR/ELSON, «Introduction: The Capability Approach and Human Rights», in: *Journal of Human Development and Capabilities*, n.º 1, vol. 12, Fevereiro 2011, pp. 8 e s..

³⁸³ Sobre o impacto da «dogmática da escassez» neste horizonte, v., por todos, João LOUREIRO, «A “Porta da Memória”: (Pós?)Constitucionalismo, Estado (Pós?)Social, (Pós?)Democracia e (Pós?) Capitalismo», in: *Estudos do Século XX*, n.º 13, 2013, pp. 118 e ss.. Cf. também Suzana TAVARES da SILVA, *Direitos...*, cit., pp. 187 e s., salientando a íntima conexão entre economia/finança e direitos sociais, e considerando que a mudança de paradigma económico implica uma alteração do paradigma da socialidade; v. também, sobre o relevo que o princípio da eficiência do sistema financeiro detém quanto à conceção do Estado social, *Op. cit.*, pp. 202 e ss..

jurídico-constitucionais e a racionalização dos meios disponíveis para os alcançar. Por um lado, os cidadãos têm direito a um certo nível (um mínimo) de concretização dos direitos a prestações, que se encontra subtraído à discricionariedade legislativa por consubstanciar uma exigência do princípio da dignidade humana – só assim se alcança a sustentabilidade social. Por outro lado, a garantia das prestações subjacentes a todos os direitos encontra-se dependente das condições históricas, mas também da decisão sobre a concreta alocação de recursos (insuscetíveis de responder a todas as necessidades dos cidadãos), razão pela qual nem a liberdade de conformação do legislador pode ser hipotecada a favor de determinadas realizações dos direitos, nem é exigível ao Estado que assegure tudo a todos, sob pena de se pôr em causa a sua sustentabilidade económica, financeira e política. Importa, contudo, alertar para os perigos de uma responsabilidade (das gerações que presentemente sustentam o Estado), a qual, por vezes, se afigura “sem limites”, “de todos e por tudo”³⁸⁴, temporalmente dilatada (*Langzeitverantwortung*³⁸⁵) e suscetível de se tornar vaga e anónima³⁸⁶. Para não se correr o risco de uma «hipertrofia da responsabilidade»³⁸⁷, impõe-se a defesa, nos termos também já avançados (cf., *supra*, 2.1.), de uma dialética entre autonomia e responsabilidade. Para esta linha argumentativa converge a construção do conceito de «liberdade sustentável», o qual aponta no sentido da preservação ou da expansão das liberdades das gerações presentes que não comprometa a capacidade das gerações futuras para terem uma idêntica ou maior liberdade³⁸⁸.

Naturalmente, não poderemos olvidar que existem diversos meios para assegurar a concretização (pelo menos, do núcleo essencial) dos direitos, cabendo ao legislador escolher os que considere mais adequados, no contexto

³⁸⁴ BIRNBACHER, «Grenzen...», cit., p. 143 (*grenzenlose Verantwortung, Verantwortung aller für alles*).

³⁸⁵ Cf. GETHMANN/KLOEPFER/NUTZINGER (orgs.), *Langzeitverantwortung im Umweltstaat*, Economica Verlag, Bonn, 1993; GETHMANN/KAMP, «Gradierung und Diskontierung bei der Langzeitverpflichtung», in: BIRNBACHER/BRUDERMÜLLER (orgs.), *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2001, pp. 137 e ss.. Entre nós, GOMES CANOTILHO («O Princípio...», cit., pp. 13 e ss.) refere-se a uma «responsabilidade de longa duração».

³⁸⁶ BIRNBACHER, «Responsibility...», cit., p. 24.

³⁸⁷ Castanheira NEVES, «O Direito Interrogado...», cit., p. 69 (a propósito da questão ecológica), e «Pessoa...», cit., pp. 129 e s..

A qualquer teorização da *Zukunftsverantwortung* sempre se exigirá a resolução de cinco questões fundamentais: a delimitação temporal da responsabilidade futura, a determinação do âmbito ontológico ou do objeto da responsabilidade futura, a identificação do conteúdo da responsabilidade futura, a avaliação do peso da responsabilidade futura face à responsabilidade presente e a consideração dos motivos ou fundamentos que justificam a aceitação de uma responsabilidade futura (BIRNBACHER/SCHICHA, «Vorsorge...», cit., p. 20; BIRNBACHER, «Responsibility...», cit., p. 29).

³⁸⁸ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., p. 343.

de uma articulação entre os diferentes direitos e objetivos constitucionais³⁸⁹; neste sentido, e parafraseando Gomes Canotilho³⁹⁰, “a otimização dos direitos (...) não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da *good governance* dos recursos”. E, justamente porque os direitos são financiados por recursos públicos, o juízo estratégico de distribuição efetuado pelo poder político-legislativo há de estar sujeito à *accountability* e à transparência (ou, como também acrescentariam alguns, à *compliance*³⁹¹), em total consonância com as exigências pressupostas por uma democracia ética.

E esta afirmação – cujo corolário aponta para que a efetiva realização dos direitos dependa do concreto contexto financeiro e económico de um Estado (dependa, enfim,... das circunstâncias) – não invalida as considerações que vimos tecendo sobre a dimensão axiológica dos direitos. Se o princípio da dignidade humana exige sempre a alocação dos recursos (escassos) para garantir aos cidadãos um mínimo para uma existência condigna (e é este o absoluto – a «condignidade existencial»³⁹² – do qual se não pode abdicar³⁹³), não exige mais do que isso. Pelo contrário, deixa aos decisores públicos o poder de, com respeito pelos princípios jurídicos (desde logo, igualdade ou proporcionalidade), decidir como afetar os demais recursos, avaliando, dentro dos limites da sustentabilidade, que dimensões subjacentes aos vários direitos podem ser satisfeitas e para quem. Tal não significa, porém, o reconhecimento de que há dois sentidos dos direitos (um sentido moral e um sentido descritivo)³⁹⁴:

³⁸⁹ Como também sublinhou já o Tribunal Constitucional a propósito do direito à habitação: cf. Acórdão n.º 590/2004, § II-A. Para um exemplo dos tipos de juízos aqui envolvidos, v. as questões formuladas por HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., pp. 228 e s..

³⁹⁰ GOMES CANOTILHO, «“Bypass”...», cit., p. 249 (a propósito do setor da saúde e referindo-se aos direitos sociais).

³⁹¹ O conceito de *compliance* não assume um significado unívoco, em virtude da sua utilização em áreas tão diversas como a medicina, a economia ou o direito; considerando a aproximação jurídica (sobretudo, do direito comercial) à noção, poder-se-á afirmar que esta aponta no sentido da necessidade (do controlo) da observância, por uma determinada estrutura, dos princípios e normas aplicáveis. Cf., por todos, STÖBER, «Compliance in der Öffentlicher Verwaltung – Eine Anforderung zwischen Moderner Governance und Klassischem Verwaltungsethos», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 7, ano 127, abril 2012, p. 392.

³⁹² O conceito pertence a GOMES CANOTILHO, «Para uma Revisão da Dogmática da Jusfundamentalidade», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 533 e ss..

³⁹³ Evita-se, assim, a crítica de HOLMES/SUNSTEIN (*The Cost...*, cit., p. 97) de que os direitos, embora descritos como invioláveis ou conclusivos, nunca poderão ser absolutos, na medida em que têm custos; o que implica a insusceptibilidade da sua proteção unilateral pelo juiz, com desconsideração pelas consequências financeiras.

³⁹⁴ Como propõem HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., pp. 16 e s.. Compreende-se, porém, a diferenciação desenhada pelos Autores, à luz da tese que se propõem analisar: apenas os direitos reconhecidos positivamente pelos Estados colocam problemas relacionados com os custos. Ainda assim, poder-se-á objetar que, pelo menos em abstrato, não se revela impossível que existam direitos que, embora

os direitos assumem-se como “proclamações éticas” (na aceção cunhada por Sen e que adotámos anteriormente), apontando para o que deve ser feito, mas não ignoram que este dever-ser-feito ocorre no horizonte de uma realidade concreta, em que os meios são escassos, pelo que se revela impossível, em cada momento histórico, satisfazer, através de recursos públicos, todas as dimensões dos direitos (sem prejuízo do reconhecimento do valor intrínseco que essas dimensões traduzem).

A transnacionalização característica dos tempos atuais exige que, a par desta dimensão nacional, se fale também em *global (good) governance* ou em *good governance* com projeção global. Desde logo, esta ideia permite acolher as preocupações relacionadas com a integração social dos não cidadãos de um Estado: é que o acolhimento pressuposto pela integração dos estrangeiros (sobretudo – embora não só – em face dos recentes fenómenos de migração) efetua-se, por excelência, através do reconhecimento de direitos, mas, nos casos em que se revele economicamente viável, pode alcançar-se também mediante a *solidarização nos deveres*³⁹⁵ (permitindo a aceitação de que o “outro”, apesar de diferente, é também de um de nós). Mas o cruzamento da *good governance* nacional com a globalização provoca ainda interpelações adicionais, nos casos em que a reação às crises passa pela criação de programas de ajuda financeira externa: nestas hipóteses, começa a pôr-se em cheque a própria realização do interesse público, porquanto uma parte significativa dos recursos financeiros do Estado deixa de estar ao serviço da realização de tarefas públicas (designadamente da promoção dos direitos)³⁹⁶, para passar a constituir o meio de pagamento dos juros dos empréstimos contraídos. Trata-se de uma situação que se afigura inalterável, ainda que se realizem eleições e se renovem o Parlamento e o Governo – com todas as repercussões nefastas que essa tendencial inalterabilidade implica para a legitimação democrática do poder e para a responsabilidade dos governantes perante os cidadãos³⁹⁷. Estes perigos adensam-se quando se percebe, por um lado, que o significado último da soberania nacional externa (assegurada pelo princípio da igualdade

não sejam acolhidos positivamente (ou, talvez melhor, positivamente) pelo Estado, o deveriam ser – direitos esses que suscitariam igualmente questões relacionadas com a afetação de recursos.

³⁹⁵ Cf. também APOSTOLI, «Il Consolidamento...», cit., p. 30.

³⁹⁶ Estamos diante do que já foi designado como o «paradoxo do Estado social em momentos de crise económica» – cf. FERNÁNDEZ-VALMAYOR/MIGUEZ MACHO, «Servicios Sociales y Crisis Económica: Los Límites del Estado Asistencial», in: BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, p. 392.

³⁹⁷ Cf. KIRCHHOF, *Deutschland im Schuldensog – Der Weg vom Bürger zurück zum Bürger*, Beck, München, 2012, pp. 35 e s., 106 e s. (por isso, o Autor conclui que a capacidade prestacional do Estado e a sua capacidade para inspirar confiança se encontram em perigo – cf. *Op. cit.*, p. 147).

soberana dos Estados, constante do n.º 1 do artigo 2.º da *Carta das Nações Unidas*) consiste na circunstância de o Estado não se encontrar submetido a qualquer vontade estranha, no sentido de que a criação, a aplicação e a execução do direito não são determinados por terceiros³⁹⁸; e, por outro lado, quando se atenta em que o direito à autodeterminação interna implica que pertence ao Povo de um Estado a livre decisão sobre o modo como se efetua o seu desenvolvimento económico, social e cultural³⁹⁹.

2.2.5. O problema do “imperialismo dos direitos humanos” num contexto de pluralismo axiológico

A globalização agudiza a tensão entre a universalização dos direitos e o relativismo cultural⁴⁰⁰. A atual realidade política, social e cultural encontra uma tradução certa nas palavras de Javier Gomá Lanzón⁴⁰¹: “a democracia cresce em sociedades pós-ideológicas, multiculturais e poliétnicas, que toleram e protegem todas as crenças, mas não sustentam nenhuma”. Trata-se de uma ideia à qual se reconduz o conceito de «Estado pluriclasse», decantada por Giannini⁴⁰² para designar os Estados em que se encontram virtualmente representados (desde logo, mas não exclusivamente, a nível parlamentar) todas as classes, ideologias e grupos. Esta tendência acentua-se quando se transpõe para a matéria dos direitos, porquanto a espontaneidade que caracteriza a sua proteção na cena transnacional facilita a emergência de leituras distintas sobre os direitos (no seu sentido, âmbito, alcance e formas de tutela), bem como de colisões de valores⁴⁰³. Trata-se de um tópico que se agudiza perante o facto de o próprio cosmopolitismo inerente à globalização transportar em

³⁹⁸ Assim, VITZTHUM, «Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts», in: VITZTHUM/PROELSS (orgs.), *Völkerrecht*, 7.ª ed., De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, pp. 19 e s., esclarecendo ainda que o Estado soberano apenas está subordinado ao Direito Internacional, subordinação esta que, contudo, não limita a soberania estadual.

³⁹⁹ V. KAU, «Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte», in: VITZTHUM/PROELSS (orgs.), *Völkerrecht*, 7.ª ed., De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, p. 185.

⁴⁰⁰ Cf. também NYMAN-METCALF, «The Future of Universality of Human Rights», in: KERIKMÄE (ed.), *Protection Human Rights in the EU: Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2014, p. 22.

⁴⁰¹ Javier GOMÁ LANZÓN, *Ejemplaridad Pública*, cit., no Capítulo X, sob a epígrafe “Especial responsabilidad del ejemplo político”.

⁴⁰² GIANNINI, *Il Pubblico Potere: Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, *passim*, esp.¹⁶ pp. 56 e ss..

⁴⁰³ Assim, FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung...», cit., p. 359.

si uma dimensão moral ou axiológica, de acordo com a qual, em última análise, todos os seres humanos partilham de uma moral ou axiologia comum, decorrente de uma *humanidade*⁴⁰⁴ comum de que todas as pessoas necessariamente comungam⁴⁰⁵. Os problemas assomam quando confrontamos aquela realidade plural com esta fundamentação axiológica dos direitos fundamentais, impondo-se avaliar se esta recondução seolve, a final, numa tentativa de uniformização ou padronização das sociedades em torno de uma visão jusfundamental que é típica de (e/ou é imposta por?) determinadas culturas (ou *Weltanschauungen*) e também de determinados Estados.

Eis-nos diante da questão do “imperialismo dos direitos humanos”. Esta expressão – devida a Marcelo Neves⁴⁰⁶ – pretende exprimir duas realidades distintas: por um lado, o perigo da imposição dos direitos pela força de um determinado Estado (ou de um conjunto específico de Estados), com o propósito de legitimar uma certa ordem moral – o que, no limite, conduziria à prevalência do mais forte à custa da invocação dos direitos, sem que tal implicasse necessariamente a sua proteção acrescida; por outro lado, o risco da instrumentalização dos direitos (e da sua força universalizante) com o propósito de infundir uma conceção normativa totalmente estranha às culturas de outros povos, com impacto na diminuição (ou na tendencial eliminação) da sua autonomia coletiva. No fundo, a interrogação dominante consiste em saber se a retórica jusfundamental não procura legitimar uma espécie de “eurocentrismo”, de “colonialismo ocidental axiológico”⁴⁰⁷, ou de “imperialismo *ocidental* dos direitos humanos”⁴⁰⁸.

Como principiámos por salientar, a globalização, ao invés de intender à padronização dos comportamentos e das ideologias, não esconde a diversidade.

⁴⁰⁴ Pondo a nota na humanidade como dimensão fundamental (e determinante de uma compreensão holística) da dignidade humana, v. BARAK, *Human Dignity...*, cit., pp. 124 e ss. (ainda que não acompanhamos o Autor em todo o seu pensamento, nomeadamente quando erige a autonomia da vontade como dimensão fulcral daquela humanidade).

⁴⁰⁵ Cf. WALKER, *Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law*, EUI Working Paper – Law No. 2005/17, EUI, Florence, 2005 (disponível em <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3762/WPLAWNo.200517Walker.pdf?sequence=1>), p. 3; embora o Autor não deixe de acrescentar que a dimensão moral do cosmopolitismo não esconde a sua dimensão cultural, a qual intima a respeitar e a valorizar as diferenças entre as culturas: o *punctum prucis* reside, pois, no equilíbrio entre ambas as dimensões, porquanto a valorização excessiva das diferenças origina um relativismo cultural incompatível com a defesa de um *minimum core* comum, enquanto a desvalorização igualmente exagerada dessas diferenças implica um imperialismo cultural (*Op. cit.*, p. 4). V. também as ideias avançadas logo nas reflexões introdutórias desta Parte II.

⁴⁰⁶ Marcelo NEVES, «A Força...», cit., pp. 27 e s.; «(Não) Solucionando...», cit., p. 221 (associando aqui o problema do imperialismo de direitos humanos ao cruzamento com os direitos indígenas).

⁴⁰⁷ FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung...», cit., p. 359.

⁴⁰⁸ BARTOLI, «“Chiaro e Oscuro”...», cit., p. 145.

A consideração da cena mundial desvela inclusivamente um «choque de civilizações⁴⁰⁹» ou um «choque de ortodoxias»⁴¹⁰: o primeiro conflito representa o embate das grandes civilizações (Ocidental, Islâmica e Oriental Confucionista); o segundo retrata o confronto entre a moral cristã e as crenças da “moral secularista ortodoxa”. Quando não conduz aos «choques», a observação dos ordenamentos nacionais revela uma indiferença – que tangencia a soberba hostil – perante as conceções axiológico-jurídicas alheias, ainda que não necessariamente provenientes de sistemas com *Weltanschauungen* muito distintas⁴¹¹. Uma das situações mais impressionantes reconduz-se à atitude argumentativa desenvolvida pelos *dissenting Judges* da *Supreme Court* norte-americana, no caso *Atkins v. Virginia*⁴¹², em que a mobilização de contributos para lá do sistema jurídico norte-americano em matéria de direitos é posta em causa a favor de um predomínio do *ius singulare* nacional – numa atitude tendencialmente contrária à globalização e de reação contra o carácter necessariamente transnacional do discurso dos direitos e do diálogo normativo que este proporciona⁴¹³.

Perante este cenário (no máximo, de conflito, no mínimo de indiferença), uma das críticas efetuada à associação entre valores e direito(s) radica no carácter pluralístico das sociedades contemporâneas, compostas por inúmeros grupos heterogéneos com identidades próprias, que perfilham objetivos e ideais – em suma, valores – também distintos, parecendo impor uma

⁴⁰⁹ Reportamo-nos ao título da obra de HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996.

⁴¹⁰ Utilizamos o título da obra de Robert GEORGE, *Choque de Ortodoxias: Direito, Religião e Moral em Crise*, Tenacitas, Coimbra, 2008.

⁴¹¹ Trata-se de uma matéria que atinge um outro ponto que abordaremos adiante – a *judicial dialogue* (cf., *infra*, Parte III, 3.2.). Também neste horizonte se assinalará a reação tradicional da *Supreme Court* face aos ordenamentos jurídicos estrangeiros. O caso referido, já a seguir, em texto constitui um dos exemplos paradigmáticos do extremar de posições naquele Tribunal.

⁴¹² Acórdão «*Atkins v. Virginia*», in: *United States Reports*, vol. 536, 2002, pp. 304 e ss., que refletiu sobre o problema da imposição da pena de morte a arguidos portadores de uma anomalia psíquica, havendo concluído que tal imposição integraria o conceito de “punições cruéis e inadequadas” (“*cruel and unusual punishments*”), proibidas pela VIII Emenda. Mais do que a questão de fundo, interessa-nos, neste conspecto, assinalar um pormenor da retórica argumentativa desenvolvida, onde, a dado passo (e, de algum modo, *en passant*), se considerou a posição da comunidade mundial claramente reprovadora da aplicação da pena de morte a arguidos portadores de anomalia psíquica (cf. pp. 316 e s., n. 21). Tratou-se de um argumento criticado de forma muito contundente pelo *Chief Justice* Rehnquist e pelo *Justice* Scalia (que, ironicamente, o apelidou de vencedor do “Prémio para o Esforço Mais Débil do Tribunal”), salientando (na senda, aliás, de outros arestos) a tendencial irrelevância das noções de justiça da comunidade mundial (cf. pp. 347 e s., da declaração de voto do *Justice* Scalia), bem como dos pontos de vista de outros países (cf. p. 325, da declaração de voto do *Chief Justice* Rehnquist) para a compreensão da Constituição norte-americana.

⁴¹³ CAROZZA, «“My Friend is a Stranger”: The Death Penalty and the Global *Ius Commune* of Human Rights», in: *Texas Law Review*, vol. 81, 2003, pp. 1031 e ss., 1078 e s..

transformação ou (mesmo, inversão) de valores⁴¹⁴. No que tange aos direitos fundamentais, esta perceção agudiza-se porquanto aqueles (e os respetivos mecanismos de tutela) surgem concebidos justamente como um elemento identificador e estruturante de determinados ordenamentos jurídico-constitucionais⁴¹⁵. Relembremos, a este propósito, as observações certeiras do Papa Francisco⁴¹⁶, quando salienta que “é preciso assumir a perspetiva dos direitos dos povos e das culturas, dando assim provas de compreender que o desenvolvimento dum grupo social supõe um processo histórico no âmbito dum contexto cultural e requer constantemente o protagonismo dos atores sociais locais *a partir da sua própria cultura*. Nem mesmo a noção da qualidade de vida se pode impor, mas deve ser entendida dentro do mundo de símbolos e hábitos próprios de cada grupo humano”.

Reconhecendo-se que o pluralismo e o multiculturalismo resultara do advento e da influência dos direitos humanos e, portanto, do “modelo ocidental” do Estado de direito democrático⁴¹⁷, também se admite que o carácter fragmentário do mundo atual não se compadece com uma uni(formi)dade decorrente de qualquer integração hegemónica imposta pelas armas, pela política ou pela economia⁴¹⁸. Por esse motivo, e tal como a mundialização não se identifica com a mundialidade (*mondialité*), nas aceções cunhadas por Glissant⁴¹⁹, o pluralismo não se confunde com a pluralidade, como sa-

⁴¹⁴ Assim já Carl SCHMITT, *Die Tyrannei...*, cit., p. 12, aludindo, neste contexto, a uma *Verwandlung in Werte* ou „*Ver-Wertung*”. É interessante verificar que a mais bem-intencionada convocação do discurso dos direitos fundamentais (e da imprescindibilidade da sua proteção transnacional) se pode facilmente converter numa argumentação de índole imperialista: cf. o interessante exemplo mobilizado por HALTERN, «On Finality», in: BOGDANDY/BLAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed., Hart/Beck/Nomos, Oxford/München, 2010, pp. 223 e s. (relativo às conclusões do Advogado-Geral Jacobs para o caso «Christos Konstantinidis/Stadt Altensteig- Standesamt e Landratsamt Calw – Ordnungsamt», P. C-168/91).

⁴¹⁵ Foi, aliás, esta conceção que esteve na base da jurisprudência *Solange* do Tribunal Constitucional alemão: cf., v. g., HOFMANN, «Zurück zu Solange III! Zum *Bananensmarktordnungs-Beschluß* des Bundesverfassungsgericht», in: CREMER/GIEGERICH/RICHTER/ZIMMERMANN (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin, 2002, p. 1208. Por esse motivo, entende-se que os direitos fundamentais se destinam a proteger o indivíduo contra o exercício de quaisquer poderes de autoridade, sejam eles oriundo dos órgãos do Estado ou das instituições europeias – assim, HOFMANN, *Op. cit.*, p. 1214, e, mais explicitamente, KIRCHHOF, «Der Deutsche Staat...», cit., p. 303.

⁴¹⁶ Papa FRANCISCO, *Carta Encíclica...*, cit., p. 113 (n.º 144).

⁴¹⁷ Assim, no contexto do pluralismo religioso e do direito à liberdade religiosa, cf. LEVINE, «Pluralidad, Pluralismo y la Creación de un Vocabulario de Derechos», in: *América Latina Hoy: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 41, 2005, p. 19.

⁴¹⁸ DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme...*, cit., pp. 7 e s..

⁴¹⁹ Sobre o conceito de mundialização, cf. GLISSANT, *Traité du Tout-Monde (Poétique IV)*, Gallimard, Paris, 1997, p. 192. A distinção entre *mondialisation* (como *non-lieu*) e *mondialité* surge, frequentemente, abordada em diálogos, entrevistas e conferências proferidas pelo Autor: cf., v. g., «Mondialité, Diversité, Imprevisibilité: Concepts pour Agir dans le Chaos-Monde», in: *Les Périphériques Vous Parlent*, n.º 14, verão 2000; LASOWSKI, *Edouard Glissant, Penseur des Archipels*, (ed. Kindle) Pocket, s.n., 2015 (na Parte 1., com o título «Entretien», e sob a epígrafe «Dialogue avec Edouard Glissant»). O conceito mais

lienta Delmas-Marty⁴²⁰: se a *mundialização* exprime uma realidade estática, uma uniformização por baixo e uma neutralização, a *mundialidade* traduz a ultrapassagem do monolitismo, a rejeição da diluição estandardizada, e a aceitação da diversidade e das várias identidades; enquanto a *pluralidade* assume um pendor essencialmente descritivo da realidade, traduzindo a mera justaposição das diferenças inelimináveis em qualquer das dimensões humanas e desprovida de força para resistir ao totalitarismo objetivo (de algum modo, inerente à globalização), o *pluralismo* concebe-se como um valor, revestindo uma natureza prescritiva, que pressupõe não só o reconhecimento das diferenças, mas também a efetiva proteção dessas diferenças.

Todavia, e por um lado, mesmo as correntes mais pessimistas admitem a existência de um conteúdo mínimo universalizante⁴²¹ reconduzível à dignidade humana, defendendo algumas que o reconhecimento de uma ética compartilhada por todos os cidadãos constitui uma condição de possibilidade do fortalecimento da sociedade civil⁴²², havendo-se os direitos humanos transformado numa espécie de “língua franca” na ética das relações jurídicas internacionais⁴²³ e sendo os mesmos concebidos com um verdadeiro «motor da constitucionalização»⁴²⁴. Esta referência dos direitos à dignidade humana (e, por conseguinte, a inerência a todas as pessoas pelo facto de o serem) visa justamente uma pretensão de inclusão universal, com respeito pela diferença⁴²⁵. Por outro lado, esta conceção não pretende indiciar uma certa “superioridade” do modelo ocidental face ao mundo não ocidental: como sublinha Amartya Sen, não só a democracia não constitui um “produto

abrangente de «Tout-Monde» traduz (se quisermos reduzir, em muito, a complexidade) a percepção que se tem de um mundo (ou um universo) que, paradoxalmente, se mantém na alterabilidade, e corresponde a uma visão das partes que pressupõe um mergulho no todo (que corresponde ao conjunto de todos os lugares, e não ao que designa como uma «uniformidade locativa») – cf. GLISSANT, *Traité...*, cit., pp. 176 e ss. (não deixando de conjugar o conceito de «Tout-Monde» com a mundialidade).

⁴²⁰ DELMAS-MARTY, *Le Relatif...*, cit., pp. 222 e ss., e *Le Pluralisme...*, cit., pp. 18 e ss..

⁴²¹ Cf., v. g., BACCELLI, «Machiavelli, the Republican Tradition and the Rule of Law», in: P. COSTA/ZOLO (eds.), *The Rule of Law – History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 387 e ss..

⁴²² Adela CORTINA, *Los Ciudadanos...*, cit., p. 31.

⁴²³ VINCENT, «The Idea...», cit., p. 267, acentuando, contudo, o Autor que a universalidade no reconhecimento dos direitos (só por si, extremamente positiva no plano da respetiva proteção) convive com a existência de tradições diferentes de direitos humanos.

⁴²⁴ CRUZ VILLALÓN, «Europeización de la Constitución Española: Una Introducción al Problema», in: CRUZ VILLALÓN (coord.), *Hacia la Europeización de la Constitución Española*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, p. 46, a propósito da constitucionalização europeia, e aludindo também à existência de um “sistema europeu de direitos”, dotado de elevada complexidade.

⁴²⁵ Parece ser esta também a posição subjacente a Marcelo NEVES («A Força...», cit., pp. 8 e 13), quando define os direitos humanos como “*expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social (autônomo)*” e localiza a sua conceção num contexto de “dissenso estrutural da sociedade mundial”.

cultural específico do Ocidente”, encontrando antecedentes históricos também em sociedades asiáticas, como ainda a prática da democracia favorece o reconhecimento de identidades plurais e de culturas diferenciadas^{426 427}.

Assim, na medida em que propiciam o estabelecimento de possibilidades de comunicação dentro da sociedade, os direitos fundamentais podem assumir-se, num sentido luhmanniano, como instrumentos de combate ao «perigo da indiferenciação» (*Gefahr der Entdifferenzierung*)⁴²⁸. O direito dos direitos fundamentais constitui uma das novas escalas do direito comum das sociedades contemporâneas⁴²⁹, permitindo a referência a um “*ius commune* global dos direitos humanos”⁴³⁰.

Não foi por acaso que, ao longo desta Parte II, procurámos esclarecer que, sem se obnubilar (mas antes exigindo) uma densidade material-axiológica normativa transpositiva, assentar o fundamento do direito na dignidade humana não implica o recurso a uma transpositividade extrajurídica fora do tempo e do espaço.

A dignidade humana, na medida em que associada à e predicativa da essência do direito, constitui um princípio valorativo que funciona como limite irreduzível da atuação dos poderes públicos (mas também privados) num Estado que mereça o qualificativo de «de direito»⁴³¹. Ou, projetando a questão

⁴²⁶ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., pp. 426 e ss., esp.¹⁶ pp. 434 e ss. (a citação reporta-se à p. 427), e 464 e ss., respetivamente. Cf. também Adela CORTINA, *Los Ciudadanos...*, cit., pp. 93 e s.; NUSSBAUM, «Capabilities...», cit., p. 30; MAHLMANN, «The Dictatorship...», cit., pp. 354 e s., 364.

⁴²⁷ Não obstante as considerações tecidas em texto, não podemos ignorar que a universalidade afirmada assume um caráter tendencial, sobretudo quando ancorada no princípio da dignidade humana talqualmente o caracterizámos. Para este aspeto, e a propósito da civilização muçulmana, capta já a nossa atenção Castanheira NEVES, «O Problema da Universalidade do Direito – Ou o Direito Hoje, na Diferença e no Encontro Humano Dialogante das Culturas», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 121 e ss.. Todavia, e como também nota o Autor, existe uma tentativa de aproximação daquela cultura ao reconhecimento dos direitos fundamentais, embora sempre dirigida à adaptação das declarações ocidentais às exigências da *Shari'a* – como decorre da Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islão e da Carta Árabe dos Direitos Humanos (na sua versão reformulada em 2004 e adotada em 2008).

⁴²⁸ Cf. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 23.

⁴²⁹ Cf. BOUMGHAR, «Les Droits de l'Homme, Droit Commun des Sociétés Contemporaines?», in: BOUMGHAR/DURAND (dir.), *Les Nouvelles Echelles du Droit Commun*, Larcier, Bruxelles, 2013 (ed. Kindle), Parte 2, Capítulo 8 (registando também o ponto de vista da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos e dos trabalhos da Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos). É interessante verificar que, no capítulo introdutório desta obra coletiva (DURAND, «Propos Introductifs», ponto 5), se alçandoram os direitos humanos como a escala mais abrangente assumida pelo direito comum: a escala do “tudo”; como refere a Autora, este direito comum ultrapassa as fronteiras geográficas e sistémicas para atender ao mínimo denominador comum da humanidade e, por conseguinte, para alcançar a realidade mais ampla, identificada com todos os seres humanos.

⁴³⁰ CAROZZA, «“My Friend...”», cit., *passim*.

⁴³¹ V. também Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 169. Efetivamente, e como sublinha Paulo OTERO (*Instituições...*, cit., p. 604), em articulação com a defesa da existência de «valores teleológicos do

no mais amplo cenário internacional (ou mesmo global), e louvando-nos na expressão de Bohman⁴³², dir-se-á que se impõe a todos os Estados a inclusão nos seus *standards* da perspectiva da humanidade (*perspective of humanity*). E com esta asserção pretendemos ir também ao encontro de Barak⁴³³, quando, numa visão menos universalista, e, por conseguinte, apesar de salientar uma certa dependência da dignidade humana relativamente ao contexto (ou, como preferiríamos, uma variabilidade das específicas concretizações da dignidade humana em função das comunidades que a mobilizam), reconhece um fundamento comum a todas as concepções.

Esta conclusão não pretende, contudo, rechaçar a exposição do direito (e dos direitos fundamentais) ao tempo e ao espaço. Por um lado, afigura-se nítido que a evolução das concepções valorativas acaba por determinar um desenvolvimento de novos sentidos de direitos fundamentais tradicionais: considere-se, *v. g.*, a evolução do direito ao um tratamento igual que nasce em íntima ligação com a defesa dos direitos das mulheres (ou com o reconhecimento da personalidade jurídica dos escravos) para hoje se destinar a proteger todas as minorias contra quaisquer formas de discriminação⁴³⁴. Por outro lado, o desenvolvimento dos direitos (do seu sentido e alcance) testemunha o enriquecimento que os mesmos adquirem quando encontram tradições distintas. Por este motivo, a universalização dos direitos não constitui apenas um dado normativo (de “dever-ser”), mas representa uma realidade atual (um “ser”, *hoc sensu*), na qual se encontram comprometidos diversos atores, que incorporam interesses diversos e racionalidades distintas. É este enriquecimento recíproco e este compósito transcultural – vertido, *v. g.*, em realidades como o *global judicial dialogue* (cf., *infra*, Parte III, 3.2.) – à luz de um farol comum (a dignidade humana) que fundamenta e justifica a universalidade dos direitos, traduzidos num complexo normativo (não necessariamente positivado pela *potestas*), numa rede dinâmica e multiconectada, que entretece

Direito», o Direito só se assume enquanto tal quando “orientado para atingir determinadas finalidades relacionadas com a existência humana”, finalidades cuja satisfação exprime o carácter axiológico ou valorativo do ordenamento jurídico.

⁴³² BOHMAN, *Democracy...*, cit., p. 116.

⁴³³ BARAK, *Human Dignity...*, cit., p. 7.

⁴³⁴ Cf., sobre esta questão, FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 569.

Além disso, não persistem dúvidas de que, nos tempos hodiernos, os direitos abrangem questões muito mais amplas que a proteção dos indivíduos face a atitudes agressivas do Estado de que são nacionais (embora, naturalmente, também não descurem a sua origem). Cf. também FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung...», cit., pp. 359 e 363.

as diversas sensibilidades civilizacionais; a universalização dos direitos fica, assim, colocada sob o teste do reconhecimento universal⁴³⁵.

O direito internacional encontra no problema do reconhecimento da *responsibility to protect* ou da possibilidade de uma intervenção num Estado terceiro com fundamento na violação de direitos humanos uma expressão da tensão entre um pretense imperialismo dos direitos humanos e a afirmação da existência de um mínimo axiológico comum. A *excepcionalidade* revestida pela ingerência por razões humanitárias⁴³⁶ demonstra que, impondo-se embora o respeito pelas especificidades culturais de cada povo (razão pela qual não se permite uma intervenção terceira em qualquer hipótese), existe um substrato axiológico-jurídico do qual todos comungam, que a doutrina vem designando (*improprio sensu*) como a *common morality* (próxima de um código ético universal)⁴³⁷ ou a *cosmopolitan political morality*⁴³⁸. Ora, ao cabo e ao resto, e sem prejuízo da necessidade da observância de um conjunto de requisitos de natureza procedimental (designadamente ao exercício da força no quadro das Nações Unidas⁴³⁹), esse denominador reconduz-se sempre à imperiosidade assumida pela proteção da dignidade humana, que autoriza o uso de todas as medidas (incluindo, como *ultima ratio*, a força) sempre

⁴³⁵ Em sentido próximo, v. CAROZZA, «My Friend...», cit., p. 1035 [referindo-se a uma *dynamic, inter-connected web of norms market by multiple intersections*, caracterizador do seu conceito de *ius commune* global dos direitos humanos ou *common law* dos direitos humanos (*Op. cit.*, *passim*, esp.^{te} pp. 1036 e ss.)] e pp. 1084 e s. (enfatizando que a universalização do *direito dos direitos* acaba por os sujeitar ao teste da internacionalização, cujo resultado desemboca numa articulação entre experiências normativas e culturais que, longe de pretender uma uniformidade, visa um reforço da protecção). A invocação conjugada da dignidade humana e da universalização possui, pela sua latitude, um pendor mais afirmativo-filosófico que operativo, destinando-se a acentuar a necessidade de que, em virtude do fundamento axiológico acentuado, todos os sujeitos (estaduais ou não estaduais) se encontram vinculados ao reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas; naturalmente, não vai aqui identificada a medida ou o *quomodo* do reconhecimento desses direitos. Salientando que a dignidade humana e a universalização determinam apenas a impossibilidade de negar a titularidade de direitos fundamentais às pessoas, cf. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2011, pp. 55 e ss..

⁴³⁶ Recordem-se os perigos que este instituto comporta e a que aludimos, *supra*, Parte I, 4.2..

⁴³⁷ Assim, NARDIN, «The Moral Basis of Humanitarian Intervention», in: LANG JR. (ed.), *Just Intervention*, Georgetown University Press, Washington, 2003, pp. 11 e ss., associando a *common morality* ao princípio kantiano do respeito e ao princípio da beneficência (no sentido etimológico de *benefacere*, fazer o bem), emergente quer do Levítico (Lev 19, 16-17), quer da Parábola do Bom Samaritano (Lc. 10, 25-37) (*Op. cit.*, pp. 18 e ss.). V. também NARDIN, «Ethical Traditions in International Affairs», in: NARDIN/MAPEL (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 9 e ss., salientando ainda que a diferença do sentido da mobilização da *common morality* na conduta individual, na ação pública (do Estado) e nas relações internacionais.

⁴³⁸ SCUCCIMARRA, «Proteggere...», cit., p. 353; o Autor alude inclusivamente ao cosmopolitismo dos direitos humanos como fundamento possível da *responsibility to protect*.

⁴³⁹ Trata-se de um requisito que suscita alguma controvérsia na doutrina jus-internacionalista: considere-se, v. g., a polémica em torno da legalidade da intervenção da NATO no Kosovo em 1999.

que este valor se encontre ameaçado (*hoc sensu*, na medida em que se revele necessária para a defesa da dignidade humana).

Não pretendemos ignorar, por fim, que, em situações mais complexas, não possa emergir alguma diferença entre as sensibilidades jurídicas⁴⁴⁰ nacionais – mesmo quando consideramos apenas sistemas jurídicos ocidentais⁴⁴¹ ou simplesmente europeus⁴⁴². A este propósito pode aludir-se a um «pluralismo racional interpretativo» (*vernünftiger interpretativer Pluralismus*)⁴⁴³, próprio da realização-interpretação dos direitos, que se sujeita à crítica e ao controlo, não apenas do povo de um Estado, mas de todas as pessoas: se a dignidade humana como *core value* dos direitos viabiliza a sua universalização, a respetiva concretização-realização pode variar, em termos de alcance, o mesmo sucedendo com o sentido da proteção. O que, todavia, não poderá ter como efeito (perverso, mas possível atentas as reações aos fenómenos migratórios que hoje se vivem) admitir o reconhecimento das diferenças para enfraquecer os direitos e utilizar o discurso da universalização para solidarizar os deveres (fundamentais)⁴⁴⁴.

É tendo em atenção estas particularidades que os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos não deixam de se revelar sensíveis à extrema importância da criação, no plano internacional, de normas com um mínimo de conteúdo dogmático, que constituam um denominador

⁴⁴⁰ Questão distinta respeita aos casos em que, mesmo quando os direitos fundamentais se encontram formal e autoritariamente consagrados em determinado sistema jurídico, a sua eficácia pode surgir perturbada por fatores oriundos da estrutura familiar, social ou cultural de determinado povo. Cf. também ORTEGA, «Global Citizenship...», cit., p. 258.

⁴⁴¹ Pense-se, *v. g.*, no conflito entre a proteção dos direitos fundamentais efetuada em França e nos Estados Unidos, no caso *Yahoo!*. Recorde-se que os tribunais franceses intimaram a *Yahoo!* norte-americana (uma entidade com sede nos Estados Unidos) e a *Yahoo!* francesa (uma sucursal da primeira) a adotarem todas as medidas necessárias para dissuadir ou tornar impossível, em França, o acesso, através do motor *Yahoo.com*, a sites de leilões que vendiam ícones ou lembranças associadas ao nazismo. Sem prejuízo do relevo que o caso encerra quanto a outras questões, interessa-nos, em especial, que um dos argumentos de defesa apresentados pela *Yahoo!* (americana) consistisse no facto de uma proibição daquele tipo pôr em causa a Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Sobre esta questão, *v.* BERMAN, «The Globalization of Jurisdiction», in: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2002, pp. 337 e ss., 516 e ss., e «Global Legal Pluralism», cit., pp. 1158 e s.. Como o Autor salienta, sobretudo neste último trabalho, o eventual problema da extensão da territorialidade das normas de tutela de direitos fundamentais verifica-se nos dois sentidos: a decisão dos tribunais franceses tem a pretensão de estender ao resto do mundo as suas conceções nacionais em matéria de reação contra o racismo; a aceitação da possibilidade de invocação da Primeira Emenda perante a jurisdição francesa produz igualmente o efeito de alastrar o âmbito das normas constitucionais norte-americanas.

⁴⁴² Na medida em que a defesa de uni(formi)dade cultural europeia ancorada numa «comunidade histórica» está longe de corresponder à realidade. *V.* as interpelantes reflexões de HANSCHMANN, «“A Community of History”: A Problematic Concept and its Usage in Constitutional Law and Community Law», in: *German Law Journal*, n.º 8, vol. 6, 2005, pp. 1129 e ss..

⁴⁴³ MICHELMAN, «Brauchen Menschenrechte...», cit., pp. 59, 61, 64.

⁴⁴⁴ Alertando para este perigo, *v.* APOSTOLI, «Il Consolidamento...», cit., pp. 27 e s..

comum para uma proteção global dos direitos, mas sem prejuízo do acolhimento de algumas especificidades nacionais. Assim, *v. g.*, a CDFUE remete a densificação do conteúdo de alguns dos direitos para os ordenamentos dos Estados-membros (cf., *v. g.*, artigos 3.º, n.º 2, 8.º, n.º 2, 10.º, n.º 2, 14.º, n.º 2, 16.º, 27.º, 28.º, 30.º, 34.º, 35.º). Por sua vez, a CEDH permite que as suas soluções sejam modeladas em função da introdução de conceitos como a segurança nacional ou segurança pública, a saúde e moral (públicas) que remetem para compreensões específicas de cada Estado (cf., *v. g.*, artigos 8.º, n.º 2, 9.º, n.º 2, 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 2). A saudável conjugação entre a universalidade e o pluralismo encontra, por fim, uma manifestação clara na coexistência e na dinâmica da Declaração Universal dos Direitos do Homem com a *Convenção da UNESCO sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*⁴⁴⁵: é que, como decorre do preâmbulo e do articulado desta última, a plena realização dos direitos e liberdades fundamentais (enfim... da dignidade humana) proclamados pela primeira (e por outros instrumentos internacionais) pressupõe e exige o reconhecimento da diversidade cultural, o qual, por sua vez, apenas se alcança (e terá como limites) o respeito por aqueles direitos e liberdades fundamentais⁴⁴⁶.

O reconhecimento de diferenças de concretização de direitos já foi também admitido, de forma paradigmática, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Omega*⁴⁴⁷. No contexto da apreciação das possibi-

⁴⁴⁵ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 10-A/2007, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 27-B/2007, e publicada em *Diário da República*, I Série, n.º 54, 16.03.2007, pp. 1640-(2) e ss..

Naturalmente, os objetivos da Convenção revelam-se bem mais ambiciosos que a afirmação da diversidade como princípio, possuindo evidentes impactos no âmbito do comércio internacional e das economias dos países em desenvolvimento, bem como na importância da salvaguarda da respetiva herança cultural (fator de desenvolvimento não apenas económico, mas também social). Para uma consideração global sobre a génese e a relevância desta Convenção, cf., *v. g.*, SCHORLEMER, «Introduction», in: SCHORLEMER/STOLL (eds.), *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012, pp. 1 e ss..

⁴⁴⁶ Trata-se, *mutatis mutandis*, de uma dinâmica também presente no Conselho da Europa. Regista-se, aliás, a posição ativa no seio desta organização (e, por conseguinte, para além dos instrumentos disponíveis no quadro da CEDH) no sentido da tutela da multiculturalidade: considerem-se, *v. g.*, a *Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais* (aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2001, ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 33/2001, e publicada em *Diário da República*, I Série-A, n.º 145, 25.06.2001, pp. 3758 e ss.) ou a *Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias* (que Portugal ainda não ratificou, mas cujo texto se encontra disponível em <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/rms/0900001680695175>).

⁴⁴⁷ Acórdão «Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn», de 14.10.2004, P. C-36/02. Este aresto reporta-se a um reenvio prejudicial apresentado pelo *Bundesverwaltungsgericht*, que interrogava sobre a compatibilidade com o direito europeu (mais especificamente, com a liberdade de circulação de mercadorias e a liberdade de circulação de serviços) da interpretação de uma norma do direito alemão que apontava no sentido de se considerar contrária à ordem pública, por violação da dignidade humana, a exploração

lidades de restrição nacional à livre prestação de serviços com fundamento em razões de ordem pública e reconhecendo, na senda de jurisprudência anterior, que estas podem variar de país para país, o Tribunal começa por acentuar que a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana se impõem à União e aos Estados-Membros, por constituírem parte integrante dos “princípios gerais de direito” cuja observância lhe compete garantir (cf., *infra*, Parte III, 3.3.). Todavia, não deixa de salientar que as modalidades de proteção de um direito fundamental não têm de ser partilhadas por todos os Estados-Membros⁴⁴⁸.

A mesma sensibilidade perante as especificidades nacionais tem revelado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: no sobejamente conhecido caso *Handyside*⁴⁴⁹, e perante a possibilidade (prevista no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) de a liberdade de expressão sofrer restrições que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a defesa da moral, a Corte de Estrasburgo: assinalou que, à luz de uma ideia de subsidiariedade, os Estados se encontram em melhores condições para assegurar o gozo dos direitos consagrados na Convenção; acentuou que

comercial de jogos de simulação de homicídio (a concreta formulação da questão prejudicial consta do § 17 do Acórdão). A posição fundamental do Tribunal de Justiça encontra-se vertida nos §§ 31 e seguintes, esp.^{te} § 37.

Sobre este Acórdão, v. FRENCH, «Menschenwürde und Dienstleistungsfreiheit» in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 1, 2005, pp. (esp.^{te} pp. 49 e s.): o Autor enfatiza a dupla face da posição assumida por este Acórdão que, por um lado, mobiliza a dignidade humana como princípio geral de direito da União Europeia (e não à luz de uma norma constitucional nacional), e, como tal, sujeita-a à ponderação do princípio da proporcionalidade, e, por outro lado, abre espaço para que os Estados-membros possam conformar o sentido daquele valor.

⁴⁴⁸ Tal como, em momento anterior, e igualmente no contexto da apreciação das limitações à liberdade de prestação de serviços, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que a proteção da ordem social pode atender às “particularidades sócio-culturais de cada Estado-membro” (cf. Acórdão «Her Majesty’s Customs and Excise/Gerhart Schindler e Jörg Schindler», de 24.03.1994, P. C-275/92, § 61).

Atente-se, porém, em que o TJUE fixa alguns limites à consideração das especificidades nacionais, de forma a assegurar a harmonia com o direito da União Europeia: por um lado, a invocação das razões de ordem pública só pode ocorrer em caso de “ameaça real ou suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade”; por outro lado, as medidas restritivas às liberdades adotadas com esse fundamento hão de respeitar o princípio da proporcionalidade (cf. a síntese operada pelo Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias/Grão-Ducado do Luxemburgo», de 19.06.2008, P. C-319/06, §§ 50 e seguinte).

⁴⁴⁹ Acórdão «Handyside/Reino Unido», de 07.12.1976, Rec. 5493/72, esp.^{te} §§ 48, 50, 52 e 57.

O caso respeitava à questão de saber se estaria o Reino Unido a violar a liberdade de expressão (artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) quando proibia a divulgação de artigos de conteúdo obsceno e, em concreto, na medida em que condenava jurisdicionalmente um editor pela publicação de um livro considerado obsceno (a sentença previa, além do pagamento das despesas judiciais, a imposição de uma pena de multa e o confisco, dirigido à destruição, de todos os exemplares impressos). Repare-se que, sob a nossa perspectiva interessada, um dos argumentos esgrimidos contra o Reino Unido consistia no facto de o livro em causa (uma tradução inglesa de uma obra dinamarquesa) se encontrar livremente em circulação na Dinamarca e em outros Estados membros do Conselho da Europa.

o controlo efetuado deve considerar aspetos do direito interno; e acabou por conferir relevo às conceções éticas e educativas de determinado Estado, na medida em que a doutrina da *margem nacional de apreciação* (cf., *infra*, Parte III, 4.3.) permite reconhecer a existência de diversos modos de conceber as exigências de proteção da moral numa sociedade democrática⁴⁵⁰.

É com este sentido que vêm proliferando as correntes do designado *legal pluralism*⁴⁵¹ ou, mais estritamente, do *constitutional pluralism*⁴⁵² – com todas as consequências que tal implica para a compreensão da multipolaridade das relações, quer sob a ótica da convivência, num mundo de «espaços jurídicos híbridos», entre ordens normativas (não necessariamente assentes na soberania estadual), quer no plano da perceção da existência de outros sujeitos (para além dos Estados e outros sujeitos tradicionais de direito internacional) capazes de conformar o discurso constitucional, em geral, e o discurso e a experiência dos direitos fundamentais, em especial. Se o reconhecimento do pluralismo gera, pelo menos de uma perspetiva psicológica, alguma incerteza, só ele permite a consciência e o respeito pela diferença, bem como a abertura de novos trilhos para a resolução dos problemas jurídicos⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Tal como, mais tarde, haveria de reconhecer a possibilidade de organização de diferentes sistemas eleitorais (diretamente implicados no exercício do direito de sufrágio), emergentes da evolução histórica, da diversidade cultural e do pensamento político, pelo que cabe a cada Estado europeu (contratante) incorporar a sua própria visão da democracia. Cf. Acórdão «Hirst/Reino Unido (n.º 2)», de 06.10.2005, Rec. 74025/01, § 61.

⁴⁵¹ Cf., por todos, BERMAN, «Global Legal Pluralism», in: *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, pp. 1155 e ss.; a este Autor pertence a conceptualização da expressão «espaços jurídicos híbridos» (*hybrid legal spaces*) a que aludiremos, já a seguir, em texto (*Op. cit.*, p. 1159).

⁴⁵² WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», in: *The Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 317 e ss., esp.¹⁶ pp. 336 e ss..

⁴⁵³ Cf. também KENNEDY, «One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream», in: *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 31, 2007, pp. 641 e ss. (ainda que, como decorre do texto, não partilhemos da visão pessimista do Autor, que nega a possibilidade de a comunidade global partilhar uma dimensão axiológica comum).

PARTE III

Os Direitos Fundamentais entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global

Al cuore di tutto ciò sta, a nostro avviso, un messaggio fondamentale: il recupero della complessità dell'universo giuridico, con l'esigenza di rivedere nella sua essenza il rapporto fra società diritto Stato, di liberarlo da quella anchilosi storica rappresentata dal legalismo borghese; con l'emersione di un diritto che, accanto alla sua dimensione potestativa, recupera una basilare dimensione ordinativa⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ GROSSI, *Società...*, cit., p. 184.

A perspetivação dos direitos fundamentais como momentos axiológicos fundamentais do constitucionalismo – empreendida na Parte II – não pretende desligá-los da sua concreta dinâmica. As tendências no sentido da globalização e da pluralização, mas também do fortalecimento da dimensão normativa do direito (e dos direitos), exercem uma influência quanto ao *quis* e ao *quomodo* da sua realização. Na verdade, a evolução política, social e histórico-jurídica do final do século XX e do início do século XXI veio pôr em crise as concepções tradicionais, nomeadamente, a rígida separação entre o público e o privado (com reflexos na própria distinção entre direito público e direito privado), entre o Estado e a sociedade, bem como as próprias fronteiras estaduais, que serviam de critério de delimitação territorial dos poderes soberanos e mesmo da área de influência dos direitos constitucionalmente reconhecidos⁴⁵⁵.

Os atores dos direitos (em sentido etimológico, aqueles que agem ou atuam) não se restringem à esfera pública, mas refletem-se nas relações privadas, não se circunscrevem aos Estados nacionais, mas estendem-se à comunidade mundial. Todos os poderes públicos, todas as comunidades, todas as pessoas devem ser guardiães dos direitos fundamentais.

Por um lado, e no plano interno, o problema de saber a quem cabe a realização da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais não se pode dissociar da circunstância de a Lei Fundamental e, muito particularmente, o catálogo de direitos implicar a sua necessária penetração (direta ou indireta) em todos os aspetos da vida e, por conseguinte, nos vários ramos jurídico-dogmáticos, influenciando as decisões de todos os problemas de direito⁴⁵⁶ e de todos os decisores jurídicos. Esta asserção projeta-se ainda na circunstância de a proteção e o respeito pelos direitos fundamentais constituírem, no cenário publicístico, importantes fatores de legitimação do exercício dos poderes públicos, qualquer que seja a forma por eles assumida, e momento conformador da cidadania, enquanto elemento polarizador do indivíduo como ator da *polis*⁴⁵⁷, e representarem, na arena privada, o referente da dignidade da pessoa que cada um deve reconhecer a si próprio e ao outro.

Por outro lado, e na cena transnacional, continua a não ser despidiando aludir à proteção dos direitos fundamentais pelos Estados nacionais, sem descurar a responsabilidade da comunidade global. Talqualmente salientámos na Parte I, a crise do Estado não pretende determinar a sua abolição

⁴⁵⁵ FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 549.

⁴⁵⁶ Cf. também RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution...*, cit., p. 29.

⁴⁵⁷ Em sentido próximo, ORTEGA, «Global Citizenship...», cit., p. 252.

enquanto instituição, embora ponha em causa uma determinada compreensão do mesmo. Por esse motivo, e sem prejuízo de abordarmos, no final, o problema dos direitos fundamentais no contexto de uma comunidade global (que também surge como um dos “atores” dos direitos), não deixa de se revelar determinante que, não obstante os ímpetos da globalização, se continue a reconhecer a necessidade de dar espaço às especificidades de certos grupos sociais e de comunidades políticas – de que, aliás, a emergência do princípio da subsidiariedade constitui uma manifestação jurídica⁴⁵⁸.

1. O Estado: a renovação do compromisso jusfundamental dos poderes públicos

Que o Estado constitui o destinatário primeiro dos direitos fundamentais constitui hoje um truísmo, que apenas replicamos para salientar um aspeto alternativo: diversamente da função pressuposta por aquela afirmação (que parece impor uma atitude passiva de respeito – tal como, aliás, decorria da natureza inicialmente negativa assinalada aos direitos, que valiam *contra* o Estado), hoje os direitos fundamentais exigem aos poderes públicos uma atitude positiva e, sobretudo, ativa de realização (ou, na terminologia anglo-saxónica, um *enforcement*). Eis-nos perante uma compreensão que se poderá sintetizar na dupla vinculação que os direitos exercem sobre o Estado (*lato sensu*): de uma banda, uma vinculação negativa, a demandar a observância dos direitos fundamentais e a implicar a proibição de atuações que com eles sejam incompatíveis; e, de outra banda, uma vinculação positiva, a exigir a sua promoção ou efetivação, e que concebe o Estado como um *agente* ou *ator*⁴⁵⁹.

A referência, no contexto em análise, à vinculação *do Estado* pelos direitos pressupõe alguns esclarecimentos complementares. Desde logo, a realização dos direitos fundamentais constitui tarefa de todos os poderes públicos, independentemente da função que desempenhem. É que a mera consagração positiva (jurídico-constitucional, mas também jurídico-internacional) dos direitos – embora relevante, como acentuámos – não dispensa, pela sua abertura e generalidade, a mediação do legislador, da Administração e do juiz. Não se ignora que o relevo assumido (em especial, nos últimos tempos) pelas

⁴⁵⁸ Cf. ORTEGA, «Global Citizenship...», cit., p. 256.

⁴⁵⁹ Sobre a propriedade da metáfora do Estado como *ator*, v. DEHNHARD, *Dimensionen...*, cit., pp. 96 e ss..

decisões do Tribunal Constitucional em matéria de direitos fundamentais poderá levar-nos a questionar se não estaremos a caminhar para a atribuição àquele Tribunal de um monopólio na fixação do significado das normas constitucionais (especificamente, aquelas relacionadas com os direitos). Em última análise, estar-se-ia a transmutar a respetiva jurisprudência na fonte de direito dotada de hierarquia mais elevada, exigindo uma mudança de paradigma⁴⁶⁰.

Sem que obliteremos a importância assumida, neste horizonte, pela jurisprudência constitucional – à qual dedicaremos o quinhão proporcionalmente mais significativo desta Parte III (cf., *infra*, 1.3.) –, e não obstante o entendimento tradicional de que a tutela dos direitos fundamentais passa, com frequência, pela análise das decisões jurisdicionais nesta matéria (avaliando o seu carácter conservador ou liberal, ou a sua índole mais ou menos ativista), importa ter em atenção que a questão do desenvolvimento e da proteção dos direitos envolve outros atores públicos, que não apenas os tribunais⁴⁶¹. Na verdade, se a realização jusfundamental compreende ponderações de natureza jurídico-normativa a efetuar pelo juiz, também depende do funcionamento de uma matriz complexa e multidisciplinar que concilia aspetos atinentes às políticas públicas, à economia ou à ciência política, próprios do exercício dos demais poderes estaduais⁴⁶².

Por outras palavras, o reconhecimento da ineliminável dimensão reconstituente que assiste às decisões dos tribunais no quadro da interpretação da Lei Fundamental e da fiscalização da constitucionalidade não pode

⁴⁶⁰ Cf., por todos, RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution...*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 31 e ss.. Como acentua o Autor, esta perspetiva tem raízes na história do Direito Constitucional e encontra respaldo, compreensivelmente, no direito norte-americano, um sistema de *common law*, berço da *Judicial Review*. É neste horizonte que surgem as célebres afirmações (associadas à adoção de uma postura própria do ativismo judicial) do *Chief Justice* Oliver Wendell HOLMES “[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” («The Path of the Law», in: *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 461]) ou, partindo já da ótica do controlo da constitucionalidade, do *Chief Justice* Charles Evans HUGHES, para quem não só as leis, mas também a Constituição têm o significado que a *Supreme Court* lhes conferir “[t]he labors of the Supreme Court in applying general clauses of an undefined content are not limited to the duty of giving effect to the Constitution. The Court is the final interpreter of the acts of Congress. Statutes come to the judicial test not simply of constitutional validity but with respect to their true import, and a federal statute finally means what the Court says it means” (*The Supreme Court of the United States*, 7.^a reimpr., Columbia University Press, New York/London, 1966, pp. 229 e s.) e, ainda mais expressivamente quanto ao sentido da Constituição, “[w]e are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution” («Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907», in: *Addresses and Papers 1906-1908*, G. P. Putnam’s Sons/The Knickerbocker Press, New York/London, 1908, p. 139)].

⁴⁶¹ Não ignoramos que a questão essencial pode ir mais além, reconduzindo-se à interferência dos tribunais na mutação de sentido (ou mesma numa verdadeira alteração) das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais. Sobre este problema, RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution...*, cit., pp. 109 e ss., refletindo sobre casos da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. V. também HÄBERLE, «La Jurisdicción Constitucional en la Actual Etapa Evolutiva del Estado Constitucional», in: *Pensamiento Constitucional*, n.º 10, ano X, 2004, p. 34, referindo-se embora à Constituição.

⁴⁶² HIRSCHL, «From Comparative Constitutional Law...», cit., p. 9.

nunca significar o sufrágio do monopólio no acesso ao direito, em geral, e à Constituição, em especial, por parte de quaisquer órgãos do Estado (em especial, pelos magistrados)⁴⁶³, contra os quais se rebelava Barbosa de Melo⁴⁶⁴, mas, pelo contrário, a defesa, com este nosso Professor, da inexistência de «oráculos da coisa jurídica» (cumprindo a todos a «função jurídica»), ou, com Häberle, de uma «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição» (que abrange, indubitavelmente, *todos* os órgãos que desempenham funções estaduais)⁴⁶⁵ – “um *pluralismo* de intérpretes, *aberto* e *racionalmente* crítico” que assoma com uma essencialidade premente no cenário atual da interconstitucionalidade⁴⁶⁶.

Os diversos “silêncios”⁴⁶⁷ (correspetivos da abertura normativa) contidos nas normas constitucionais, em geral, e nas normas relativas aos direitos fundamentais, em especial, não assumem todos o mesmo sentido: há dimensões cujo preenchimento cabe à realização político-legislativa, outras pertencerão à realização administrativa e outras ainda implicarão a realização jurisdicional, à luz de racionalidades também distintas, de índole estratégia e instrumental (nos primeiros dois casos), de natureza prático-normativa de fundamentação, no terceiro.

⁴⁶³ Aliás, e nas palavras de CASSESE («Il Sorriso del Gatto, Ovvero dei Metodi nello Studio del Diritto Pubblico», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, 2006, p. 597), “o direito não é monopólio dos juristas”.

⁴⁶⁴ V. Barbosa de MELO, *Sobre o Problema da Competência para Assentar*, polic., Coimbra, 1988, p. 7.

⁴⁶⁵ Trata-se do conhecido título da obra de HÄBERLE, «Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», in: *Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 155 e ss. (esp.ª pp. 160, 162, salientando o Autor que o juiz constitucional não está sozinho na tarefa de interpretação da Constituição – p. 172), mas sem defendermos todas as consequências dogmáticas que decorrem da posição do Autor. Sobre o «pluralismo de intérpretes», com alguma contenção, cf. também Gomes CANOTILHO, «Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125.º, 1992, pp. 35 e s..

⁴⁶⁶ Cf. Gomes CANOTILHO, “Brançosos”..., cit., p. 279.

⁴⁶⁷ Utilizando, numa aceção próxima, a expressão «silêncios da Constituição», v. LOUGHLIN, *The Silence of Constitution*, polic., s. l., 2017 (texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 13.01.2017); repare-se, porém, que a afirmação constante do texto procura superar a tricotomia estrita efetuada pelo Autor, que parece apontar no sentido de que a assunção de uma determinada perspectiva sobre os silêncios da constituição impede o reconhecimento de que as aberturas constitucionais (designadamente as proporcionadas pelos direitos fundamentais) se podem adequadamente compatibilizar com o princípio da separação (e interdependência) dos poderes: a questão reside, sim, no tipo de «silêncio» que está em causa. A locução «silêncios da Constituição» remonta já à obra de FOLEY (*The Silence of Constitutions: Gaps, “Abeyances” and Political Temperament in the Maintenance of Government*, Routledge, Oxon, 1989), no contexto da ultrapassagem da conceção redutora e meramente descritiva que distingue entre as constituições escritas e as constituições não escritas, considerando que, independentemente das situações, os textos constitucionais apresentam aberturas, indeterminações, ambiguidades ou suspensões (*abeyances*) propositadas, as quais se destinam precisamente a ser preenchidas e exploradas pelos poderes constituídos – aberturas essas que se revelam sobremaneira importantes nos períodos de crise constitucional.

Quando nos reportamos especificamente aos direitos fundamentais, importa considerar que a sua tutela não pressupõe apenas uma atitude dirigida a declarar (*ascertare*) a sua existência ou a ponderá-los (*bilanciare*), no contexto de uma racionalidade exclusivamente normativa, mas exige igualmente uma responsabilidade por decidir, dotada de uma ineliminável natureza política e estratégica⁴⁶⁸. Os poderes públicos afivelam a máscara de «atores» fiduciários, a quem se encontra confiada a tutela dos direitos e, através dela, a realização da justiça distributiva e da equidade intra- e intergeracional⁴⁶⁹. Por este motivo, as considerações subsequentes debruçar-se-ão sobre o sentido específico da realização dos direitos fundamentais, à luz dos atores estaduais, identificados pelas funções que cada um desempenha: o legislador, encarregado da realização jurídico-política; a Administração, a quem se encontra cometida a realização estratégica e normativa; e os tribunais, responsáveis pela realização jurisdicional (ou jurídico-normativa).

1.1. O legislador: a realização político-jurídica dos direitos fundamentais

A emissão de normas legais destinadas a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais constitui a primeira garantia jusfundamental, correspondendo, na terminologia cunhada por Ferrajoli⁴⁷⁰, à garantia constitucional positiva dos direitos, muitas vezes negligenciada ou mal compreendida.

Como é sabido, o âmbito da função legislativa compreende todas as matérias que, no juízo de oportunidade do legislador, se revelem essenciais ou fundamentais para a definição das políticas públicas. Por este motivo, a função legislativa surge associada à função política, enquanto realização político-legislativa de valores e interesses, na qual se inclui a formulação sobre os “juízos de valor sobre os interesses gerais da comunidade”⁴⁷¹, definindo as linhas de orientação e de ação da comunidade politicamente organizada (em suma, da *polis*); dir-se-á que o *indirizzo* político subjacente à emissão legislativa tem como pressuposto (pelo menos, lógico) a (pré-)definição dos problemas

⁴⁶⁸ V. também LUCIANI, «Costituzionalismo Irenico e Costituzionalismo Polemico», in: *Giurisprudenza Costituzionale*, n.º 2, vol. 52, 2006, ponto 5.

⁴⁶⁹ Cf. HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., pp. 225 e s..

⁴⁷⁰ FERRAJOLI, «Las Garantías...», cit., pp. 28 e ss..

⁴⁷¹ Jorge MIRANDA, «A Forma Legislativa» in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, p. 103.

a tratar e das respetivas soluções, assim como de padrões valorativos e de comportamento⁴⁷². Trata-se de uma conceção que se replica, com particular acuidade, quando em causa estão matérias como os direitos fundamentais, relativamente às quais a lei se deve assumir como “instrumento normativo de cumprimento de um plano constitucional”⁴⁷³, em estreita ligação com um determinado programa de conformação político-social, talqualmente surge pressuposto pelo princípio democrático.

Mas esta perceção não pode, igualmente, ser absolutizada: se a associação entre política e legislação permite olhar para o problema da realização dos direitos sob a ótica da concretização de um certo projeto político, a verdade é que, concebendo-se os direitos como a dimensão especificamente jurídica da Constituição, a tarefa por estes exigida há de surgir dotada de uma ineliminável dimensão jurídica. Trata-se, pois, como decorre da epígrafe deste ponto, de uma *realização político-jurídica* dos direitos fundamentais. Apenas a conjugação destas duas dimensões viabiliza uma adequada compreensão do sentido da dimensão político-legislativa (associada ao princípio democrático e, dentro deste, ao princípio da maioria), à qual preside uma racionalidade de índole estratégica, e da sua necessária vinculação pelos valores jurídico-constitucionais e, por conseguinte, do respeito pelo direito.

Nesta ordem de ideias, as circunstâncias atuais – estigmatizadas, como já sublinhámos, pelas incertezas e pelas crises – demandam que a realização jurídico-política dos direitos não possa (nem deva!) passar exclusivamente pelo cumprimento de um programa político-partidário de determinada maioria eleitoral. Na verdade, exige-se que o legislador professe um juízo axiologicamente comprometido com a tutela da dignidade humana (das gerações presentes e das gerações futuras), mas realisticamente ancorado nos condicionamentos sociais, económicos e financeiros de uma sociedade concreta. Não se ignora, naturalmente, que as diferentes características dos direitos fundamentais – em especial, da sua determinabilidade (ou não) ao nível constitucional –, se hão de refletir na sua realização político-legislativa: sem prejuízo das necessárias vinculações jurídicas (decorrentes, em especial, da observância dos princípios), a liberdade de conformação do legislador assume contornos muito mais amplos quando estão em causa direitos sociais, do que nas hipóteses concernentes aos direitos, liberdades e garantias. Destarte, é também em matéria de concretização dos direitos sociais (ou, se preferirmos,

⁴⁷² Cf. também DEHNHARD, *Dimensionen...*, cit., p. 171.

⁴⁷³ A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», in: Paulo OTERO (coord.), *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. III, tomo 1.º, Almedina, Coimbra, 2008, p. 87.

de concretização das dimensões positivas ou prestacionais dos direitos) que os problemas de realização legislativa dos direitos fundamentais surgem com mais acuidade, num cenário caracterizado pela dogmática da escassez.

Não surpreenderá, pois, que, neste contexto, marcado pela “pobreza como facto coletivo”⁴⁷⁴, a realização dos direitos fundamentais (e, entre eles, dos direitos sociais) constitua uma das dimensões associadas ao princípio da sustentabilidade, enquanto princípio conformador da ordem jurídico-constitucional, na sua dimensão de dever de ação⁴⁷⁵.

Estamos diante de um conceito que não constitui apenas uma «palavra da moda», mas antes um «programa complexo»⁴⁷⁶, empresta um sentido renovado à própria noção de desenvolvimento, e não se pode dissociar da dignidade humana, enquanto “*princípio regulativo* primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de validade das respectivas normas”⁴⁷⁷. A promoção da dignidade humana – enquanto princípio fundante da República Portuguesa e com capacidade para gerar o cumprimento de obrigações constitucionalmente impostas aos poderes públicos e, em especial, ao legislador – está, pois, incindivelmente ligada quer aos direitos, liberdades e garantias, quer aos direitos económicos, sociais e culturais. Por sua vez, o cumprimento das obrigações impostas pela sustentabilidade social, enquanto dimensão insita ao princípio da dignidade humana, concretiza-se quer através de instrumentos jurídicos (em especial, emissão de atos legislativos), quer através de prestações materiais.

Uma projeção imediata desta ideia consiste na consideração de que a operacionalização de todos os direitos (incluindo os direitos sociais⁴⁷⁸) constitui uma *obrigação* constitucional do Estado, e, desde logo, do (Estado-)legislador – em total consonância com o entendimento segundo o qual as normas relativas aos direitos sociais, além de desempenharem importantes funções de equilíbrio e de integração⁴⁷⁹, assumem um carácter preceptivo, constituindo imposições legiferantes, conferindo posições jurídicas subjetivas aos seus titulares e estabelecendo garantias institucionais⁴⁸⁰. Recorde-se, a este propósito,

⁴⁷⁴ CASADEI, *I Diritti...*, cit., p. 11.

⁴⁷⁵ Cf. João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., p. 128.

⁴⁷⁶ KAHL, «Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff», in: KAHL (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*; Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 32.

⁴⁷⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/90, de 29 de março, § 8.

⁴⁷⁸ Assim, v. g., o Tribunal Constitucional extrai da alínea d) do artigo 9.º da CRP o dever do Estado de promover a efetivação de *todos* os direitos sociais: cf. Acórdão n.º 590/2004, de 6 de outubro, in: *Diário da República*, II série, n.º 283, 03.12.2004, pp. 18129 e ss., § II-A.

⁴⁷⁹ CASADEI, *I Diritti...*, cit., p. 40.

⁴⁸⁰ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 363.

o expressivo artigo 3.º da *Costituzione* italiana, quando não só afirma que “todos os cidadãos têm a mesma *dignidade social*”, como também acrescenta que “compete à República remover os obstáculos de ordem económica e social que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País”.

Neste sentido, e por um lado, dever-se-á entender que cabe ao legislador o encargo de, em cada momento histórico, concretizar as exigências de princípios abertos, como sucede, desde logo, com o princípio da dignidade humana – razão pela qual apenas se poderão reputar de inconstitucionais medidas que impliquem “uma real inequívoca incompatibilidade (...) com o princípio” e representem, como tal, uma subversão da “matriz axiológica constitucional”⁴⁸¹. Por outro lado, e perante algumas dúvidas que ainda subsistiam, recusa-se hoje a ideia de que só a ausência de legislação que garanta a efetivação de direitos, liberdades e garantias poderia configurar uma omissão inconstitucional para efeitos do artigo 283.º; pelo contrário, também as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais permitem fundar a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão, desde que em causa esteja uma ordem de legislar ou uma imposição legiferante⁴⁸². Finalmente, e a partir do momento em que defendemos (cf., *infra*, 2.) a importância e, sobretudo, a imprescindibilidade da realização dos direitos pela sociedade, a intervenção e a intensidade da intervenção do Estado deve ficar condicionada a uma verdadeira necessidade, aferida em função de uma «carência de protecção estadual» – a implicar que nem todos beneficiarão das prestações sociais ou beneficiarão delas em termos de igualdade formal⁴⁸³.

A consideração de que a concretização legislativa de direitos sociais pode representar uma obrigação constitucional permite dar um passo em frente, e questionar se tal implica necessariamente a afirmação de um princípio da *proibição do retrocesso social*. Historicamente (e no regresso a um passado não muito longínquo), uma das tentações consistia em negar o reconhecimento dos mais elementares direitos das pessoas com fundamento na imperiosidade

⁴⁸¹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/90, de 29 de março § 8.

⁴⁸² Assim sucedeu, *v. g.*, no Acórdão n.º 474/2002, de 19 de novembro, em que o Tribunal Constitucional deu por verificada a inconstitucionalidade por omissão parcial, em virtude de o legislador não ter concretizado o direito à assistência material no desemprego involuntário [contemplado na alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º da CRP] relativamente a todos os trabalhadores, excluindo a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública.

⁴⁸³ Vieira de ANDRADE, «O Papel...», cit., pp. 34 e s. (o conceito de «carência de protecção estadual» está presente na p. 34).

revestida pela satisfação das necessidades básicas, a qual captaria os recursos disponíveis⁴⁸⁴. Nos tempos hodiernos, urge, diversamente, indagar se não nos estaremos a inclinar para o polo oposto e, por conseguinte, se se revela legítimo impedir uma retração no grau de concretização já alcançado dos direitos sociais ou, pelo menos, inviabilizar a supressão ou ab-rogação do direito derivado a prestações⁴⁸⁵ ou do núcleo essencial desses direitos que se encontra, em determinado momento, realizado⁴⁸⁶. Trata-se de uma questão que tem ocupado a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência constitucional portuguesas.

Numa fase da sua jurisprudência, o Tribunal Constitucional enfatizava ainda 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 constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”⁴⁸⁷.

A esta ideia contrapõe-se hoje a defesa, com Vieira de Andrade⁴⁸⁸, de uma garantia de estabilidade, que oscila entre um grau mínimo (correspondente à proibição da eliminação das realizações dos direitos sociais que ponham em causa a dignidade humana) e máximo (quando as concretizações dos direitos sociais acabam por assumir uma dignidade materialmente constitucional), aliada à consideração de que não podem as alterações legislativas em matéria de direitos sociais traduzir-se na reposição de uma situação de inconstitucionalidade por omissão⁴⁸⁹. Assim, por si só, a eliminação de um

⁴⁸⁴ Cf., v. g., RODOTÁ, *La Vita...*, cit., p. 34.

⁴⁸⁵ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 494.

⁴⁸⁶ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 339 e s..

⁴⁸⁷ Acórdão n.º 39/84, de 11 de abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 3.º, 1994, pp. 95 e ss., § 2.3.3..

⁴⁸⁸ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 378.

⁴⁸⁹ V. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 367, n. 31; Jorge MIRANDA, «Os Novos Paradigmas do Estado Social», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano IX, 2012, p. 195, e *Manual...*, tomo IV, cit., p. 494 (considerando que o princípio impede a abrogação das normas legais que, em concretização com as normas constitucionais, formam um sistema, nos termos de uma máxima composta por duas proposições: “1.º Só é obrigatório o que seja possível; 2.º mas tudo o que seja possível é obrigatório”). Cf. também Jorge Reis NOVAIS, «O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O Direito à Segurança Social», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, abril/junho 2005, p. 4 (ainda que não adiramos totalmente às conclusões do Autor).

Esta posição não se afigura muito distante da inicialmente avançada pelo Tribunal Constitucional, a propósito da revogação dos preceitos consagradores do Sistema Nacional de Saúde. Afirmava-se

complexo normativo não implica uma inconstitucionalidade, não detendo os cidadãos um direito à manutenção de um determinado regime legal ou à não frustração de expectativas – impor-se-á sempre a aferição da validade da norma em função de outros parâmetros jurídico-constitucionais (em especial, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos)⁴⁹⁰. Neste horizonte, exige-se, pois, um equilíbrio entre uma tentação dirigista do juiz constitucional e uma demasiado extensa deferência ao poder legislativo⁴⁹¹.

Mais do que obstar às alterações da concretização legislativa dos direitos sociais, o problema consiste hoje em equacionar quais os *limites da sustentabilidade no/do Estado social*. No direito português, a questão principiou por assumir uma feição *negativa* – correspondente a um “direito à não ablação do rendimento necessário ao mínimo de existência condigna”⁴⁹², apreciando-se se os cidadãos teriam direito a um mínimo, que não poderia ser posto em causa pelo Estado (desde logo, pelo Estado-legislador).

Para além desta vertente negativa, o Tribunal Constitucional equacionou o problema de saber se a concretização mínima daqueles direitos exigida pelo princípio da dignidade humana é suscetível de fundamentar uma pretensão *positiva* na esfera jurídica das pessoas, que tem como destinatário o Estado-legislador. É que o facto de *não ser atribuído* à pessoa (ou de *lhe ser subtraído*) “aquele indispensável *quantum* de ter (como condição de ser)” impede-a de

então: “que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção” (cf. Acórdão n.º 39/84, § 2.3.3.). Não se ignora a perigosidade desta formulação, pois que foi a partir dela que aquela Alta Jurisdição acabou por elaborar o princípio (mais restritivo para a liberdade de conformação legislativa) da proibição do retrocesso social – a que o citado aresto acaba por, em certa medida, aderir. Julgamos, porém, que da consideração segundo a qual se não podem alterar (e, sobretudo, eliminar) normas legislativas quando dessa eliminação resulte a reposição de uma inconstitucionalidade por omissão, não se pode deduzir um princípio de proibição do retrocesso social, nem uma destruição da autonomia legislativa ou da liberdade de conformação do legislador (cuja existência se impõe por força do princípio da separação de poderes). Veda-se tão-só que, quando a Constituição contenha uma obrigação de legislar ou uma imposição legiferante e o legislador a tenha cumprido, não possa um posterior ato legislativo pôr em causa (eliminando, sem substituir, por exemplo) a concretização constitucional já alcançada. Naturalmente, e como decorre do texto, não constituirá este o único parâmetro de controlo a mobilizar perante a fiscalização da constitucionalidade de normas que contendam com a matéria da socialidade (*maxime*, com os direitos sociais), as quais serão avaliadas em função dos princípios e normas jurídico-constitucionais pertinentes.

⁴⁹⁰ Acórdão n.º 287/90, cit..

⁴⁹¹ Recorde-se que uma das críticas avançadas contra a Justiça Constitucional residiu já na circunstância de as decisões jurisdicionais alinharem pelas forças políticas dominantes (sustentando esta tese, v. FUNSTON, «The Supreme Court and Critical Elections», in: *American Political Science Review*, n.º 3, vol. 69, setembro 1975, pp. 795 e ss., (esp.¹⁶ pp. 796, 800 e ss.).

⁴⁹² Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 374.

vir à “consciência do seu próprio *poder ser*”⁴⁹³. Uma das expressões paradigmáticas da conjugação entre dignidade humana e sustentabilidade social consiste na situação subjacente ao Acórdão n.º 509/2002, onde o Tribunal Constitucional se debruça sobre o sentido positivo da *garantia constitucional a um mínimo de (rectius, para uma*⁴⁹⁴) *existência condigna*. O Tribunal vê-se confrontado precisamente com o mencionado problema em avaliar se, a par de uma pretensão negativa dos cidadãos a não se verem privados do mínimo de existência, aquela garantia lhes confere também uma pretensão positiva a exigir do Estado uma ação no sentido de lhes assegurar aquele mínimo. Louvando-se nos antecedentes jurisprudenciais, aquela Alta Jurisdição responde que a consagração constitucional do direito à segurança social e da tarefa (a cargo do sistema de segurança social) de proteção em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho implica a afirmação de uma pretensão dos cidadãos a que lhe sejam asseguradas, pelo Estado, as condições (o “mínimo indispensável”) para uma existência condigna – em total consonância com as exigências de sentido do princípio da dignidade humana⁴⁹⁵.

Para lá deste mínimo indispensável, e como já aflorámos anteriormente (cf., *supra*, Parte II, 3.2.2.), a decisão sobre a concreta distribuição dos recursos escassos há de relevar da margem de conformação do poder político-legislativo. Quer dizer, embora a realização dos direitos fundamentais se encontre juridicamente limitada (em especial, pelos princípios normativos), existe (tem de existir!) uma margem para a formulação de juízos estratégicos de alocação de meios e, sobretudo, para ponderar a necessidade de alteração/reformulação de políticas públicas (com todas as implicações que envolve quanto à mudança de objetivos políticos, de instrumentos concretizadores da política e dos quadros institucionais de ação⁴⁹⁶). E se se trata ainda de respeitar a autonomia da função legislativa pressuposta pelo princípio da separação de poderes (a implicar, como reverso da medalha, uma autocontenção ou uma deferência jurisdicional nas áreas de discricionariedade legislativa), também

⁴⁹³ Castanheira NEVES, «A Revolução...», cit., p. 147, embora a outro propósito (que não o da densificação do mínimo para uma existência condigna).

⁴⁹⁴ Seguimos, pois, Vieira de ANDRADE, «O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, janeiro/março 2004, p. 29.

⁴⁹⁵ Cf. Acórdão 509/2002, esp.^{te} § 13.

⁴⁹⁶ Louvamo-nos, quanto à densificação do conceito de mudança de políticas públicas, em Gomes CANOTILHO, «A Crise...», cit., p. 1081.

está em causa (muito pragmaticamente) evitar a falência do Estado, incapaz de assegurar tudo a todos. É que, parafraseando Holmes e Sunstein⁴⁹⁷, “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”.

1.2. A Administração Pública: o *administrative constitutionalism* e a realização administrativa (estratégica e normativa) dos direitos fundamentais

O entendimento segundo o qual Administração deve ter *acesso direto à Constituição* exige que esta se compreenda como adequado intérprete das normas constitucionais, bem como da respetiva realização no caso concreto. Como ponto de partida das considerações a tecer, torna-se necessário assentar que, no modelo de realização do direito em concreto pelos órgãos administrativos, intervém quer uma intenção de normatividade (determinante, no âmbito de uma Administração Pública que atua tendo como pano de fundo a juridicidade no seu todo), quer a imprescindibilidade de prossecução do interesse público (que permite abrir as portas para juízos de oportunidade e solicita a mobilização de uma racionalidade estratégica)⁴⁹⁸.

A subordinação constitucional da atividade administrativa (o princípio da constitucionalidade da Administração) atinge a respetiva sublimação quando se considera que a perceção da Constituição como «lei maior» (*higher Law*) leva, de alguma forma, ínsita a ideia de que cabe àquela definir os fundamentos axiológicos-jurídicos em que repousa, em termos mais próximos ou mais longínquos, a ação da Administração Pública. Eis-nos diante de uma ideia que se reveste de particular importância no contexto da promoção dos direitos fundamentais.

O «constitucionalismo administrativo»⁴⁹⁹ constitui uma particular expressão do princípio da constitucionalidade da Administração, que, no seio da doutrina anglo-saxónica (em especial, norte-americana), defende o “acesso

⁴⁹⁷ HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., p. 94.

⁴⁹⁸ Cf., sobre esta questão, as considerações que avançámos em *A Recusa de Aplicação de Regulamentos Inválidos pela Administração: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 223 e ss., 595 e ss..

⁴⁹⁹ Sobre o constitucionalismo administrativo, v. também o nosso trabalho «O *Administrative Constitutionalism*: Resgatar a Constituição para a Administração Pública», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, *Studia Iuridica* 106, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 385 e ss., que recuperamos em parte.

direto” à Constituição pela Administração, cometendo a esta última responsabilidades ativas no que tange à interpretação e implementação dos princípios e imperativos constitucionais⁵⁰⁰. Trata-se de uma conceção que, visando sublinhar o radical democrático e a legitimação do poder administrativo⁵⁰¹ e intercedendo sobre as questões atinentes ao papel (aos papéis) desempenhado(s) pela Administração⁵⁰², toca a dinâmica das *relações entre poderes* (poder constituinte e poderes constituídos, e, dentro destes, poder legislativo, poder judicial e poder administrativo), das *relações entre «fontes de direito»* (Constituição e lei) mobilizadas pela Administração e das *relações entre ramos jurídico-dogmáticos* (Direito Constitucional e Direito Administrativo, tomado este em sentido estrito, como *ordinary administrative law*)⁵⁰³.

A interferência das normas constitucionais na vida administrativa decorre, desde logo, da existência de medidas necessárias para garantir a conformidade constitucional das atuações da Administração⁵⁰⁴. Ademais, a compatibilidade entre a ação administrativa e a Constituição pode ainda ser assegurada através da utilização, pela Administração, do cânone interpretativo designado como *constitutional avoidance* (ou, simplesmente, *avoidance canon*)⁵⁰⁵, desde

⁵⁰⁰ LEE («Race, Sex, and Rulemaking: Administrative Constitutionalism and the Workplace, 1960 to the Present», in: *Virginia Law Review*, vol. 96, 2010, pp. 801, 806 e s.) sugere justamente que o *punctum saliens* do *administrative constitutionalism* não reside na afirmação da subordinação administrativa à Constituição, funcionando esta como limite (negativo) da atuação da Administração, mas antes na autonomia da interpretação e da implementação administrativas da Constituição e no modo como estas duas tarefas se refletem na ideia do *government by Constitution*.

⁵⁰¹ Cf. FISHER/HARDING, «The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism: The Development of Frameworks for Applying the Precautionary Principle», in: FISHER/JONES/SCHOMBERG (eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospectives*, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006, p. 116. V. também FISHER, «Food Safety Crises as Crises in Administrative Constitutionalism», in: *Health Matrix – Journal of Law Medicine*, vol. 20, 2010, pp. 60 e s..

⁵⁰² Cf. FISHER, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, reimpr., Hart Publishing, Oxford/Portland, 2010, p. 37.

⁵⁰³ No contexto da reflexão sobre o sentido do *administrative constitutionalism*, FISHER (*Risk...*, cit., p. 26) refere-se ainda à “relação simbiótica entre o Direito Administrativo, a Administração Pública e os problemas que a Administração Pública coloca”.

⁵⁰⁴ Atente-se, paradigmaticamente, nas *Miranda rules*, que consistem nas quatro advertências a formular pelos órgãos policiais aquando da detenção de suspeitos. Tal designação remonta ao Acórdão «*Miranda v. Arizona*», de 13.06.1966 (in: *United States Reports*, vol. 384, 1966, pp. 436 e ss., esp.¹⁶ pp. 443 e s., 478 e ss.), onde o Tribunal, invocando a necessidade de uma conduta (constitucionalmente) exemplar por parte dos poderes públicos, chamou a atenção para a necessidade de fazer valer os direitos fundamentais perante atuações demasiado zelosas dos órgãos policiais, em total consonância com a vitalidade da Constituição. Importa, todavia, assinalar, a este propósito, que as designadas *Miranda rules*, embora formuladas pela *Supreme Court*, tinham na sua base práticas já seguidas pelo FBI (cf. a transcrição das perguntas dirigidas, pelo *Solicitor General*, ao Diretor do FBI e as respetivas respostas a pp. 484 e ss.).

⁵⁰⁵ Embora com origem em jurisprudência anterior, o *avoidance canon* aparece formulado com maior detenção na Declaração de Voto do Justice Brandeis (proferida no âmbito do Acórdão da *Supreme Court* «*Ashwander v. Tennessee Valley Authority*», de 17.02.1936, in: *United States Reports*, vol. 297, 1936, pp. 346 e s.), que o sintetiza em sete proposições: (i) o Tribunal não se pronunciará

logo, no plano que leva as autoridades administrativas a dar um “segundo olhar” (*second-look rule*) às normas e a “evitar” interpretações da *statute law* que impliquem a adoção de atuações vulneradoras de normas e princípios constitucionais⁵⁰⁶. Neste sentido, a doutrina em análise leva ínsita a autonomia interpretativa das autoridades administrativas relativamente à Constituição,

sobre a constitucionalidade de uma lei em processos onde não exista um verdadeiro conflito entre as partes; (ii) o Tribunal não antecipará qualquer questão de constitucionalidade, antes de apreciar a necessidade de a decidir; (iii) o Tribunal não formulará uma regra constitucional mais ampla que a requerida para a decisão do caso concreto; (iv) o Tribunal não se pronunciará sobre a questão de constitucionalidade suscitada, se for possível decidir o caso com outro fundamento; (v) o Tribunal não se pronunciará sobre a validade de uma norma que não ofende a esfera jurídica daquele que invoca a inconstitucionalidade; (vi) o Tribunal não se pronunciará sobre a constitucionalidade de uma norma antes de verificar quais os benefícios ou as vantagens que a sua decisão produz no caso concreto; (vii) quando for suscitada a questão da validade de uma norma (constante de um ato do Congresso), e ainda que existam sérias dúvidas sobre a respetiva constitucionalidade, o Tribunal averiguará antes se não é possível efetuar uma «construção da norma» (em suma, uma interpretação da norma) que evite a inconstitucionalidade.

Sobre os complexos raciocínios emergentes da utilização deste cânone, cf. VITARELLI, «Constitutional Avoidance Step Zero», in: *The Yale Law Journal*, vol. 119, 2010, pp. 837 e ss.. Em geral, sobre a *constitutional avoidance doctrine*, cf. as sínteses de JELLUM, *Mastering Statutory Interpretation*, 2.ª ed., Carolina Academic Press, Durham, 2013, pp. 77 e ss., 235 e ss. (em termos de sistematização interpretativa, a Autora localiza esta doutrina no momento da avaliação dos motivos para evitar, dentro dos sentidos possíveis da letra do *statutory instrument*, o mais corrente, preferindo-lhe outro – cf. também *Op. cit.*, p. 259), e de RODGERS, *United States Constitutional Law: An Introduction*, McFarland, Jefferson, 2011, p. 93. Perspetivando a utilização da *constitutional avoidance* quer no plano do poder judicial, quer ao nível da Administração, cf. MORRISON, «Constitutional Avoidance in the Executive Branch», in: *Columbia Law Review*, vol. 106, 2006, pp. 1189 e ss., em especial, pp. 1202 e ss., e 1217 e ss., respetivamente. A mobilização do *avoidance canon* situa-se no contexto (mais amplo) da “fuga” (sobretudo, jurisdicional) às questões constitucionais na decisão dos casos concretos – alvo de críticas já no direito norte-americano: v. GOELZHAUSER, «Avoiding Constitutional Cases», in: *American Politics Research*, n.º 3, vol. 39, 2011, pp. 483 e ss..

⁵⁰⁶ Atente-se, v. g., na situação subjacente ao Acórdão «Zadvyvas v. Davis», de 28.06.2001 (in: *United States Reports*, vol. 533, 2001, pp. 678 e ss.). Em causa estava a detenção de um cidadão estrangeiro (Kestutis Zadvydas) – filho de pais lituanos, nascido num campo de deslocados alemão e casado com uma cidadã da República Dominicana – a aguardar deportação (desde 1994); uma vez que, por diversos motivos, nem a Lituânia, nem a Alemanha, nem a República Dominicana aceitaram a deportação de Zadvyvas para os respetivos territórios nacionais, o Governo manteve-o detido para além do prazo de noventa dias contemplado pelo legislador e, com toda a probabilidade, assim ficaria indefinidamente. Em situação idêntica se encontrava Kim Ho Ma (detido deste 1998), cidadão do Camboja (cujo processo foi decidido em apenso ao anterior). A questão de constitucionalidade reside na interpretação da lei (*Post-removal-period detention statute*), na parte em que prevê que, após o decurso daquele prazo, o Governo pode (*may*) continuar a deter um estrangeiro que se mantenha em território estadunidense ou libertá-lo sob vigilância. Invocando o cânone da *constitutional avoidance* (pp. 689 e s.), a *Supreme Court* entendeu que aquela disposição, embora admitisse a detenção dos cidadãos estrangeiros para lá dos noventa dias, não permitia uma detenção por um período indefinido; ao não interpretar desta forma a *Post-removal-period detention statute*, o Governo violou a Constituição (designadamente a *Due Process Clause*). Relativamente ao argumento de que o Congresso tem plenos poderes (*plenary power*) para emanar a legislação atinente à imigração e que o Executivo tem uma margem ampla de decisão nesta matéria, o Tribunal acentua que tais poderes se encontram sempre constitucionalmente limitados (p. 695). Destarte, a ambiguidade inerente ao vocábulo *may* não deveria ter sido interpretada no sentido de conceder às autoridades administrativas competentes uma discricionariedade ilimitada (p. 697), mas antes, de molde a evitar uma ameaça constitucional, com o significado de que, a partir do momento em que a deportação deixa de se afigurar razoavelmente previsível, a detenção passa a não estar autorizada (p. 699).

ou, na fórmula expressiva de Sunstein, “o poder do executivo para dizer o direito”⁵⁰⁷.

O momento mais relevante desta posição dogmática respeita à *constitutional implementation* – e numa das dimensões desta «implementação constitucional» reside o cerne do movimento em análise. Em primeira linha, este desiderato revela-se alcançável com o necessário respeito que as medidas administrativas devem ter pela Constituição. Nesta aceção, sublinha-se que as entidades administrativas estão numa posição privilegiada (face aos tribunais) para, dentro do espaço de discricionariedade (normativo-regulamentar ou decisória) que lhes for conferido, adotar as soluções que evitem a violação de normas e princípios constitucionais; efetivamente, ao contrário do que sucede com os tribunais – vinculados à fiscalização da constitucionalidade de um ato já emanado –, a Administração encontra-se na posição de, *ex ante*, ao escolher as soluções, evitar a ofensa da Constituição⁵⁰⁸. Para os tribunais, e *a posteriori*, tratar-se-á apenas de apreciar se as medidas em causa se revelam (ou não) constitucionalmente adequadas, tarefa que se encontra facilitada em virtude de as exigências constitucionais colocadas à atividade administrativa se encontrarem já assumidas e densificadas pelo legislador, transformando o designado *ordinary administrative law* em veículo dos valores constitucionais.

Todavia, e chegamos agora à segunda dimensão da *constitutional implementation*, mais do que um dever de respeitar a Constituição, na aceção *negativa* de impedir a violação de normas constitucionais, o *administrative constitutionalism* exige uma postura *positiva* e, sobretudo, *ativa* no dever de ter em conta a Constituição no exercício da sua atividade, ou, se se preferir, no dever de implementar as opções constitucionais (*constitutional enforcement*)⁵⁰⁹. A esta perspetiva não é estranha a conceção (que vimos defendendo⁵¹⁰) da função administrativa como *realização do interesse público no quadro do direito*; ora, a tarefa de realização do direito também atribuída aos órgãos administrativos permite enfatizar que “a função administrativa, não menos

⁵⁰⁷ SUNSTEIN, «Beyond *Marbury*: The Executive’s Power to Say What the Law Is», in: *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 2580 e ss..

⁵⁰⁸ Cf. METZGER, «Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law», in: *Columbia Law Review*, vol. 110, 2010, pp. 527 e s..

⁵⁰⁹ Cf. MORRISON, «Constitutional Avoidance...», cit., pp. 1226 e s., concebendo certas utilizações do cânone da *constitutional avoidance* como mecanismos para implementar normas e valores constitucionais e, inclusivamente, como uma forma de controlo da constitucionalidade de atos do Congresso. V. também METZGER, «Ordinary Administrative Law...», cit., pp. 497 e 524.

⁵¹⁰ Cf. *A Recusa...*, cit., pp. 223 e s., e «A Discricionariedade Administrativa: Reflexões a Partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa», in: *O Direito*, n.º III, ano 144.º, 2012, pp. 602 e ss..

que a função judicial, [é] uma função jurídica de execução ou aplicação da lei, ou, mais ampla e correctamente, de realização do direito”⁵¹¹.

A um primeiro nível, o *constitutional enforcement* pode resultar da adoção de mecanismos intra-administrativos de autocontrolo (decorrentes da organização interna de uma entidade ou da emanação de normas regulamentares) que, orientando o exercício da discricionariedade, (auto)vinculem a Administração a agir de forma constitucionalmente comprometida⁵¹². Num plano mais aprofundado, e sem deixar de acentuar o imediato relevo que esta conceção reveste no contexto da concretização de políticas públicas, a doutrina norte-americana chega a encará-la sob a ótica da Administração como defensora da Constituição⁵¹³, sublinhando que, em comparação com os tribunais, aquela se encontra em condições muito mais favoráveis para tutelar os valores constitucionais: com efeito, assumindo uma postura proativa na definição de políticas, as entidades administrativas, sobretudo estas são autoridades reguladoras independentes, assumem-se como primeiras instâncias do controlo (da aplicação) daquela regulação, podendo ponderar (*to balance*) opções políticas diversas (ponderação que, naturalmente, escapa ao poder judicial), e devendo escolher aquela que melhor satisfaça os valores constitucionais em presença, sem que, por sua vez, tal signifique o afastamento das disposições legislativas sobre a matéria.

O sentido proativo da vinculação administrativa pela Constituição, em geral, e pelos direitos fundamentais, em particular, torna-se particularmente importante no contexto da assunção de novas tarefas públicas. Na verdade, à responsabilização da Administração pelo desempenho de tarefas cada vez

⁵¹¹ Castanheira NEVES, «O Problema da Discricionariedade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 551.

⁵¹² BARKOW («Institutional Design and the Policing of Prosecutors: Lessons from Administrative Law», in: *Stanford Law Review*, vol. 61, 2009, pp. 888 e ss.) aponta como exemplo as condições do exercício do poder sancionatório pelas agências, e do modo como as mesmas procuram concretizar o princípio da imparcialidade e a *due process clause*, numa perspetiva concomitantemente organizatória e normativa. A importância da *internal law of Administration* (permeabilizada pelas ideias de *checks and balances* e da *internal responsibility*) neste contexto apresenta-se como uma perceção que remonta já ao início do século XIX – v. MASHAW, «Reluctant Nationalists: Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 1801-1829», in: *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2007, pp. 1737 e s..

⁵¹³ Atente-se no caso descrito por LEE («Race...», cit., pp. 800 e s., 811 e ss., 870 e ss.), relativamente à atuação da *Federal Communications Commission* (FCC) que, na sequência de posições que vinha propugnando desde os anos '60, passou, a partir de 1977, a denegar licenças às estações que adotassem práticas de emprego discriminatórias (nomeadamente, em função da raça ou do sexo), defendendo que a Quinta Emenda a obrigava a exigir o respeito pelo igualdade no acesso ao emprego – posição que, sob certos aspetos, contrariava a jurisprudência da *Supreme Court* sobre a *affirmative action*. Dando conta, porém, da oscilação do comportamento ativista da FCC, cf. TRAVIS, «The FCC's New Theory of the First Amendment», in: *Santa Clara Law Review*, vol. 51, 2011, pp. 417 e ss..

mais exigentes e da obtenção de determinados resultados corresponde a outorga de meios (designadamente, formas jurídicas de ação administrativa) adequados para tal, caracterizados por um significativo grau de inovação na ordem jurídica – em total consonância com a ultrapassagem de um entendimento da função administrativa como estritamente executiva (no sentido mais diminuído de aplicação) da lei. Assumem, neste contexto, relevância todos os modos do *agere* da Administração que passam pelas tarefas de planificação (*planning*) e regulação (*rulemaking*), as quais vem associada a intensificação da atividade normativa das entidades administrativas setoriais, permitindo tornar dispensável a intervenção legislativa (*maxime*, parlamentar) para a *densificação* das políticas públicas⁵¹⁴. Por outro lado, a atribuição de poderes quase jurisdicionais a certas entidades administrativas implica, em certos casos, confiar-lhes competências para a defesa de certos direitos: eis o que sucede, por excelência, com as autoridades reguladoras, às quais o legislador comete a garantia e a proteção dos direitos dos consumidores [cf. artigos 3.º, n.º 2, alínea f), e 47.º, da *Lei-quadro das Entidades Reguladoras*⁵¹⁵].

O surgimento de novas tarefas dá lugar à emergência de novos atores públicos, os quais não consubstanciam apenas pessoas coletivas de direito público, mas também podem constituir entidades privadas, agora incluídas num conceito amplo de Administração em sentido funcional. Também estes se encontram subordinados ao (compreensiva e extensivamente abrangente) «princípio de responsabilização constitucional» (*principle of constitutional accountability*), em termos de os limites impostos pela Constituição aos entes públicos afetarem igualmente as entidades privadas que exercem poderes públicos *na medida e com o alcance destes poderes*⁵¹⁶. Quanto a estas últimas, a sua responsabilidade não assume, naturalmente, carácter político, mas refere-se a uma responsabilidade e a uma responsabilização *jurídicas* pelo cumprimento ou pela observância das exigências constitucionais, suscetíveis de controlo jurisdicional⁵¹⁷. Estamos, pois, diante de uma espécie de *outsourcing*

⁵¹⁴ Cf. Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 191.

⁵¹⁵ Aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, alterada pela Lei n.º 12/2017, de 2 de maio.

⁵¹⁶ Alguma doutrina defende, a este propósito, que o respeito pelas normas constitucionais se deveria configurar como uma das condições da delegação, que fixariam uma espécie de «amarras constitucionais» (*constitutional strings, constitutional constraints*). Cf. METZGER, «Privatization as Delegation», in: *Columbia Law Review*, vol. 103, 2003, pp. 1400 e s., e «Ordinary Administrative Law...», cit., p. 522. Sobre a vinculação constitucional das entidades privadas com poderes públicos, cf., entre nós, por todos, Pedro GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1038 e ss., 1042 e ss..

⁵¹⁷ METZGER, «Privatization...», cit., pp. 1400 e ss. (denotando uma preocupação marcante com a proteção dos direitos fundamentais), e «Ordinary Administrative Law...», cit., p. 522.

da Constituição⁵¹⁸, dirigido a evitar que se crie uma «dupla ética»⁵¹⁹ agora no seio do exercício da função administrativa, consoante a mesma seja prosseguida por pessoas coletivas públicas ou por entidades privadas, concebidas, nesta altura, como autênticos *state actors*⁵²⁰.

Do acesso à Constituição pressuposto por esta perspetiva decorrem, também para o nosso ordenamento jurídico, refrações no exercício da ação administrativa. Impõe-se agora retirar as consequências práticas dos postulados dogmáticos subjacentes ao constitucionalismo administrativo. Num *crecendo* de aproximação à Constituição e de distanciamento da lei ordinária, torna-se possível eleger cinco domínios ilustrativos do sentido do “resgate” da Lei Fundamental para a Administração Pública:

- i) *Interpretação em conformidade com a Constituição* – A tarefa interpretativa da Administração constitui uma exigência metodológica⁵²¹. Este critério assume-se como um «*princípio de interpretação crítica da concretização constitucional*», tendo em conta que “interpretar, aplicar e concretizar conforme a lei fundamental é considerar as normas hierarquicamente superiores da constituição como elemento fundamental na determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais”, volvendo-se num autêntico «*princípio de prevalência normativo-vertical e de integração hierárquico-normativa*»⁵²².

Trata-se de um cânone cuja validade se não restringe à interpretação das normas efetuada pelos tribunais (cf., *infra*, 1.3.2.2., A), estendendo-se

⁵¹⁸ ROSENBLUM/PIOTROWSKI, «Outsourcing the Constitution and Administrative Law Norms», in: *American Review of Public Administration*, n.º 2, vol. 35, junho 2005, pp. 103 e ss., ainda que a exposição dos Autores extravase, em certos pontos, o sentido que pretendemos conferir à expressão, na medida em que vai além da submissão constitucional de entidades privadas que, ao abrigo de uma delegação, exercem funções públicas, sugerindo antes uma aproximação ao problema da designada «eficácia externa» ou «eficácia horizontal». Cf., *infra*, 2.1., em nota.

⁵¹⁹ Louvando-se nesta ideia, embora no contexto da vinculação de entidades privadas (que não exercem funções administrativas) pelos direitos, liberdades e garantias, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1294.

⁵²⁰ No que tange à compreensão como *state actors* das entidades privadas que exercem, por delegação, poderes públicos, v. ROSENBLUM/PIOTROWSKI, «Outsourcing the Constitution...», cit., pp. 111 e ss., com vários exemplos jurisprudenciais e não jurisprudenciais. Sobre a *state action doctrine*, v. as referências que faremos mais adiante, a propósito da vinculação das relações jurídicas privadas pelos direitos fundamentais (*infra*, 2.1.).

⁵²¹ Algo que a jurisprudência norte-americana vedava às autoridades administrativas, ao abrigo do Acórdão «*Marbury v. Madison*» (que reservaria, *em exclusivo*, aos tribunais, o poder para interpretar as normas) e que SUNSTEIN («*The Executive’s Power...*», cit., p. 2584) traduzia na imagem de que tal resultava de se não admitir que as fossem as raposas a guardar os galinheiros; o *punctum saliens* reside, como também acentua o Autor, em determinar quem são as raposas.

⁵²² Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 406.

igualmente à Administração, cujos atos se encontram também vinculados ao princípio da constitucionalidade, enquanto segmento do princípio da juridicidade⁵²³. A consideração de que a Administração deve executar as leis «no espírito da Constituição» (*im Geist der Verfassung*)⁵²⁴ implica uma dupla vinculação, positiva e negativa: por um lado, cada órgão possui uma competência interpretativa do direito ordinário no sentido compatível com a Constituição; por outro lado, encontra-se proibido de efetuar uma interpretação que se revele incompatível com a Lei Fundamental⁵²⁵.

ii) *Discretionariedade* – É justamente nos “espaços de liberdade” – aqueles que, por definição, não se encontram pré-determinados pelo legislador – que a autonomia da vinculação por princípios e valores constitucionais se manifesta⁵²⁶. Como a doutrina vem sublinhando a propósito da *discretionariedade* administrativa, o exercício de poderes *discretionários* não remete a Administração para o arbítrio, não constitui uma zona livre do direito ou de indiferença normativa⁵²⁷, impondo-se o respeito pelos princípios orientadores do atuar administrativo (desde logo, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, boa fé) e a observância dos direitos fundamentais⁵²⁸. Neste contexto, reportamo-nos a um conceito amplo de *discretionariedade*: embora esta noção venha, em regra, associada à prática de atos administrativos, não está excluído que a lei conceda poderes *discretionários* para a emissão de regulamentos⁵²⁹, o que acontece, na sua extensão máxima, nas hipó-

⁵²³ Cf. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, p. 797, anotação VI ao artigo 266.º, referindo-se, condensadamente, às “medidas materiais da juridicidade administrativa”.

⁵²⁴ OSSENBÜHL, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», in: *Die Verwaltung*, n.º 2, 1969, p. 396.

⁵²⁵ Assim, Paulo OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, vol. II, Lex, Lisboa, 1995, p. 567. Em sentido algo diverso, Blanco de MORAIS (*Justiça...*, tomo II, cit., pp. 338 e s.) alude apenas a uma “preferência meramente indicativa da interpretação conforme, sobre uma qualquer solução de inconstitucionalidade”.

⁵²⁶ Cf. também Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 411/99, de 29 de junho (in: *Diário da República*, II Série, n.º 59, 10.03.2000), onde expressamente se reconhece a imposição à Administração (*in casu*, a Caixa Geral de Aposentações) do dever de interpretar uma norma em conformidade com as exigências constitucionais.

⁵²⁷ Trata-se de um aspeto (por vezes) ignorado pela própria jurisprudência. Cf., *v. g.*, o Acórdão do STA, de 30.09.2009, P. 220/05, que, sob a epígrafe «Os Princípios Normativos São Parâmetros de Vinculação do Regulamento?», anotamos em *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, março/abril 2010, pp. 50 e ss..

⁵²⁸ Cf., por todos, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 47, e *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 373.

⁵²⁹ *V.* também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 798, anotação VII ao artigo 266.º.

⁵²⁹ Neste sentido, também já Afonso QUEIRO, «Teoria dos Regulamentos», in: *Estudos de Direito Público*,

teses em que o legislador, *dentro de determinados parâmetros*, confere à Administração a decisão sobre o *an*⁵³⁰, o *quando* e sobre o conteúdo de determinada regulamentação⁵³¹.

Recorde-se que os direitos fundamentais constituem um dos limites mais significativos ao agir discricionário da Administração. A circunstância de, em regra, se autonomizar o vício de violação de direitos fundamentais no âmbito das decisões discricionárias⁵³² destina-se a chamar a atenção para o facto de aqueles consubstanciarem um «limite autónomo do poder discricionário»⁵³³. Estamos agora diante de uma manifestação do princípio da constitucionalidade da Administração, mas com uma tradução especialmente forte ao nível dos direitos fundamentais, em virtude da consistência axiológica que se lhes encontra aglutinada.

iii) *Defesa da Constituição e dos direitos fundamentais através de entidades administrativas independentes* – No interior do conceito amplo de entidades administrativas independentes consagrado pelo n.º 3 do artigo 267.º da CRP cabem, a par, das entidades com funções de regulação económica e social (autoridades reguladoras), as entidades vocacionadas para a defesa dos direitos dos cidadãos (com especial atenção para a relação entre Administração e particulares) e para a fiscalização da legalidade administrativa⁵³⁴.

vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, p. 240.

⁵³⁰ Cf., v. g., o caso subjacente ao Acórdão do STA, de 30.01.2007, P. 310/2006, onde o legislador permitia que a Administração emitisse determinadas normas regulamentares “nos casos em que se justifique a adaptação dos regimes”.

⁵³¹ Foi justamente a percepção de que assumia diversidade a relação dos (vários tipos de) regulamentos com a lei fundamentadora (o grau de vinculação à lei) que conduziu à classificação doutrinal entre regulamentos executivos, complementares ou independentes: observando a questão sob o prisma oposto, concluímos que tal classificação não corresponde senão à existência de menos ou mais faculdades discricionárias legislativamente concedidas no exercício do poder regulamentar.

⁵³² Trata-se de um «vício de discricionariedade» já equacionado pela doutrina alemã, que se refere à ofensa de direitos fundamentais e de princípios gerais da Administração (*Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze*). Cf., v. g., MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.ª ed., Beck, München, 2011, pp. 140 e s.. V. também JESTAEDT, «Maßstäbe...», cit., p. 326.

⁵³³ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 225.

⁵³⁴ As entidades vocacionadas para a tutela da legalidade do Estado e para a defesa dos direitos fundamentais encontram assento *constitucional* ou *legislativo*. Encontram-se expressamente contemplados na Constituição o *Provedor de Justiça* (artigo 23.º), a *Entidade Reguladora da Comunicação Social* (artigo 39.º; cf. também Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), bem como o *Conselho Económico e Social* (artigo 92.º), o *Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (artigo 217.º, n.º 2), o *Conselho Superior da Magistratura* (artigo 218.º), o *Procurador-Geral da República* e o *Conselho Superior do Ministério Público* (artigo 220.º) e o *Conselho Superior de Defesa Nacional* (artigo 274.º). Repare-se, porém, que a vocação de defesa de direitos fundamentais não se encontra inscrita em

A independência característica das entidades de tutela dos direitos fundamentais ou, mais amplamente, de defesa da Lei Fundamental está imediatamente concatenada com o imperativo da subordinação

todas estas entidades, assumindo-se algumas como instâncias de consulta e decisão relativamente a atividades económicas e sociais ou de disciplina e controlo dos titulares de órgãos de soberania (louvamo-nos na classificação avançada por Blanco de MORAIS, «As Autoridades...», cit., pp. 131 e s.). De criação legal, destacam-se a *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos* (que assegura as várias dimensões do direito à informação administrativa; cf. artigos 25.º e seguintes da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, e Lei n.º 10/2012, de 29 de fevereiro), a *Comissão Nacional de Proteção de Dados*, ainda que, esta última, resulte da imposição constitucional constante do n.º 2 do artigo 35.º (que garante o direito à autodeterminação informativa; cf. artigos 21.º e seguintes da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto) ou o *Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN* (que tutela o direito à identidade genética; cf. Lei n.º 40/2013, de 25 de junho), ou a *Comissão Nacional de Eleições* [que assegura os direitos políticos, representando o que ACKERMAN («The New Separation of Powers», in: *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 712 e ss.) designa como *democratic branch*; cf. Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro, alterada pela Lei n.º 4/2000, de 12 de abril]. No contexto da defesa dos direitos fundamentais assume especial relevo a figura do Provedor de Justiça, embora as funções que lhe estão constitucionalmente cometidas extravasem em muito a função administrativa, impedindo a sua qualificação simplista tão-só como entidade administrativa independente. Na verdade, ao Provedor de Justiça estão conferidas competências tão distintas do exercício da função administrativa como, *v. g.*, assinalar as deficiências da legislação [cf. artigo 20.º, n.º 1, alínea *b*], do *Estatuto do Provedor de Justiça* – EPJ], promover a divulgação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais [cf. artigo 20.º, n.º 1, alínea *d*], do EPJ], requerer a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral [cf. artigos 281.º, n.º 2, alínea *d*], da CRP, e 20.º, n.º 3, do EPJ], desencadear a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão [cf. artigo 283.º, n.º 1, da CRP e 20.º, n.º 4, do EPJ] – competências estas (das quais salientamos as mais significativas) que não correspondem ao desempenho da função administrativa por entidades administrativas (ainda que independentes). Neste sentido concorre igualmente a posição singular do Provedor de Justiça no contexto dos demais órgãos do Estado: por um lado, o Provedor é membro do Conselho de Estado [cf. artigos 142.º, alínea *d*], da CRP, e 20, n.º 2, do EPJ]; por outro lado, enquanto órgão de defesa da legalidade democrática e dos direitos dos cidadãos, mantém-se em sessão permanente durante a vigência dos estados de exceção constitucional (cf. artigo 18.º, n.º 2, da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, regime do estado de sítio e do estado de emergência). A natureza específica das tarefas que estão confiadas ao Provedor de Justiça, enquanto “órgão de controlo e de recomendação” [Vieira de ANDRADE, «O Provedor de Justiça e a Protecção Efectiva dos Direitos Fundamentais», in: *O Provedor de Justiça – Estudos (Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição)*, Provedoria da Justiça, Lisboa, s.d., p. 58; cf. também Alves CORREIA, «Do Ombudsman...», cit., pp. 133 e ss., esp.¹⁶ pp. 220 e ss.], correspondem ao que se poderia designar como o exercício de uma função de garantia de integridade (*integrity branch*): na verdade, estamos perante um órgão público com tarefas na área da defesa da Constituição e dos direitos fundamentais (“cão-de-guarda constitucional”, *constitutional watchdog*), com competências de controlo do exercício de poderes públicos, cujo titular é dotado de reconhecidas qualidades de probidade e honestidade, encontrando-se o exercício das respectivas funções rodeado de garantias de independência e de imparcialidade (sobre esta função, cf. ACKERMAN, «The New Separation...», cit., pp. 694 e ss.). Quer dizer, o Provedor constitui um órgão *político*, no sentido etimológico da expressão (Maria Lúcia AMARAL, «O Provedor de Justiça: Garantia Constitucional de uma Instituição ou Garantia de uma Função?», in: *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2002, p. 72), *i. e.*, um órgão de defesa dos valores da *polis* [e, neste sentido, “exerce uma espécie de magistratura moral” [Maria Lúcia AMARAL, «O Provedor de Justiça e o Poder Judicial», in: *O Provedor de Justiça – Estudos (Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição)*, Provedoria da Justiça, Lisboa, s.d., p. 43] e de fiscalização dos órgãos da *Res Publica*, que, integrando o sistema de *checks and balances* pressuposto pelo princípio da separação de poderes (mas não correspondendo a qualquer dos poderes tradicionais), controla a atuação das entidades públicas, através de mecanismos persuasórios, com o propósito de prevenir e evitar injustiças (cf. Freitas do AMARAL, «Limites Jurídicos, Políticos e Éticos da Actuação do “Ombudsman”», in: *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Provedoria da Justiça, Lisboa, 2003, p. 49). V. ainda José de Faria COSTA, «The Ombudsman and the Promotion and Protection of Human Rights – The Present and the Future», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. II, 2015, pp. 126 e ss.

direta à Constituição (e, naturalmente, ao legislador). O facto de tais autoridades funcionarem, por vezes, como «instâncias parajurisdicionais»⁵³⁵ demanda que estejam munidas de garantias de imparcialidade e sujeitas a um regime de incompatibilidades que as aproxima da disciplina jurídica dos tribunais. A independência surge, neste contexto, associada aos imperativos da objetividade, da exclusividade, da transparência, da isenção e da neutralidade⁵³⁶, exigíveis a estas autoridades no desempenho das suas funções.

A independência típica das entidades que analisamos manifesta-se quer ao nível orgânico-estrutural, quer no plano funcional⁵³⁷. Em termos orgânicos, a independência afeta essencialmente o modo de designação dos titulares dos órgãos ou o regime jurídico dos respetivos mandatos: assim, *v. g.*, o legislador prevê, com frequência, no caso das entidades de tutela de direitos fundamentais, que os titulares dos órgãos sejam designados pela Assembleia da República⁵³⁸, estabelecendo ainda um conjunto significativo de impedimentos e incompatibilidades com o exercício de outras atividades profissionais e/ou a qualidade de membros de órgãos de outras entidades (públicas e privadas); por sua vez, a estabilidade constitui característica comum aos mandatos de todas estas entidades⁵³⁹, não consentindo a sua livre revogabilidade pelo Governo, nem coincidindo a respetiva duração com o período da legislatura e do mandato governamental.

É, todavia, a vertente funcional da independência, que mais releva neste domínio, pois que a atividade destas entidades não se encontra subordinada a qualquer poder de direção ou orientação do Governo,

⁵³⁵ Vital MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 135, n. 171.

⁵³⁶ Sobre a neutralidade como critério caracterizador das autoridades reguladoras independentes, cf. Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 29 e s.. *V.* ainda, sobre as várias dimensões desta neutralidade, Blanco de MORAIS, «As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, ano 61.º, janeiro 2001, pp. 118 e s..

⁵³⁷ Sobre esta matéria, cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 127 e s., 132 e s.; Vital MOREIRA/Fernanda MAÇAS, *Autoridades...*, cit., pp. 25 e ss..

⁵³⁸ Pense-se, a título meramente exemplificativo, no Provedor de Justiça (artigo 23.º, n.º 3, da Constituição) ou na Entidade Reguladora da Comunicação Social (artigo 39.º, n.º 2, da Constituição). Mesmo quando a nomeação dos titulares dos órgãos pertença ao Governo não atuam em sua representação, nem se encontram sujeitos aos seus poderes de direção ou orientação: atente-se, *v. g.*, em alguns dos membros da Comissão Nacional de Proteção de Dados, que são designados pelo Governo, mas enquanto “personalidades de reconhecida competência” [artigo 25.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 67/98].

⁵³⁹ Por exemplo, o artigo 5.º da Lei n.º 43/2004 consagra expressamente a inamovibilidade dos membros da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

não competindo, de igual modo, à Administração estadual o respetivo controlo ou fiscalização.

iv) *Implementação de políticas públicas através da promoção de valores constitucionais, em especial, dos direitos fundamentais* – Eis-nos perante uma ideia típica do *administrative constitutionalism* e que assenta no pressuposto de que a implementação de políticas pelos atores administrativos que tenha em vista a promoção dos valores constitucionais representa uma mais efetiva defesa da Constituição que a efetuada (sempre *a posteriori*) pelos tribunais⁵⁴⁰. Como lembra Gomes Canotilho⁵⁴¹, cabe aos textos constitucionais “estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.

Esta atividade de implementação de políticas públicas entronca na assinalada ideia da previsão de novas tarefas para as autoridades administrativas, assumindo especial relevo no quadro da satisfação dos direitos sociais. Tais tarefas – embora, naturalmente, também realizadas pela atividade individual e concreta da Administração (*decision-making power*) – projeta-se com especial relevo no plano da atuação normativa da Administração, quer na vertente de planificação (*planning*), quer ao nível da emanação de normas regulamentares (*rule-making*).

v) *Atuação com base direta na Constituição* – Em estreita articulação com a dimensão anterior, mas sem se restringir a ela, alguma doutrina refere-se hoje à «substituição da lei pela Constituição», no duplo sentido de conferir à Lei Fundamental a qualidade de norma habilitadora da competência administrativa e critério imediato de decisão⁵⁴².

Para a assunção das normas constitucionais como critérios imediatos de decisão administrativa concorrem algumas das coordenadas autonomizadas (eis o que sucede, paradigmaticamente, quanto à mobilização de princípios constitucionais no exercício do poder discricionário ou

⁵⁴⁰ Assim, METZGER, «Ordinary Administrative Law...», cit., pp. 528 e s..

⁵⁴¹ Gomes CANOTILHO, *Constituição...*, cit., p. XXX.

⁵⁴² Sobre esta matéria, cf. os desenvolvimentos dogmáticos de Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 733 e ss.. Cf. também Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 571 e ss., sobre o «princípio da constitucionalidade positiva».

à desaplicação de normas legais ou regulamentares com fundamento na sua inconstitucionalidade), mas encontra uma tradução particularmente nítida no âmbito das normas relativas aos direitos, liberdades e garantias que, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, gozam de aplicabilidade direta e vinculam a Administração.

Voltando a nossa atenção para a compreensão da Constituição enquanto norma habilitadora da competência administrativa, atente-se na possibilidade (mais ou menos problematizado pela doutrina nacional) de emissão de regulamentos governamentais diretamente fundados na nossa Lei Fundamental: por um lado, e no que respeita aos regulamentos executivos governamentais, pode entender-se que, mesmo na ausência de uma autorização legislativa caso a caso, a habilitação resulta do texto constitucional quando confere ao Governo competência para fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis [artigo 199.º, alínea c), da Constituição]⁵⁴³; por outro lado, a circunstância de estar cometida ao Governo a prossecução de interesses gerais de toda a comunidade, ficando a seu cargo a prática de todos os atos e a adoção de todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas [artigo 199.º, alínea g), da Constituição] aponta no sentido de reconhecer uma base constitucional para a emissão de regulamentos independentes⁵⁴⁴ – nestas hipóteses, a osmose legalidade/constitucionalidade, causada pela superação do princípio da legalidade em resultado da assunção do princípio da juridicidade (onde a constitucionalidade necessariamente se integra), permite, salvo nas situações em que a própria Lei Fundamental exige uma *interpositio*

⁵⁴³ Neste sentido, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 223 e s.; Sérvulo CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 252; Luís Cabral de MONCADA, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 1046 e s. (Autor que defende o carácter meramente declarativo – que não constitutivo – das autorizações legais para a emissão de regulamentos executivos pelo Governo, dada justamente a existência de uma habilitação constitucional geral para o efeito que torna dispensável ou desnecessária uma intervenção do legislador ordinário).

⁵⁴⁴ Cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 227 e s.; Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 67. V. também Sérvulo CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982, pp. 107 e ss., e *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 205 e ss., esp.¹⁶ p. 235.

^{Div}ersamente, v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 73, anotação XXVIII ao artigo 112.º, defendendo que a alínea g) do artigo 199.º da Constituição não pode fundamentar um poder regulamentar independente do Governo, dado o seu carácter genérico, o qual não se revela suscetível de, por si só, envolver o exercício de determinada competência ou a utilização de determinados instrumentos ou formas constitucionais. Também em sentido contrário, v. Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, (reimp.), Universidade Católica, Porto, 1996, pp. 489 e ss.; Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 165.

legislatoris, a emanação de regulamentos fundados na Constituição, conferindo um novo sentido ao disposto no n.º 2 do artigo 266.º (quando determina a subordinação da Administração à Constituição e à lei)⁵⁴⁵. Contra esta possibilidade não se argumente que parte da matéria dos direitos fundamentais (a relativa aos direitos, liberdades e garantias) não pode constituir objeto de regulamentos independentes, por se tratar de matéria incluída na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [cf. artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da CRP]. Naturalmente, nestes domínios, cuja normação originária compete à Assembleia da República, ficam vedadas as remissões normativas que confirmam à Administração o poder de emitir um regime jurídico inovador na sua integralidade incidente sobre as matérias reservadas (exigindo-se, por parte do legislador, uma densidade normativa acrescida). A solução passará por distinguir, neste horizonte, entre *normação principal ou essencial* e *normação acessória ou periférica*⁵⁴⁶ – distinção esta imprescindível no âmbito de um ordenamento jurídico hipercomplexo em que concorrem diversas entidades com poder normativo e cujos conflitos nem sempre se revelam solucionáveis mediante a invocação de um critério hierárquico.

Na senda de Vieira de Andrade⁵⁴⁷, entendemos que o problema da reserva de lei não prescinde da sua compreensão numa dimensão vertical enquanto *reserva de função*. Não se anunciando possível alicerçar constitucionalmente um conceito material de lei, torna-se, no entanto, viável a defesa de um modelo tipológico⁵⁴⁸ de distinção material entre as funções legislativa e administrativa, em termos que permitam uma intervenção primária regulamentar em matéria reservada sem atingir os aspetos essenciais ou fundamentais da mesma (*normação principal ou essencial*), que constituem o núcleo típico da função legislativa e que, por esse motivo, vão exigir do legislador uma aplicação especialmente rigorosa do princípio da determinabilidade das normas, reduzindo concomitantemente a discricionariedade regulamentar⁵⁴⁹. Na linha do

⁵⁴⁵ V. PAULO OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 568 e 573.

⁵⁴⁶ Cf., sobre esta matéria, a nossa obra *A Recusa...*, cit., pp. 133 e ss..

⁵⁴⁷ Vieira de ANDRADE, «Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pp. 7 e ss. (p. 12).

⁵⁴⁸ Sobre a relevância do impacto de uma conceção definitiva ou tipológica das funções do Estado, v. Barbosa de MELO, *Sobre o Problema...*, cit., pp. 20 e ss..

⁵⁴⁹ Sobre o princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, insito no princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos (subprincípio do princípio do Estado de direito), cf., por todos, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 258. Sobre o grau de determinação das normas legais como limite à intervenção regulamentar, v. Vieira de ANDRADE, «Anotação ao Acórdão do

entendimento não integrista da reserva de lei também propugnado por Vieira de Andrade, a instituição da reserva não implica para o legislador o *dever* de disciplinar a matéria de modo integral ou com uma densidade máxima, *podendo* remeter aspetos *menores* ou *periféricos* para normas regulamentares⁵⁵⁰.

vi) *Desaplicação de normas inconstitucionais, sobretudo quando atentatórias de direitos fundamentais* – A admissibilidade (objetiva e subjetivamente limitada) da recusa de aplicação de normas inconstitucionais por órgãos administrativos permite uma abordagem à defesa preventiva da Constituição, visto que, nestas hipóteses, aqueles, ao contrário dos tribunais – chamados a reagir relativamente a ofensas à Constituição já perpetradas –, evitam o aprofundamento das inconstitucionalidades no ordenamento jurídico.

De qualquer modo, urge destrinçar entre a desaplicação de leis e a desaplicação de normas infralegislativas: enquanto na primeira hipótese está em causa uma tensão entre o princípio da constitucionalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade⁵⁵¹, na segunda, emergem as forças conflituantes entre as dimensões materiais e formais do princípio da juridicidade, contrapondo (se quisermos simplificar, em muito, a complexidade) segurança jurídica a constitucionalidade/legalidade material. Parece mais ou menos pacífica a ideia de que os órgãos administrativos podem fiscalizar a constitucionalidade das normas legais que mobilizam para a solução do caso concreto, por considerar que

Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Março de 2006», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 135.º, julho/agosto 2006, p. 386.

⁵⁵⁰ Também Jorge MIRANDA [«Artigo 112.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 277, anotação XXVIII] acolhe uma visão semelhante quando salienta que aos regulamentos se encontram vedadas opções e juízos de valor legais equivalentes às opções ou aos juízos político-legislativos, devendo ser neste sentido interpretada a recusa de regulamentos independentes em matéria reservada.

^{Subj}az um entendimento similar à posição de Reis NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 836 e ss.) que defende, em matéria de reserva de lei, um necessário equilíbrio no relacionamento entre Legislador e Administração, evitando uma hipertrofia do poder legislativo (parlamentar) suscetível de subverter a «garantia de um âmbito nuclear do poder executivo». Nesta ordem de ideias, o âmbito da reserva encontra-se delimitado em função dos ganhos de publicidade, transparência e pluralismo do processo legislativo parlamentar em face das vantagens, proporcionadas pelo executivo, de uma normação rápida, mais próxima do caso concreto e menos pluralisticamente exigente.

⁵⁵¹ Em termos monográficos, e entre nós, A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004; numa perspetiva jus-comparística, Ana Cláudia GOMES, *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002 (com prefácio de Gomes Canotilho). Cf. ainda a síntese que efetuámos em *A Recusa...*, cit., pp. 366 e ss., e demais bibliografia aí indicada.

esse exame se encontra intrinsecamente relacionado com a ineliminável tarefa interpretativa que àqueles também se impõe,volvendo-se, por conseguinte, a designada «competência de fiscalização» num verdadeiro dever de fiscalização, *in casu*, num dever de verificação da constitucionalidade das normas ou, nas palavras expressivas de Gomes Canotilho⁵⁵², na “obrigatoriedade de a administração lançar um «olhar preventivo»” sobre as leis. O mesmo se poderá afirmar, *mutatis mutandis*, sobre os regulamentos inconstitucionais.

Claro está que avançar mais adiante e analisar a possibilidade de afastar normas inconstitucionais da decisão do caso concreto implicará sempre, como principiámos por alertar, o estabelecimento de limitações, quer de uma ótica objetiva, quer de um prisma subjetivo. Por um lado, ao nível objetivo, vem-se prescrevendo a observância de um conjunto de condições cuja verificação se revela imprescindível à recusa de aplicação de normas inconstitucionais no caso concreto, propondo, *v. g.*, a verificação de inconstitucionalidades graves (onde se incluem precisamente as inconstitucionalidades decorrentes da violação de direitos fundamentais) e evidentes (designadamente por já existir uma decisão jurisdicional no sentido da inconstitucionalidade), bem como a obediência ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, e num plano subjetivo, reconhece-se que o poder de, no caso concreto, afastar uma norma inconstitucional se não pode considerar incluído na esfera de competência de *todos* os órgãos da Administração⁵⁵³, mas deverá reservar-se àqueles que estejam melhor preparados para a aferição complexa dos juízos de inconstitucionalidade (*v. g.*, superiores hierárquicos ou órgãos independentes, sobretudo quando dotados de competências parajurisdicionais).

1.3. Os tribunais: a realização jurisdicional e jurídico-normativa

Uma das principais tarefas cometidas ao Estado neste horizonte reconduz-se ao controlo jurisdicional das medidas legislativas (mas também executivas)

⁵⁵² Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 444.

⁵⁵³ O problema da capacidade dos *public officials* para apreciar todas as implicações de uma dada norma constitucional foi igualmente debatido na doutrina constitucional norte-americana: cf., *v. g.*, TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, pp. 54 e ss. (ainda que, subsequentemente, a análise do Autor incida precipuamente sobre os membros do Congresso).

que afetam os direitos fundamentais. A alusão a esta tarefa permite, desde logo, enfatizar a autonomia dos tribunais no contexto que nos ocupa, assumindo eles próprios também a veste de atores da realização dos direitos⁵⁵⁴. Esta consideração reveste uma importância não despreciable quando se tem em conta que as influências do positivismo tentaram, também neste horizonte, diluir o papel das jurisdições, sucumbidas, no plano interno, perante os *agenda* dos poderes político-legislativo e executivo, e, no plano internacional, pelo afastamento dos problemas com implicações nas relações internacionais⁵⁵⁵.

Como já sublinhámos, na referência à tarefa de realização jurisdicional da Constituição no âmbito dos direitos fundamentais ecoam com especial ressonância os problemas relacionados com a separação de poderes e, sobretudo, com os limites da função judicial em face das demais funções estaduais. A acentuação da relevância das decisões judiciais (sobretudo do Tribunal Constitucional) também nas matérias que contêm com os direitos fundamentais (e, em especial, nas que tocam os direitos sociais) não se pode dissociar da preservação da autonomia da função legislativa e da liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade legislativa. A racionalidade (exclusivamente) normativa que há de presidir às decisões dos tribunais impõe, como corresponsivo, o afastamento da interferência de considerações de natureza estratégica. Esta recusa de uma racionalidade estratégica possui *dois* corolários: por um lado, não pode o juiz invadir a esfera do legislador, realizando ponderações, de pendor finalístico-estratégico, para as quais não tem legitimidade, nem competência; por outro lado, encontra-se o tribunal impedido de efetuar a apreciação da racionalidade de uma medida em função de uma estratégia delineada pelo legislador. Quer dizer, o perigo da interferência de uma racionalidade estratégica nas decisões jurídico-constitucionais não respeita apenas às hipóteses em que o tribunal invade a discricionariedade legislativa (comportando-se de forma mais interventiva, no sentido de pretender substituir o seu juízo ao do legislador), mas também àquelas em que se revela menos interventivo e aprecia a constitucionalidade das medidas

⁵⁵⁴ Com especiais responsabilidades na luta contra as arbitrariedades praticadas pelos demais poderes contra os direitos fundamentais, concebidos, nos termos já aludidos, como precipitações do fundamento último de validade em que a dignidade humana se consubstancia. Recordem-se, a propósito da função judicial, as significativas palavras de Castanheira NEVES («Entre o “Legislador”...», cit., p. 161): “é vocação do *judicium* exorcisar o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à acção na inter-acção”.

⁵⁵⁵ Neste sentido, SLAUGHTER, «Typology of Transnational Communication», in: *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, p. 123.

em função do respeito por uma estratégia delineada pelo poder legislativo – procurando ajuizar como se fosse o legislador⁵⁵⁶.

Uma postura distinta – como é, por vezes, adotada pelos tribunais constitucionais – redundaria na transformação do Estado de direito num “Estado de juízes”, com todos os perigos que tal encerra da perspectiva do princípio da divisão de poderes (enquanto dimensão ordenadora funcional objetiva inerente ao princípio do Estado de direito⁵⁵⁷), mas também do princípio democrático⁵⁵⁸. E esta perceção leva a que a doutrina critique, inclusivamente (ou precisamente!) no setor norte-americano, a postura dos juízes constitucionais, por proferirem decisões que se assumem como uma cobertura para a implementação não autorizada de políticas públicas e que raramente se apresentam como um modelo de clareza e inocência⁵⁵⁹.

1.3.1. Em especial, a Justiça Constitucional como guardiã dos direitos fundamentais

A existência de uma Constituição exige mecanismos que visem a respetiva garantia, em defesa da sua efetividade. A Justiça Constitucional consubstancia, pois, um desses mecanismos⁵⁶⁰, podendo caracterizar-se, em sentido amplo,

⁵⁵⁶ Eis o que parece ter sucedido, *v. g.*, no Acórdão n.º 413/2014, de 20 de maio, § 98. Trata-se de um aspeto que, de certo modo, ressalta da Declaração de Voto da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros ao Acórdão n.º 413/2014, § 4.

Nesta tentação já não caiu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 468/2014, de 18 de junho, onde, no âmbito de um pedido de esclarecimento do sentido da limitação dos efeitos constante do já citado Acórdão n.º 413/2014, entendeu que, embora a execução do julgado dependesse da adoção de um conjunto de medidas pelo Governo, não estaria legitimado para, ao abrigo da invocação de um princípio de cooperação institucional, interferir na competência administrativa deste órgão (§ 4), nem “criar inovatoriamente parâmetros normativos de regulação da vida coletiva que invadam a esfera do legislador ordinário e exorbitem a função de administração da justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional” (§ 5).

⁵⁵⁷ *V.*, por todos, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 250 e ss..

⁵⁵⁸ *Cf.*, sobre esta questão, considerando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, as críticas severas de RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution...*, cit., *passim*, esp.^{1º} pp. 77 e ss..

⁵⁵⁹ Nestes termos contundentes, *v.* GRAGLIA, «State Action: Constitutional Phoenix», in: *Washington University Law Quarterly*, n.º 3, vol. 67, 1989, pp. 777 e 779, respetivamente (o Autor, especialmente crítico e pessimista quanto à jurisprudência constitucional, como perpassa por todo o texto, alude ao Direito Constitucional jurisprudencialmente cunhado como *cover for unauthorized policymaking by judges*, e às opiniões judiciais proferidas em casos constitucionais como constituindo raramente *models of clarity and candor*).

⁵⁶⁰ E, reforçamos, apenas *um* dos mecanismos possíveis de garantia da Constituição, já que, como acentua Cardoso da COSTA «Constituição e Justiça Constitucional», in: *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, *Studia Iuridica* 92, Boletim da Faculdade

como a realização da Constituição pelos tribunais, enquanto mobilizam as normas constitucionais para a resolução de questões jurídico-constitucionais.

Um dos primeiros elementos problemáticos da noção avançada reconduz-se à ideia de *realização* da Constituição, parecendo-nos que, numa aceção propositadamente alargada, esta consistirá na submissão da Lei Fundamental à experimentação histórica; se tal experimentação pode ser efetuada pelos órgãos dos poderes públicos ou até pelos cidadãos⁵⁶¹, quando nos reportamos à realização da Constituição neste horizonte, aludimos à experimentação feita pelos órgãos positivamente qualificados como órgãos de Justiça Constitucional (entre nós, os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional).

A segunda dificuldade do conceito traduz-se na complexidade associada à noção de *questão jurídico-constitucional*⁵⁶². Em causa há de estar um problema juridicamente relevante, que possui uma ligação específica com a Constituição⁵⁶³, suscetível de resolução mediante a convocação e a ponderação de princípios e normas constitucionais. Este tipo de problemas envolve sempre uma questão com incidência política (consubstanciando, a final, uma «questão de poder»), cuja dilucidação importa sempre consequências para o equilíbrio político do Estado⁵⁶⁴, por a ela subjazer um confronto entre racionalidade jurídica (jurídico-constitucional) e necessidade política⁵⁶⁵.

Um significado tão amplo não especifica ainda a matéria sobre a qual pretendemos versar neste ponto; num sentido mais estrito e identificado com o âmago da Justiça Constitucional, esta reconduz-se à tarefa de realização da Constituição pelos tribunais (ordinários ou especializados), em particular (e

de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 165), Constituição e Justiça Constitucional não são dois termos de uma equação necessária. Por outro lado, também a Justiça Constitucional envolve mais que um mecanismo de garantia da Constituição: sobre a polissemia do conceito, v. Maria Benedita URBANO, *Curso de Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 12.

⁵⁶¹ Cf. as considerações que tecemos em «O Problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional: *Ratio* e *Voluntas*, *Synépeia* e *Epieikeia*? (Reflexões a Partir do Pensamento de Castanheira Neves)», in: *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito (VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social)*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2016, pp. 257 e ss., e bibliografia aí citada.

⁵⁶² A definição da questão jurídico-constitucional constitui um problema já enfatizado por Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1931, pp. 49 e ss., esp.¹⁶ pp. 52 e s.. Ainda que não perflhemos as observações do Autor (nomeadamente no que tange à conceção da Constituição como pacto ou contrato constitucional – sobre o desenvolvimento desta ideia, Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 80 e ss.), não podemos ignorar que a noção de questão jurídico-constitucional se revela central para a delineação do conceito de Justiça Constitucional e para a delimitação da competência do Tribunal Constitucional.

⁵⁶³ Carl SCHMITT, *Der Hüter...*, cit., p. 60. Cf. também BACHOF, «Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVI, 1980, p. 9.

⁵⁶⁴ Cf. Cardoso da COSTA, «Constituição...», cit., p. 174.

⁵⁶⁵ Cf. BACHOF, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», in: HÄBERLE (org.), *Verfassungsgewerkschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, p. 287.

reportando-nos ao sistema jurídico-constitucional português), no âmbito da fiscalização da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos – *in casu*, aqueles que revestem caráter normativo. O controlo institucionalizado (a fiscalização)⁵⁶⁶ da constitucionalidade assume-se, pois, como uma forma de assegurar a subordinação dos comportamentos dos órgãos do poder à Constituição⁵⁶⁷, concebida como *higher and paramount law*. Na medida em que se trata de uma atuação de controlo, poderemos afirmar que estamos diante de uma realização da Constituição de segundo grau (*hoc sensu*)⁵⁶⁸, pois que os juízos agora formulados incidem sobre um outro (anterior a ele), de índole e intencionalidade distintas, e que se deveu ao órgão emissor da norma controlada.

Sem menoscabo da delicadeza que a fiscalização da constitucionalidade reveste sob a ótica do princípio maioritário (mas não deixando de salientar que a ele se não reconduz o princípio democrático⁵⁶⁹), importa sublinhar que a atribuição a tribunais do controlo da constitucionalidade das normas demonstra uma certa superação do dogma da subserviência do poder jurisdicional relativamente aos demais poderes do Estado (em especial, ao poder legislativo). Recorde-se que, mesmo nos Estados Unidos – o berço da *judicial review* –, esta visão era dominante. Nas vésperas da independência, Hamilton⁵⁷⁰ não se coibia de defender que o poder judicial seria sempre o menos perigoso para os direitos políticos consagrados na Constituição (“*the least dangerous to the political rights of the constitution*”), na medida em que não teria capacidade para os afetar ou ofender. Neste sentido, o poder judicial não empunhava a espada, nem comandava a bolsa, pelo que, com rigor, dele se poderia afirmar que não era nem Força, nem Vontade, mas mero Julgamento. Por este motivo, concluía Hamilton, o poder judicial era o mais fraco dos três, nunca podendo atacar com sucesso qualquer dos outros dois.

Aliás, pode avançar-se no raciocínio e salientar que à própria superação de um entendimento estritamente positivista do direito não foi alheia a Justiça Constitucional, ao pôr em evidência a circunstância de uma lei ser ilegítima na medida em que viola normas ou *princípios* constitucionalmente consagrados, sobretudo se pensarmos em matérias atinentes aos direitos fundamentais, em

⁵⁶⁶ Cf. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 52.

⁵⁶⁷ Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 51.

⁵⁶⁸ Neste sentido, cf. Cardoso da COSTA, «Constituição...», cit., pp. 173 e s..

⁵⁶⁹ Cf. também CAPPELLETTI, «Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle», in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, vol. 33, 1981, p. 647.

⁵⁷⁰ HAMILTON, «The Federalist No. 78», in: HAMILTON/MADISON/JAY, *The Federalist with Letters of “Brutus”*, Terence BALL (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 378.

que o recurso a conceitos indeterminados é frequente, e que se encontram relacionadas com verdadeiras opções de carácter político e social⁵⁷¹.

A forma mais evidente defesa dos direitos fundamentais consiste, pois, na Justiça Constitucional (sendo desempenhada pelo Tribunal Constitucional, enquanto “elemento não heterónimo de um sistema normativo de compromisso pluralístico”⁵⁷²), e (cor)responde ao cumprimento de um dos objetivos que lhe preside: o controlo da observância dos direitos pelas entidades públicas e, por vezes, também nas relações jurídicas privadas⁵⁷³. Está em causa o que Ferrajoli⁵⁷⁴ designa como uma «garantia constitucional negativa secundária» dos direitos, no sentido em que pretende anular ou reprimir a violação da garantia negativa primária, que consiste na proibição de emanar normas inconstitucionais, designadamente, atentatórias dos direitos fundamentais.

Na síntese lapidar de Cardoso da Costa⁵⁷⁵, a intensidade e a frequência da proteção dos direitos pela jurisdição constitucional assume tais proporções que a mesma se volve numa autêntica “jurisdição dos direitos fundamentais”; ou, se quisermos agora invocar Cappelletti⁵⁷⁶, o controlo efetuado pela Justiça Constitucional contribui decisivamente para a “sobrevivência da liberdade nas sociedades modernas”. Embora a proteção jusfundamental pela Justiça Constitucional represente, apesar de tudo, um fenómeno relativamente recente (e cujo aumento exponencial se verifica, sobretudo, a partir da II Guerra Mundial), a tutela dos direitos pelos Tribunais Constitucionais surge hoje, talqualmente salienta alguma doutrina, como uma verdade axiomática,

⁵⁷¹ Cf. também GARCÍA DE ENTERRIA, «La Democracia y el Lugar de la Ley», in: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 92, outubro/dezembro 1986, p. 619.

⁵⁷² Gomes CANOTILHO, «Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português», in: *Revista do Ministério Público*, n.ºs 33/34, ano 9.º, janeiro/junho 1988, pp. 9 e ss..

⁵⁷³ Assim, F. Alves CORREIA, *Justiça...*, cit., p. 46, e «Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX, 2003, pp. 68 e ss.. Para uma perspectiva (também de direito comparado) sobre a proteção dos direitos fundamentais pela Justiça Constitucional, v. Blanco de MORAIS, «Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais», in: *Revista Direito Mackenzie*, n.º 2, vol. 3, 2002, pp. 109 e ss..

⁵⁷⁴ FERRAJOLI, «Las Garantías...», cit., pp. 25 e s..

⁵⁷⁵ Cardoso da COSTA, «Protection des Droits Fondamentaux et Garantie de la Séparation des Pouvoirs dans la Jurisdiction Constitutionnelle Portugaise», in: *Mélanges Patrice Gérard – Droit Constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 123 e ss.. Noutra ocasião, o mesmo Autor não deixa de enfatizar que a tutela privilegiada dos direitos fundamentais constitui uma das tarefas características da jurisdição constitucional, a qual se manifesta no número (absoluto e relativo) de espécies jurisprudenciais sobre esta matéria: Cardoso da COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 99 e s., e «O Tribunal Constitucional Português face a uma Constituição em Mudança», in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 489.

⁵⁷⁶ CAPPELLETTI, «Nécessité...», cit., p. 634.

integrante de todos os sistemas jurídicos (pelo menos, de matriz democrática ocidental)⁵⁷⁷.

A esta importância não se revela estranha a circunstância de os direitos fundamentais se encontrarem, na maioria dos casos, consagrados nos catálogos constitucionais (ou declarações de direitos) dos diversos Estados, como sucede também com a Constituição portuguesa – catálogos esses cuja observância se encontra confiada precisamente à Justiça Constitucional⁵⁷⁸ e que, no momento da sua realização jurisdicional por esta, deixam de reverter natureza meramente filosófica para se tornarem atuantes e reconstituídos por mediação da experimentação judicial⁵⁷⁹; neste sentido, o Tribunal Constitucional prossegue uma importante tarefa de “«fecundação» da vida jurídica quotidiana pela «ideologia» dos direitos fundamentais”⁵⁸⁰.

Muito para além da positivista conceção das fontes do direito como reduzidas à lei, deverá hoje entender-se que a própria realização do direito pela mediação de um qualquer critério (e também pela mediação de uma norma) postula sempre uma atividade jurisdicional criadora: a tarefa do julgador é autonomamente reconstitutiva da normatividade⁵⁸¹. A Justiça Constitucional possui esta função redensificadora do sistema jurídico: do sistema de que se parte para a resolução das questões jurídico-constitucionais chega-se, pela mediação destas últimas, a um outro sistema, reconstruído em consequência e para assimilação da experiência proporcionada pela Justiça Constitucional. Estamos agora diante de uma redensificação sistemática que se manifesta,

⁵⁷⁷ Assim, McCrudden, «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 4, vol. 20, 2000, p. 500.

Ainda que se verifiquem exceções: Ginsburg («Constitutional Courts», in: *Enciclopedia of Law & Society*, vol. 3, Sage Publications, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore, 2007, p. 250) exemplifica com o caso do Irão (como exceção à associação entre Justiça Constitucional e proteção dos direitos fundamentais), cujo Conselho de Guardiães, composto por seis juristas islâmicos e seis advogados, e aprecia a conformidade de toda a legislação do Estado com as normas religiosas.

⁵⁷⁸ Acentuando esta dimensão e a sua conexão com o facto de o catálogo de direitos fundamentais consubstanciar “um dos eixos estruturantes da Constituição”, cf. Cardoso da Costa, «A Hierarquia...», cit., p. 9 (nas pp. subsequentes, o Autor explicita o sentido da jurisprudência constitucional em matéria de direitos fundamentais); v. também F. Alves Correia, «Os Direitos...», cit., pp. 63 e s..

⁵⁷⁹ Assim, Cappelletti, «Nécessité...», cit., pp. 635 e ss.; o Autor salienta que a exatidão desta asserção não é posta em causa mesmo perante Estados desprovidos de uma constituição instrumental, como sucede com o Reino Unido – que, aliás, a partir do *Human Rights Act*, se encontra constitucionalmente ligado a uma declaração de direitos transnacional: a CEDH.

⁵⁸⁰ Cardoso da Costa, «O Tribunal...», cit., p. 490.

⁵⁸¹ Como acentua Castanheira Neves (*Metodologia...*, cit., pp. 17 e 29, respetivamente), “mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativo-constitutivos (os momentos normativo-constitutivos caracterizadores da mediação judicativo-decisória) que a convolam da mera aplicação de normas para uma verdadeira criação (constituição) de direito”, “o direito judicativamente afirmado na decisão concreta (...) [é] uma reconstitutiva concretização, integração e desenvolvimento prático-normativos desse direito abstracto segundo as exigências do específico problema do caso decidendo”.

sobretudo, em duas faces: por um lado, a norma-objeto de controlo (a *norma infraconstitucional*) ganha um sentido específico que lhe é conferido pela Justiça Constitucional (em especial, quando está em causa a prolação das designadas «sentenças interpretativas»)⁵⁸²; por outro lado, o sentido da *norma constitucional* convocada como parâmetro de controlo ganha novas possibilidades de sentido⁵⁸³ (como sucedeu, paradigmaticamente, com a extração criativa, a partir do texto constitucional, do direito ao mínimo para uma existência condigna, com base na ideia de dignidade humana, mas cujo padrão normativo se constrói a partir dos conteúdos mínimos de vários direitos pessoais e sociais⁵⁸⁴)⁵⁸⁵. Não se pode, pois, ignorar, a influência decisiva e determinante da jurisdição (sobretudo, do Tribunal Constitucional) na concretização das normas constitucionais em geral, e das relacionadas com os direitos fundamentais em especial.

Sem prejuízo da unidade do sistema de direitos fundamentais⁵⁸⁶, não persistirão dúvidas de que terá contornos distintos a atuação exigida e exigível do/ao Tribunal Constitucional consoante estejam em causa questões relacionadas com direitos, liberdades e garantias ou direitos sociais. Na verdade, e como decorre das considerações já tecidas (cf., *supra*, 1.1.), o escrutínio da Justiça Constitucional sobre as normas que atinjam os primeiros (densificados e determináveis a nível constitucional) revela-se muito mais intenso que quando o problema jurídico-constitucional reflete sobre os direitos sociais, onde a

⁵⁸² V. ainda GOMES CANOTILHO, «A Concretização...», cit., p. 355, acentuando ainda que, em termos de relacionamento entre Tribunal Constitucional e legislador (ordinário), nas tarefas, que ambos exercem, de concretização da Constituição, “o direito do juiz surge (...) como *direito compensador* dos défices de concretização parlamentar” (*Op. cit.*, p. 359).

⁵⁸³ Tal como salienta Gomes CANOTILHO («Para uma Teoria...», cit., p. 15), “embora a primeira tarefa de um Tribunal Constitucional não seja a de concretizar e complementar o direito constitucional, as suas decisões acabam por ter uma eficácia autónoma e conformadora das normas constitucionais”.

⁵⁸⁴ Sobre a redensificação do sistema jurídico operada pela Justiça Constitucional, v. o nosso trabalho «O Problema...», cit., pp. 299 e ss..

⁵⁸⁴ Vieira de ANDRADE, «O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna”...», cit., p. 29. Salientando esta concreta “criação” da jurisprudência constitucional, v. F. Alves CORREIA, «A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, número especial, ano VII, 2010, pp. 36 e s..

⁵⁸⁵ Existe ainda uma outra dimensão criadora da Justiça Constitucional: aquela que acaba por determinar a própria alteração, na sequência de um procedimento de revisão constitucional, das normas da Constituição. Cf. Cardoso da COSTA, «O Tribunal...», cit., p. 488 (aludindo mesmo a situações em que a revisão “veio «justificar» e «ratificar» a leitura aberta do texto da lei fundamental até aí feita pelo Tribunal”; embora o mesmo Autor não deixe de referir situações em que sucedeu o inverso, em que as revisões constitucionais visaram infirmar um entendimento das normas da Constituição perfilhado pelo Tribunal Constitucional – *Op. cit.*, pp. 492 e s.); v. também Alves CORREIA, *Justiça...*, pp. 35 e ss..

⁵⁸⁶ Cf., porém, Blanco de MORAIS, «De Novo a Querela da “Unidade Dogmática” entre Direitos de Liberdade e Direitos Sociais em Tempos de “Exceção Financeira”», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 3, vol. I, 2014, pp. 59 e ss..

liberdade de conformação do legislador é muito maior e, por esse motivo, os tribunais devem revelar um escrupuloso respeito pelos limites da sua função, sob pena de ofenderem o princípio da separação de poderes⁵⁸⁷.

Atenta a configuração específica da garantia jurisdicional da Constituição, a tutela dos direitos fundamentais é efetuada através dos processos de controlo da constitucionalidade de normas⁵⁸⁸. A circunstância de não existirem, no sistema jurídico português de Justiça Constitucional, mecanismos específicos de defesa de direitos fundamentais contra atos desprovidos de natureza normativa, similares à queixa constitucional do direito alemão ou ao recurso de amparo dos ordenamentos hispano-americanos, não infirma as considerações tecidas⁵⁸⁹. Já por diversas vezes aglutinadora de dúvidas e debates em torno da sua consagração no seio do direito português⁵⁹⁰, recorda-se que

⁵⁸⁷ Cf. Cardoso da COSTA, «A Hierarquia...», cit., pp. 11 e ss.; Casalta NABAIS, «Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito (Separata)*, vol. LXV, 1989, pp. 9 e ss.. Criticando implicitamente a ausência desta visão em certa jurisprudência do Tribunal Constitucional português, v. Vieira de ANDRADE, «O Papel...», cit., pp. 37 e ss., esp.^{te} p. 39. Adotando a posição oposta, v., especificamente sob a perspetiva da tutela dos direitos fundamentais pela Justiça Constitucional, Reis NOVAIS, «O Tribunal...», cit., pp. 6 e s., e, mais desenvolvidamente, à luz do princípio da socialidade, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 292 e ss., esp.^{te} pp. 312 e ss.. Assim se compreende a afirmação de TUSHNET («Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 3, vol. I, 2014, p. 13) segundo a qual se revelou controversa a consagração constitucional dos direitos sociais num mundo em que se entende genericamente que cabe aos tribunais o *enforcement* de todos os direitos constitucionais.

⁵⁸⁸ O controlo da constitucionalidade tem por objeto apenas normas, e não também atos de outra natureza (como sentenças judiciais, atos administrativos ou atos políticos). Sobre o conceito funcional de norma, cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 932 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 172 e ss.; F. Alves CORREIA, «Relatório Geral à I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.º 71/72, 1998, pp. 70 e 74, «A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIII, 1997, p. 63, e *Justiça...*, cit., pp. 163 e ss. pp. 68 e ss.; Casalta NABAIS, «Os Direitos...», cit., pp. 3 e s.; Licínio LOPES, «O Conceito de Norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVXXV, 1999, pp. 604 e ss.; Vieira de ANDRADE, «A Fiscalização da Constitucionalidade das ‘Normas Privadas’ pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133.º, n.º 3921, Abril 2001, p. 358; Rui MEDEIROS, «A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 183 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 416 e ss.; Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., pp. 34 e ss.; Declaração de Voto do Conselheiro Sousa e Brito, em anexo ao Acórdão n.º 172/93.

⁵⁸⁹ Afirmando precisamente o contrário (no sentido de que “o Tribunal Constitucional português não é um ‘Tribunal dos direitos fundamentais’”), cf. José de Melo ALEXANDRINO, «Sim ou Não ao Recurso de Amparo?», in: *Julgat*, n.º 11, 2010, p. 42.

⁵⁹⁰ V., v. g., para a panóplia de posições (não coincidentes) da doutrina portuguesa: Gomes CANOTILHO, «Para uma Teoria...», cit., pp. 23 e ss.; F. Alves CORREIA, «A Justiça Constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e Divergências», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3893, ano 131.º, dezembro 1998, pp. 238 e s., «Os Direitos...», cit., pp. 70 e ss., e *Justiça...*, cit., pp. 81 e ss.; Reis NOVAIS, «Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)», in: *Themis*, n.º 10, ano VI, 2005, pp. 91 e ss.; Carla Amado GOMES, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias», in:

a *ação constitucional de defesa* ou a *ação de amparo*⁵⁹¹ se caracteriza, em termos sumários, por consistir num meio jurisdicional a que os cidadãos podem recorrer diretamente para a defesa contra a violação dos direitos fundamentais, perpetrada por atos jurídicos ou materiais praticados pelos poderes públicos⁵⁹². Não nos parece, porém, que a ausência desse mecanismo concorra inevitavelmente para uma desproteção (ou uma proteção mais fraca), a nível jurisdicional, dos direitos fundamentais dos particulares, visto existirem outros meios de acesso aos tribunais para a tutela jusfundamental. Para esta conclusão concorre, desde logo, quer a consagração constitucional de um direito de tutela jurisdicional efetiva contra quaisquer atos ofensivos de direitos fundamentais (cf. artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP), quer a previsão de meios céleres dirigidos à proteção de direitos, liberdades e garantias (cf. artigo 20.º, n.º 5, da CRP, e artigos 109.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sobre a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias⁵⁹³) – a confirmar que, embora a Justiça Constitucional represente o mecanismo, por excelência, de defesa dos direitos fundamentais, não tem de ser o único, pelo que a tutela jusfundamental passará também pelos demais processos judiciais (e, quando a ofensa aos direitos fundamentais seja perpetrada por um ato não normativo da Administração, a competência para defesa cabe, em exclusivo, aos tribunais administrativos).

Por outro lado, e no tange à possível violação de direitos pelas sentenças judiciais, a própria Justiça Constitucional consegue, na maioria dos casos, dar uma resposta satisfatória, na medida em que, nos processos de fiscalização

Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 551 e ss.; António de ARAÚJO/Teles PEREIRA, «A Justiça Constitucional nos 30 Anos da Constituição Portuguesa», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, abril/junho 2005, pp. 24 e ss.. Para um confronto entre os institutos da queixa constitucional e do recurso de constitucionalidade, v. Maria Lúcia AMARAL, «Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de “Direito Público Comparado”)», in: *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 473 e ss., esp.^{te} pp. 489 e ss.; José de Melo ALEXANDRINO, «Sim...», cit., pp. 41 e ss.; Catarina BOTELHO, «Haja uma Nova Jurisdição Constitucional», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.ºs I-IV, ano 70, janeiro/dezembro 2010, pp. 591 e ss..

Sobre as questões envolvidas pelo problema da consagração de uma ação constitucional de defesa no direito português, cf. ainda o nosso trabalho «O Direito de Impugnação Judicial de Actos Administrativos na Constituição de 1976 e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005, pp. 56 e ss..

⁵⁹¹ Sobre a designação «ação de amparo», cf. Carla Amado GOMES, «Pretexto...», cit., p. 545, n. 11, na senda de Wladimir BRITO, «O Amparo Constitucional», in: *Direito e Cidadania*, n.º 7, ano III, julho/outubro 1999, p. 26.

⁵⁹² V., por exemplo, artigo 41, n.º 2, da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 2/1979, de 3 de outubro)*, sobre o *recurso de amparo*, ou o artigo 93, § 1 (4a), da *Grundgesetz*, sobre a *Verfassungsbeschwerde*.

⁵⁹³ Não é por acaso que o STA (Acórdão de 06.12.2006, P. 885/2006) entende que este meio processual corresponde à “consagração de um direito constitucional de amparo a efectivar através das vias judiciais normais”.

concreta, o Tribunal Constitucional já aprecia a constitucionalidade das normas *na interpretação* que lhes confere o juiz *a quo*, e detém o poder de impor uma determinada interpretação da norma-objeto para a decisão do caso concreto pelo tribunal recorrido. Ir mais longe só iria, provavelmente, aumentar a litigiosidade interjurisdicional e transformar o Tribunal Constitucional numa instância ordinária de recurso.

Ademais, se os cidadãos não têm acesso direto ao Tribunal Constitucional nos processos de fiscalização abstrata sucessiva, a verdade é que o leque de entidades dotadas de legitimidade processual ativa se revela bastante amplo, apresentando-se algumas delas (em especial, o Provedor de Justiça) bastante recetivas ao desencadeamento de um processo de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, sobretudo quando instadas a isso através do exercício do direito de petição. Por último, qualquer interessado que haja suscitado um incidente de inconstitucionalidade numa causa submetida a julgamento em qualquer tribunal tem a possibilidade de interpor o recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, no âmbito do processo de fiscalização concreta – razão pela qual a doutrina já vem qualificando o recurso de constitucionalidade como uma “espécie de «amparo»”, ainda que apenas um “«amparo contra a lei»”⁵⁹⁴.

1.3.2. Considerações metodológicas e realização jurisdicional dos direitos fundamentais

A circunstância de o controlo jurisdicional do respeito pelos direitos fundamentais se encontrar conferido à jurisdição⁵⁹⁵ demanda uma tentativa de identificação de cânones metodológicos. Existe, pois, um conjunto de

⁵⁹⁴ Assim, Cardoso da COSTA, «O Tribunal...», cit., p. 491. Efetuando uma comparação entre o recurso de constitucionalidade e o âmbito da ação constitucional de defesa, v. Casalta NABAIS, «Os Direitos...», cit., p. 70.

⁵⁹⁵ Constituindo os direitos fundamentais objeto de realização por todos os setores dos poderes públicos, dir-se-á que os problemas interpretativos não se colocarão apenas quando está em causa o controlo jurisdicional. Naturalmente, não se ignora que a interpretação das normas sobre direitos não é um exclusivo dos tribunais – razão pela qual os princípios que agora analisaremos constituem arrimos importantes para a realização dos direitos pelos outros poderes públicos, ainda que, mesmo quando os cânones invocados possam coincidir (pelo menos, nominalmente), a intencionalidade específica de cada um daqueles poderes justifique a atribuição de um sentido próprio. Pense-se, v. g., no que sucede com a sinéptica ou o relevo interpretativo do resultado da decisão, que terá um alcance muito maior no exercício da função administrativa, no confronto com a importância que se lhe confere no âmbito da atividade jurisdicional.

princípios que orientam o juiz-intérprete na sua tarefa de controlo-garantia e que se revelam especialmente importantes quando as normas sobre direitos fundamentais são mobilizadas no âmbito da Justiça Constitucional. Atente-se em que, por via de regra, os tribunais não se limitam, no exercício desta função, a interpretar as normas consagradoras de direitos fundamentais, impondo-se-lhes também a interpretação das normas que com aquelas potencialmente conflituam⁵⁹⁶ – a pressupor que o *munus* interpretativo exija um ir e vir entre as várias «fontes de direito» e que os diversos cânones metodológicos se possam aplicar aos diferentes níveis normativos.

Encontrando-se os direitos fundamentais consagrados, em primeira linha, nas constituições (sem prejuízo da sua positivação também em convenções internacionais), não se estranhará que os cânones doravante abordados bebam a sua inspiração na metódica interpretativa constitucional. Neste sentido, a interpretação das normas relativas aos direitos fundamentais constitui uma expressão da interpretação constitucional.

A interrogação sobre a metodologia apresenta-se não despicienda, num contexto, como o atual, caracterizado pela fuga (ou mesmo pelo silêncio) dos tribunais relativamente aos “problemas metódico-metodológicos de interpretação-concretização das normas constitucionais”⁵⁹⁷. Além disso, não são poucas as vozes que, louvando-se na sedução anestesiante do positivismo legalista e do método jurídico, ainda caracterizam o *modus* metodológico por referência a um “silogismo constitucional”, resultante de uma racionalidade dedutiva, que se exprimiria nos seguintes termos: P1) uma norma contrária à Constituição é nula (premissa maior); P2) a norma X é contrária à Constituição (premissa menor); C) a norma X é nula (conclusão) – podendo a premissa menor envolver ainda a formulação de um subsilogismo: P2.1.) A norma que falha um certo teste de constitucionalidade é contrária à Constituição; P2.2.) A norma X falha o teste de constitucionalidade; C2) A norma X é contrária à Constituição⁵⁹⁸. A superação deste modelo parece, contudo, tornar-se paulatinamente mais evidente perante os problemas suscitados pelas normas

⁵⁹⁶ Cf. também OSSENBÜHL, «Grundsätze der Grundrechtsinterpretation», in: MERTEN/PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 601, a propósito da interpretação da Constituição.

⁵⁹⁷ Gomes CANOTILHO, «Jurisdicción Constitucional y Nuevas Inquietudes Discursivas. Del Mejor Método a la Mejor Teoría», in: *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público y Historia Constitucional*, n.º 4, 2006, p. 428.

⁵⁹⁸ Cf. BORK, *The Tempting of America*, cit., pp. 162 e s.; GOLDFORD, «Book Review», in: *Journal of Politics*, n.º 3, ano 59, agosto 1997, p. 948, e *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 4 e ss..

atinentes aos direitos fundamentais: como vem salientando a doutrina⁵⁹⁹, a sofisticação da jurisprudência e da dogmática mais recentes nesta matéria apresentam uma evolução que demonstra o valor reconstitutivo da interpretação ou, em termos mais amplos, da realização jurisdicional das normas relativas aos direitos.

Como logo se compreende, a interpretação constitucional não constitui uma realidade *a se*, separada da interpretação jurídica, em geral; todavia, cânones e princípios hermenêuticos existem que sofrem algumas adaptações intencionais quando a sua mobilização ocorre no contexto da interpretação das normas da Lei Fundamental⁶⁰⁰, e, da nossa perspectiva interessada, das normas atinentes aos direitos fundamentais. Atinge-se justamente esta conclusão quando se considera que estas normas possuem uma abertura e um carácter lapidar⁶⁰¹, uma ausência de «firmeza de sentido» (*Sinnentschiedenheit*)⁶⁰² que as apartam das congêneres legislativas (ou administrativas) – características que lhes permitem afeiçoar-se às mutações históricas de uma comunidade em permanente devir⁶⁰³.

Em Portugal, as recentes decisões da Justiça Constitucional em matéria de direitos fundamentais e, em concreto, sobre os direitos sociais fez subir de tom as preocupações sobre a natureza das respetivas decisões e, sobretudo, sobre os cânones interpretativos utilizados.

1.3.2.1. Os denominadores comuns: unidade do sistema jurídico, multifuncionalidade e efetividade dos direitos fundamentais

A referência ao princípio da *unidade do sistema jurídico* poderia parecer estranha num contexto marcado quer pela ultrapassagem dos dogmas do positivismo legalista, quer por uma complexa teia normativa, por um conjunto de normatividades (as quais, como acentuámos, constituem um dos esteios da crise do direito). Ademais, a matéria dos direitos fundamentais caracteriza-se

⁵⁹⁹ Cf. MAHLMANN, «The Dictatorship...», cit., p. 344.

⁶⁰⁰ V. ainda STARCK, «Maximen der Verfassungsauslegung», in: ISENSEE/KIRCHHOFF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.ª ed., vol. XII, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, p. 623.

⁶⁰¹ OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., p. 602.

⁶⁰² BÖCKENFÖRDE, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 29, 1976, p. 2091.

⁶⁰³ Talqualmente ensina Rogério SOARES, «O Conceito Ocidental de Constituição», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, n.º 3744, julho 1986, p. 72.

justamente pela conflitualidade e pela tensão⁶⁰⁴, pelo que qualquer tentativa da sua eliminação se revelaria sempre inviável, representando antes um artificialismo. Ainda assim, e quando prático-normativamente compreendido, o princípio da unidade do sistema jurídico reveste-se de uma importância interpretativa não despidianda no horizonte em que nos movemos.

Com Baptista Machado⁶⁰⁵, poderemos afirmar que a unidade do sistema jurídico consubstancia o referente global e o elemento clarificador do sentido e da articulação entre as normas jurídicas constitutivas do sistema, perspetivado como um todo (embora se não esgote nesta dimensão); e, com Castanheira Neves, acrescentaremos que a unidade do sistema jurídico constitui “o problema intencional metodológico da unitária reelaboração normativamente constitutiva sobre ele próprio, que lhe permit[e] a assimilação congruente do que em princípio (nas virtualidades sistemáticas pressupostas) não admitiria, se não mesmo excluiria – congruência (ou integração) e assimilação (ou normativa adequação) exigidas simultaneamente pela intenção do direito”⁶⁰⁶.

O princípio da unidade do sistema jurídico vai justificar, pois, que as normas (incluindo as normas constitucionais) se devam interpretar tendo como pano de fundo os princípios normativos (e, em última análise, o princípio da dignidade humana), que as normas infraconstitucionais se interpretem à luz da Constituição e, em especial, que as normas que afetem os direitos fundamentais se interpretem em conformidade com os direitos fundamentais. E não se julgue que esta posição redunde numa defesa da plenitude lógica de um sistema sem contradições, fechado e sem lacunas, como resultava do paradigma normativístico e se encontrava pressuposta numa imposição tradicional do elemento sistemático da interpretação, uma vez que a unidade do sistema jurídico (da *ordem* jurídica) aqui postulada – e que se não re(con)duz ao problema das antinomias normativas, mas se reporta igualmente às opções axiológicas, aos postulados normativos e aos princípios jurídicos constituintes do sistema⁶⁰⁷ – é a inerente ao direito como ordem prática e não como ordem lógico-sistemática.

Esta conceção permite-nos avançar e, em articulação com o princípio da unidade do sistema jurídico compreendido nos termos propostos, enfatizar o

⁶⁰⁴ OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., p. 605, a propósito do sentido do princípio da unidade da Constituição no âmbito da interpretação das normas dos direitos fundamentais.

⁶⁰⁵ Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1993, pp. 212 e s..

⁶⁰⁶ Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., p. 123.

⁶⁰⁷ Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., p. 166.

relevo da *multifuncionalidade dos direitos fundamentais* também no âmbito da interpretação⁶⁰⁸. Em causa está acentuação de que os direitos não assumem apenas uma dimensão subjetiva de proteção das posições jurídicas individuais, mas satisfazem igualmente uma função objetiva, na medida em que corporizam os valores constitutivos da identidade axiológica da Constituição. Esta associação a uma “ordem de valores” traz como consequência a dilatação do âmbito de aplicação e do sentido das normas consagradoras de direitos fundamentais⁶⁰⁹.

Já salientámos que o facto de os direitos encontrarem a sua sede privilegiada na Constituição implica uma necessária referência aos princípios que marcam a respetiva interpretação. Por esse motivo, quando reportado especificamente à Lei Fundamental, o problema da unidade do sistema jurídico exige também a congruência entre as normas consagradoras de direitos fundamentais e as normas infraconstitucionais que os afetam. Neste contexto, a doutrina alemã costuma aludir ao princípio da inviolabilidade da Constituição (*Unverbrüchlichkeit der Verfassung*)⁶¹⁰, o qual fundamenta, *inter alia*, a rigidez constitucional e a existência de disposições destinadas a disciplinar a revisão, assim como a força normativa da Constituição e a sua supremacia no sistema das «fontes de direito», tornando inválidas as restantes normas (infraconstitucionais) que com aquela não se compatibilizem. Como logo se compreende, uma compreensão demasiado estrita deste princípio torna a Lei Fundamental imune à evolução da realidade constitucional, revelando-se igualmente refratária à porosidade das normas constitucionais e, em especial, à abertura necessariamente predicativa das normas atinentes aos direitos fundamentais⁶¹¹.

Todavia, a ideia de inviolabilidade da Constituição poderá, com proveito, volver-se numa inviolabilidade dos direitos fundamentais, concebida com uma dupla dimensão. Numa perspetiva mais imediata, de pendor negativo, a

⁶⁰⁸ Cf. SOMMERMANN, «Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung», in: MERTEN/DETLEF/PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 653. A primeira formulação do conceito de «multifuncionalidade dos direitos fundamentais» (*Multifunktionalität der Grundrechte*) deve-se a LUHMANN (*Grundrechte...*, cit., pp. 80 e 134). A mobilização deste conceito não implica, porém, a aceitação integral da posição do Autor (dos direitos como instituições de uma sociedade funcionalmente diferenciada), mas pretende acentuar a existência e a importância da dimensão objetiva dos direitos, e salientar que o respetivo reconhecimento traz um conjunto de valores reconhecidos como fundamentais por uma determinada comunidade.

⁶⁰⁹ Cf. OSSENBUHL, «Grundsätze...», cit., p. 611.

⁶¹⁰ V., v. g., IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeiten von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980, pp. 159 e ss.; H. A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 106 e ss.; ISENSEE, «Verfassungsrecht als “Politisches Recht”», in: ISENSEE/KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., vol. XII, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 508 e ss..

⁶¹¹ Cf. também H. A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht...*, cit., p. 107, referindo-se à tensão entre a inviolabilidade da Constituição e o imperativo da abertura (*Gebot der Offenheit*).

inviolabilidade pressupõe a proibição dos atos ofensivos dos direitos fundamentais, tornando inválidos todos aqueles que com eles se incompatibilizem. À luz de um vetor positivo, o princípio aponta para a *efetividade dos direitos*, exigindo uma atuação metodológica ativa de promoção. Este último permite fundamentar uma “interpretação generosa” (*generous interpretation*) das normas atinentes à matéria dos direitos fundamentais⁶¹². Por este motivo, a “interpretação generosa” aponta no sentido de que a hermenêutica das normas jusfundamentais deve espelhar os valores subjacentes ao ordenamento e, como tal, assegurar com a maior eficácia possível, a sua realização concreta – uma perspectiva que se revela consonante com a concepção dos direitos como elementos da identidade axiológica da Constituição (e do próprio Estado de direito).

A defesa da posição segundo a qual a interpretação dos direitos lhes deve garantir a maior eficácia não ignora as questões suscitadas pelos conflitos de direitos (ou de bens jurídicos). A circunstância de entendermos que, em princípio, às normas de direitos será conferido o sentido que assegure a sua maior efetividade não escamoteia a emergência de hipóteses em que a confluência de mais do que um direito impede a atribuição da maior eficácia a ambos. Embora se reconheça que, num cenário de conflito, os direitos possam ser limitados em algumas das suas dimensões por força de juízos de proporcionalidade e razoabilidade, concordância prática e ponderação, o princípio da efetividade impõe soluções que defendam a salvaguarda dos fundamentos subjacentes às normas, a prevalência do bem jurídico superior e a garantia do núcleo essencial dos direitos.

1.3.2.2. Os princípios concretizadores

Identificados os denominadores metodológicos à luz do qual a realização jurisdicional dos direitos fundamentais ocorre, importa aquilatar quais os princípios a convocar na tarefa de interpretação normativa nesta matéria, os quais têm justamente como tela as ideias de unidade do sistema jurídico, multifuncionalidade e efetividade dos direitos fundamentais.

Ao lado de três cânones mais clássicos – a interpretação conforme, a proporcionalidade e a concordância prática –, abordaremos ainda a *sinépica* e a sua relação

⁶¹² Sobre a interpretação generosa dos direitos fundamentais, v. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 70 e s..

com o relevo do resultado das decisões. À escolha e tratamento problemático destes princípios presidiu uma tríplice intenção: por um lado, salientar a superioridade normativa dos princípios (enquanto momento de validade do sistema jurídico) e das normas atinentes aos direitos fundamentais (enquanto concretizações possíveis do princípio da dignidade humana); por outro lado, enfatizar a conflitualidade latente dos direitos e entre os direitos; e, por último, sublinhar a posição intermédia que os direitos (*rectius*, as normas atinentes aos direitos) ocupam entre a axiologia fundamentante e a realidade jurídico-social, que os(as) transcendem, respetivamente, no plano da validade e no plano social (fáctico).

A. Interpretação conforme

Um dos cânones interpretativos mais relevantes neste plano consiste na *interpretação conforme*. Em termos genéricos, este princípio aponta no sentido de que, quando interpreta uma determinada norma, o decisor deve optar sempre por um sentido que não conduza a um conflito normativo, salvaguardando a integração daquela norma no sistema jurídico a que pertence. Não se trata agora de advogar uma conceção do sistema jurídico como dotado de uma plenitude lógica (como, de alguma forma, ainda resultava da compreensão tradicional do elemento sistemático da interpretação⁶¹³), mas, diversamente, de acentuar que, antes de concluir pela existência de um conflito, o órgão deve privilegiar os sentidos da norma que se afigurem mais consonantes com os seus parâmetros de vinculação, de harmonia com a ideia de que a realização do direito pela mediação da norma constitui, em simultâneo, a realização do direito pela mediação de todo o sistema⁶¹⁴.

⁶¹³ Como ensina Castanheira NEVES (*Metodologia...*, cit., pp. 104 e s.), segundo a teoria tradicional da interpretação, o elemento sistemático implica “a consideração da unidade e coerência jurídico-sistemáticas (a compreensão da norma em função do seu contexto, sobretudo pela sua inclusão no instituto ou domínio jurídico de que seria parte e referindo-a inclusivamente à unidade de toda a ordem jurídica), assim como a relevância de «lugares paralelos» (as posições inequívocas ou já esclarecidas que o legislador e a lei houvessem tomado em questões análogas)”, estando conexionado com a exigência da racionalidade da ordem jurídica, referida quer à coerência do legislador histórico, quer à coerência do objetivo sistema da lei, quer ainda à coerência prática das opções teleológicas.

⁶¹⁴ É ainda com base nesta ideia que Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 648 e s.) entende que o dever de coerência impõe a obrigação de prevenir antinomias, sendo o decisor chamado a efetuar uma «interpretação conforme à eliminação ou ao evitar de antinomias jurídicas», género amplo no interior do qual individualiza quatro espécies: interpretação do direito infraconstitucional em conformidade com a Constituição, interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário, interpretação das leis ordinárias em conformidade com as leis de valor reforçado, interpretação dos regulamentos em conformidade com as normas constitucionais, comunitárias e legislativas, bem como com as constantes de regulamentos de hierarquia superior.

A interpretação conforme assume-se, pois, como um cânone genérico que leve a preferir uma compreensão e determinação hermenêutico-normativas das normas, de molde a integrá-las hierárquico-sistematicamente no todo normativo do sistema jurídico⁶¹⁵ – o que está implicado na necessária “referência do sentido de cada norma ao ordenamento jurídico global” também defendida por Engisch, a propósito do cânone da interpretação conforme com a Constituição⁶¹⁶. Afinal, o cânone da interpretação conforme acaba por se volver num conjunto de cânones interpretativos, a mobilizar, de forma concertada, pelo decisor⁶¹⁷. Eis-nos diante de preferência que não releva de uma qualquer liberdade conferida ao órgão decisor e que ele poderá exercer (ou não), não se admitindo a opção por um sentido que conduza à invalidade da norma⁶¹⁸.

Não se trata, porém, de um arrimo que possua uma textura unidimensional: por um lado, o parâmetro em função do qual se afere a conformidade varia, podendo referir-se ao direito (*hoc sensu*, aos princípios) ou às normas constitucionais (ou internacionais), em particular as que positivam direitos fundamentais; por outro lado, e em consonância com a observação precedente, o argumento pode mobilizar-se no âmbito da interpretação das normas constitucionais, infraconstitucionais ou ainda constantes de instrumentos internacionais.

A primeira dimensão a considerar respeita à interpretação das normas (em especial, mas não só, constitucionais) consagradoras de direitos fundamentais⁶¹⁹

⁶¹⁵ Estamos a parafrasear Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 195. Cf. também SCHMIDT-ASSMANN, «El Método de la Ciencia del Derecho Administrativo», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 165. V. ainda VOGEL, *Juristische Methodik*, De Gruyter, Berlin/New York, 1998, p. 122, defendendo precisamente que os estratos normativos inferiores do ordenamento jurídico devem ser interpretados à luz dos princípios e das normas dos estratos normativos superiores, dando como exemplos deste princípio mais geral a interpretação em conformidade com a Constituição e a interpretação em conformidade com o direito internacional ou o direito europeu.

⁶¹⁶ ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1965, pp. 114 e 120; embora movendo-se, em certa medida, no cenário dos métodos interpretativos tradicionais, o Autor alia, neste momento, a «interpretação sistemática», chamada à colação por força da citada referência ao sistema jurídico global, a considerações não puramente lógicas, mas de caráter teleológico, tendo em conta que “as regras jurídicas têm em grande parte por função preencher certos fins em combinação com outras normas, completar finalisticamente estas outras normas”.

⁶¹⁷ Cf. também HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 378 (eis-nos diante de um aspeto que, como sublinha o Autor, se revela suscetível de suscitar dificuldades, visto que, em concreto, pode importar uma articulação tortuosa entre cânones diversos).

⁶¹⁸ É neste sentido que compartilhamos da opinião de LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 480) quando afirma “ser caso raro em que o tribunal pudesse escolher entre duas interpretações igualmente bem fundamentadas”, já que uma interpretação que conduza à invalidade da norma interpretada não pode considerar-se uma interpretação prático-normativamente alicerçada.

⁶¹⁹ E com esta observação não se pretende excluir a mobilização deste cânone na interpretação das restantes normas do sistema jurídico, mas apenas sublinhar que a interpretação conforme o direito tem um campo de ação privilegiado nas normas que positivam os direitos.

*em conformidade com o direito*⁶²⁰ ou *em conformidade com os princípios*⁶²¹. Atentando na dimensão fundante dos princípios normativos (dimensão essa que se verifica também quando em causa está uma norma da Constituição), este cânone postula a determinação da normatividade da norma constitucional em atenção aos seus fundamentos axiológicos, implicando a preferência do sentido da norma que melhor se harmonize com o(s) princípio(s) a ela subjacente(s) e eliminando potenciais conflitos entre o *ius* e a *lex (lato sensu)* – proposta que subentende uma referência direta das normas (*in casu*, das normas constitucionais) ao pano de fundo da normatividade jurídica.

A referência ao cânone da interpretação em conformidade com o direito assume uma relevância especial no horizonte em que nos movemos, em virtude da específica estrutura das normas constitucionais, caracterizadas por uma maior abertura ou menor densidade, bem como pela presença de conceitos de valor e de cláusulas gerais⁶²². Estas características já viabilizaram a defesa de propostas interpretativas que relevam da aproximação (ou mesmo da assimilação) entre Direito Constitucional e Política, e que visam, na famosa expressão de Triepel⁶²³, articular questões e interesses políticos com parâmetros jurídico-públicos.

Por este motivo, assomam aqui, com uma nitidez fulgurante, as exigências de sentido pressupostas pela juridicidade da atuação dos tribunais em geral e do Tribunal Constitucional (vinculados não apenas à Constituição e à lei – como parece apontar a própria Lei Fundamental –, mas à juridicidade), impondo que a interpretação de todas as normas (e, por conseguinte, também as de natureza constitucional) seja sempre codeterminada pelo direito (por todos os estratos do sistema jurídico). Ou, se o quisermos dizer com Castanheira Neves, “a constituição, nos seus momentos especificamente jurídicos deverá ser interpretada conforme o direito” e “não por estritos critérios políticos”.

Sem prejuízo da sua aplicação a qualquer norma do ordenamento jurídico, este cânone interpretativo assume uma importância decisiva na matéria dos

⁶²⁰ Castanheira Neves, «O Direito...», cit., p. 170.

⁶²¹ Cf. Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 188 e s.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 644 e s., Autores que acompanhamos de perto.

⁶²² V. BACHOF, «Estado...», cit., pp. 9 e s., enfatizando justamente que estas características das normas constitucionais podem fazer com que as decisões dos tribunais constitucionais se aproximem da política; como decorre do que diremos, já a seguir, em texto, afastamo-nos, contudo, do Autor, quando este defende que “as normas constitucionais em muitos casos não podem interpretar-se sem o recurso a valorações políticas”.

⁶²³ TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, Berlin, Walter de Gruyter, 1927, p. 12. No mesmo sentido, SMEND («Die Politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform», in: *Staatsrechtliche Abhandlungen und Andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 82) afirmava que “na medida em que o Direito Constitucional tem a Política como objeto, é um direito político” (*denn das Staatsrecht hat das Politische als Gegenstande, es ist politisches Recht*).

direitos fundamentais. Recuperando considerações já avançadas (cf., *supra*, Parte II), a conexão entre os fundamentos (os princípios normativos) e os direitos fundamentais exige uma contínua referência destes àqueles. Não pretendendo banalizar a convocação do princípio da dignidade humana, poderemos afirmar que o mesmo constitui, em qualquer hipótese, o referente de sentido das normas de direitos fundamentais. Todavia, mesmo sem recorrermos a um princípio transpositivo, torna-se possível a identificação de princípios à luz dos quais se devem interpretar as normas positivadoras de direitos: eis o que sucede, *v. g.*, com o princípio da legalidade criminal, no que respeita às garantias associadas à aplicação de medidas penais, ou com os princípios da proporcionalidade, igualdade, segurança jurídica e proteção da confiança, quando está em causa a restrição ou compressão de direitos.

A segunda dimensão consiste na *interpretação em conformidade com os direitos fundamentais*. A interpretação conforme os direitos fundamentais apresenta, desde logo, uma valência associada ao princípio da máxima efetividade interpretativa⁶²⁴, revelando-se mobilizável na tarefa hermenêutica relativa às normas que consagram tais direitos: nas hipóteses em que estas oferecem mais que um sentido possível, o intérprete encontra-se vinculado a selecionar aquele que confira uma maior eficácia aos direitos envolvidos.

Este cânone aplica-se ainda, e de forma mais evidente, à interpretação das normas que, não consagrando direitos fundamentais, os afetam: nestas hipóteses, estará em causa, em primeira linha, a interpretação de normas infraconstitucionais (legais ou regulamentares) que contendem com a matéria dos direitos. Estamos agora diante de uma manifestação da interpretação em conformidade com a Constituição, impondo ao intérprete que privilegie, dentro dos sentidos possíveis, aquele(s) que se revele(m) compatível(is) com a(s) norma(s) constitucional(is), em especial, com aquela(s) que positiva(m) direitos. Esta interpretação conforme apresenta, contudo, limites: nos casos em que se verifica uma contradição insanável entre a norma interpretanda e

⁶²⁴ Cf. Paulo OTERO, *Instituições...*, cit., pp. 594 e s.. Nos termos propugnados por este Autor, o princípio da máxima efetividade interpretativa possui um alcance mais amplo que o apontado no texto, exigindo ainda que, perante dois sentidos ampliativos da norma jusfundamental, se escolha aquele que se compatibiliza com a salvaguarda do maior número de direitos fundamentais; e que, nas situações de exceção constitucional, as normas atinentes à suspensão de direitos sejam interpretadas de modo a conferir maior alcance às normas relativas aos direitos fundamentais. Não nos referimos, neste momento, *ex professo*, a estas duas aplicações do princípio em virtude de tratarmos o problema que a primeira pretende resolver no quadro do princípio da concordância prática e de entendermos que a última constitui uma concretização do cânone da interpretação conforme os direitos fundamentais. Esta ideia não se encontra, aliás, muito distante de algumas concepções da doutrina alemã que defendem uma certa mutação do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, compreendidos, na senda de Alexy, como imperativos de otimização num processo de ponderação (assim, OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., pp. 607 e s.).

a norma consagradora do direito, em termos de o conteúdo àquela conferido, por força da interpretação, se transformar num *aliud*, diverso do conteúdo normativo⁶²⁵, ultrapassámos os limites da tarefa interpretativa.

B. Proporcionalidade e razoabilidade

A matéria dos direitos fundamentais constitui terreno fértil para a mobilização do princípio da proporcionalidade. Constituindo um dos subprincípios do Estado de direito, a proporcionalidade conhece uma aplicação específica em matéria de direitos fundamentais, quer enquanto elemento coadjuvante da interpretação das próprias normas que consagram os direitos⁶²⁶, sem ignorar que estas podem colidir com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, quer como padrão para a aferição da constitucionalidade das medidas dos poderes públicos, em especial naquelas que restringem direitos, liberdades e garantias, assumindo-se como um dos «limites dos limites».

É tradicionalmente salientado que o princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso) relaciona meios e fins, visando responder ao problema de saber se, depois de aferida a legitimidade dos últimos, a sua consecução se pode alcançar através das medidas selecionadas, que não de ser idóneas e exigíveis, causando mais benefícios que prejuízos. Quer dizer, o teste da adequação, postulando um juízo *ex ante* de prognose causal⁶²⁷ (essencialmente – mas não só – de natureza empírica⁶²⁸), exige que a medida se revele um mecanismo idóneo para a satisfação da finalidade dada. A referência à vertente da necessidade (ou indispensabilidade⁶²⁹) permite acentuar que, no confronto com outros meios igualmente adequados, a medida deve constituir

⁶²⁵ ASSIM, HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 73.

⁶²⁶ Salientando a “vertente metodológica” (*methodological aspect*) do princípio da proporcionalidade, BARAK (*Proportionality...*, pp. 3 e s., 7 e s., 72 e ss.) distingue a diferente operatividade do princípio da proporcionalidade como cânone da interpretação (dirigido à determinação do âmbito dos direitos – *interpretative balancing*) e enquanto limite da restrição aos direitos (destinado a avaliar as possibilidades e as razões dessa restrição – *constitutional balancing*).

⁶²⁷ HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, p. 51.

⁶²⁸ KUMM, «Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», in: PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Hart Publishing, Portland, 2007, p. 138.

⁶²⁹ Aludindo ao princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, cf. REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 171 e ss.. V. também PHILIPPE, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Françaises*, Economica, Paris, 1990, p. 188.

o instrumento menos lesivo ou menos intrusivo, em consequência direta da força jurídica dos direitos. Por fim, a ponderação custos-benefícios⁶³⁰ pretende, numa perspetiva positiva, sopesar as vantagens (para a consecução do fim) e as desvantagens (resultantes da utilização do meio) implicadas pela medida, com a consequência de que quanto maiores forem os sacrifícios causados por esta, maior importância devem assumir os benefícios para a satisfação da finalidade⁶³¹; e, numa ótica negativa, o princípio apela à regra segundo a qual, em situações de incerteza, deve o decisor escolher a alternativa cuja pior consequência seja superior às piores consequências das restantes⁶³². Estamos diante de juízos de elevada complexidade, por pressuporem delicadas operações de prognose que, com facilidade, resvalam do âmbito jurídico para o domínio da oportunidade política. As nuvens adensam-se em virtude de os testes da proporcionalidade enunciados (e inspirados, sobretudo, pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*) se revelarem, por si só, insuficientes para a resolução de todos os problemas relacionados com os direitos fundamentais.

Enquanto cânone interpretativo, a ideia de proporcionalidade determina que o sentido conferido à norma seja adequado e razoável em face dos fundamentos que lhe estão subjacentes, e que a sua mobilização para a resolução do caso concreto contribua para a realização desses fundamentos. Tal significa, pois, que o princípio da proporcionalidade acaba por traçar os limites (externos) da proteção (desde logo, constitucional) dos direitos⁶³³.

⁶³⁰ Como decorre do texto, a ponderação custos-benefícios pressuposta pelo princípio da proporcionalidade reveste uma natureza normativa e não económica. São, aliás, sobejamente conhecidas as deficiências que uma estrita análise económica custos-benefícios implica no contexto mais global da limitação da atividade do poder público, desde logo, por não permitir abranger considerações insuscetíveis de mensuração monetizável – aspeto que se torna mais evidente no campo dos direitos fundamentais. E esta observação mantém-se, ainda quando se procuram construir formas de medir valores como a vida humana: cf., v. g., SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 132 e ss., exemplificando com a circunstância de, em algumas análises custos-benefícios, se quantificarem monetariamente as vidas humanas com propósitos estatísticos.

⁶³¹ A formulação adotada do teste da proporcionalidade em sentido estrito numa vertente positiva aproxima-se propositadamente da *law of balancing*, decantada por ALEX, *A Theory...*, cit., p. 102: “the greater the degree of non-satisfaction or limitation of one principle, the greater must the importance of satisfying the other”.

⁶³² Cf., v. g., RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Editorial Presença, Lisboa, 1993, pp. 132 e ss., a propósito da «regra *maximin*» (no sentido de *maximum minimorum*), que determina “[a ordenação d]as alternativas em função das piores de entre as respectivas consequências possíveis: devemos adoptar a alternativa cuja pior consequência seja superior a cada uma das piores consequências das outras” (*Op. cit.*, p. 132).

⁶³³ KUMM, «Political Liberalism...», cit., p. 132. Esta dimensão revela-se especialmente importante, sob pena de o âmbito conferido a determinados direitos se tornar incontrolável: mobilizando um exemplo também avançado pelo Autor (*Op. cit.*, pp. 141 e 150), embora a outro propósito, e retirado da jurisprudência constitucional alemã, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ter um alcance tal que compreenda o direito a montar a cavalo nas florestas públicas, o direito a alimentar pombos nas praças públicas, o direito a fumar “*marijuana*” ou o direito a introduzir

Neste sentido, o princípio aproxima-se (complementando) da interpretação em conformidade com os princípios e avança já o tratamento que daremos à sinéptica e ao problema do relevo do resultado da decisão. O princípio da proporcionalidade assume-se como cânone de interpretação constitucional na medida em que pretende assegurar a consonância prático-normativa entre o sentido da norma e a sua axiologia predicativa.

Ainda que se não possa apartar totalmente da dimensão anterior⁶³⁴, o campo privilegiado da atuação da proporcionalidade respeita, porém, ao da apreciação da validade das medidas que restringem os direitos com o propósito de salvaguardar outros bens jurídicos fundamentais. Neste horizonte, importa destacar dois pontos essenciais, que se prendem com outros tantos limites ao princípio da proporcionalidade, os quais se reconduzem ao princípio da justiça (associado à dignidade humana) e ao princípio da separação de poderes.

Assim, e por um lado, existem medidas que se revelam totalmente incompatíveis com a identidade axiológica do Estado de direito e, como tal, não podem ser sujeitas aos testes do princípio da proporcionalidade, independentemente da legitimidade ou da bondade dos fins que com aquelas se pretenderia prosseguir. Assim sucederá, desde logo, quando a consagração dos direitos seja efetuada através de uma regra que proíba determinada medida: considere-se, *v. g.*, a proibição da escravatura e do trabalho forçado, constante do artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em regra, estas normas mais não são que concretizações da justiça, dos últimos redutos da dignidade humana, pelo que poderemos avançar um pouco e afirmar que qualquer medida que contrarie o princípio da justiça se encontra proibida. Está aqui presente a ideia segundo a qual o princípio da justiça, embora surja mediado por outros princípios, consubstancia algo mais que os princípios normativos igualmente constantes do texto constitucional, possuindo um conteúdo autónomo e mais exigente que o postulado por eles, na

determinada raça de cães no país; concebendo a proporcionalidade como cânone interpretativo, o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade há de envolver todas, *mas apenas*, as faculdades exigidas pelos fundamentos que o predicam (a “garantia das condições de uma individualidade autónoma e livre”, incluindo a proteção geral da personalidade e de um direito geral de personalidade, bem como o reconhecimento de uma liberdade geral de ação – assim, Paulo Mota PINTO, «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica* 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 164; note-se que o Autor, refletindo sobre os limites a este direito, não deixa de assinalar a relevância do princípio da proporcionalidade – *Op. cit.*, pp. 223 e s.).

⁶³⁴ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia demonstra esta interligação entre ambas as dimensões do princípio da proporcionalidade, na medida em que enquadra as restrições (sujeitas ao princípio da proporcionalidade num preceito (o artigo 52.º) dedicado ao “âmbito e interpretação dos direitos”).

medida em que apela à própria ideia de Direito⁶³⁵ e se assume como «Valor Absoluto»⁶³⁶. Tratar-se-á de medidas que assumem uma gravidade tal que contendem com o étimo fundante do Direito, quer por recusarem a dignidade a qualquer pessoa humana, quer por a transformarem em instrumento de uma estratégia política ou económica⁶³⁷. Ou, se quisermos dizê-lo com o Tribunal Constitucional⁶³⁸, a norma em causa deve apresentar “uma solução normativa absolutamente inaceitável (...), que afecte uma dada dimensão do núcleo fundamental dos interesses essenciais da pessoa humana e que colida com os valores estruturantes do ordenamento jurídico”. Destarte, a violação do princípio da justiça surge numa posição de *prima ratio*, que afasta qualquer tentativa de equilíbrio com outros valores jurídicos, impedindo as ponderações próprias do princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, e sem prejuízo da diversidade das situações envolvidas⁶³⁹, a invocação do princípio da proporcionalidade encontra alguns limites quando confrontada com o princípio da separação de poderes. Considerando que são as medidas legislativas aquelas que mais atingem os direitos fundamentais, mas sopesando igualmente a necessidade de salvaguardar a liberdade de conformação do legislador, o juiz apenas deverá considerar contrárias aos direitos as opções do poder legislativo que se mostrem inadequadas, desnecessárias e desproporcionais à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos⁶⁴⁰, sem perder de vista as diversas possibilidades de aplicação prática aos diferentes tipos de casos à mesma subjacentes⁶⁴¹. Estamos, pois,

⁶³⁵ KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 225, para quem a justiça, enquanto mais elevado valor do Direito, coincide com a própria ideia de Direito.

⁶³⁶ Cf., convocando a lição de Cícero (que concebe a justiça como a *vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*), Marcello CAETANO, «O Respeito da Legalidade e a Justiça das Leis», in: *O Direito*, ano 81.º, fasc. 1.º, janeiro/março 1949, p. 23, que a define como “a tal energia que a lei positiva se limita a captar e a aproveitar mas que actua na consciência de todos nós, superior à nossa vontade e independente das nossas concepções”.

⁶³⁷ V. Castanheira NEVES, «O Papel...», cit., p. 44, e *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 576 e s.. Recorde-se ainda que, na senda das considerações avançadas já na Parte II, o «homem-pessoa» e a sua dignidade constituem a dimensão ética (a «condição ética») que confere ao direito o sentido de *direito*, garantindo-lhe concomitantemente a sua autonomia: uma ofensa desta condição ética – uma das condições da emergência do direito como direito (a par das condições mundano-social e humano-existencial) – implica a negação do sentido último da juridicidade.

⁶³⁸ Acórdão n.º 363/2001, de 12 de julho, § 6.

⁶³⁹ V. Suzana Tavares da SILVA, *Direitos...*, cit., pp. 73 e s..

⁶⁴⁰ Cf. STARCK, *Verfassungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 95.

⁶⁴¹ Com esta observação pretendemos, de algum modo, dar resposta às preocupações de Reis NOVAIS (*Os Princípios...*, cit., pp. 187 e ss.), quando complementa a proporcionalidade com a razoabilidade, verificando, neste último princípio, o impacto que a medida possa ter na esfera dos sujeitos por ela afetados; de acordo com o Autor, ainda que uma medida, em abstrato e em geral, se revele proporcional, violará o princípio da razoabilidade se, na sua aplicação concreta, atingir um destinatário,

diante de um juízo que, de alguma forma, permite circunscrever (*hoc sensu*, assinalar os limites constitucionais) o poder jurisdicional de apreciação das medidas em matéria de direitos adotadas pelas demais funções estaduais.

Todavia, a possibilidade de mobilizar o princípio da proporcionalidade para o controlo da atuação do legislador, também implica que aquele funcione como uma limitação *negativa* à ação legislativa – limitação essa que, por não implicar uma fiscalização substancial da *conveniência* dos atos, não determina a dissolução da discricionariedade⁶⁴². Neste sentido, a reserva do legislador só intervém perante medidas que cumpram as exigências de sentido subjacentes àqueles princípios: pensando agora no princípio da proporcionalidade, a discricionariedade só existe perante medidas que, sendo adequadas e necessárias, passem o teste da proporcionalidade em sentido estrito. A escolha da medida a adotar no caso concreto releva de um espaço de conformação do legislador, não podendo o juiz substituir a opção deste pela sua; ao tribunal não caberá determinar qual *a melhor medida* para atingir o fim, mas apenas avaliar se a escolhida pelo legislador *não é desproporcional para a satisfação desse mesmo fim*. Por outro lado, o juízo da proporcionalidade a formular pelo juiz não se poderá deixar impressionar pelas consequências (politicamente) contestáveis de determinadas medidas previstas pelo legislador, porquanto, numa democracia representativa, a censura ao mérito político do exercício da função legislativa não cabe aos tribunais, que apenas intervêm quando existe uma falha no processo democrático (de natureza substancial ou procedimental)⁶⁴³.

Não ignoramos, pois, que os juízos inerentes ao princípio da proporcionalidade acabam por conceder uma margem de escolha ao decisor jurisdicional⁶⁴⁴, conduzindo o tribunal a uma penetração significativa na reconstrução do juízo valorativo do legislador, sem que, com isso, se assista a uma invasão da esfera própria do exercício (do núcleo essencial) da função legislativa. Por esse motivo, vem-se defendendo que as medidas legislativas só deverão considerar-se incompatíveis com os direitos em caso de violação flagrante ou

impondo-lhe encargos desproporcionais em face das exigências de sentido da dignidade humana e do Estado de direito.

⁶⁴² Cf. Rogério SOARES, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, p. 191, embora a propósito do funcionamento do princípio da proporcionalidade no âmbito da atividade administrativa discricionária e do respetivo controlo jurisdicional.

⁶⁴³ Nesta linha, cf. também ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980, p. 103 (embora o Autor ponha, compreensivelmente, a tónica na observância do *due process*).

⁶⁴⁴ Cf., v. g., Vitalino CANAS, «Proporcionalidade (Princípio da)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, s.n., Lisboa, 1994, pp. 616 e s..

manifesta do princípio, ou, como preferimos, quando existe uma “violação clara do princípio”⁶⁴⁵ que não passa o teste da razoabilidade⁶⁴⁶. Não se trata de uma solução muito distante da que advoga a deferência judicial quando exista um «dissenso razoável» (*reasonable disagreement*)⁶⁴⁷ acerca do *an e*, sobretudo, do *quomodo* da restrição como meio para a proteção de outros bens jurídico-constitucionalmente protegidos.

E com esta posição não pretendemos substituir um princípio *in dubio pro libertate*⁶⁴⁸ por um princípio *in dubio pro legislatore*, ou utilizar a proporcionalidade como modo de fragilizar os direitos⁶⁴⁹, mas sublinhar que a violação dos direitos fundamentais pelo poder legislativo apenas poderá ser jurisdicionalmente afirmada após um exame rigoroso da medida, em consonância com a necessidade de reconduzir da função judicial ao seu raio de ação.

⁶⁴⁵ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 288 (itálico nosso).

⁶⁴⁶ Articulando já proporcionalidade e razoabilidade neste contexto, cf. Suzana Tavares da SILVA, *Direitos...*, cit., p. 75, e «O *Tetralemma* do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, p. 677.

⁶⁴⁷ Utilizamos o conceito na acepção cunhada por FALLON, *Implementing the Constitution*, cit., pp. 81 e s., 95 e ss., na senda do relevo conferido pela doutrina norte-americana (cf., v. g., WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999) ao dissenso no âmbito da realização da Constituição (a dimensão apresentada no texto é, todavia, apenas uma das três que o Autor atribui ao *reasonable disagreement*). Com a invocação deste conceito não pretendemos, contudo, aceitar todas as consequências das teorias políticas do *disagreement* de Waldron, designadamente o facto (também apontado por HABERMAS, «On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”», in: *Ratio Juris*, n.º 2, vol. 16, junho 2003, p. 189) de que, no limite, nenhum caso tem, numa perspectiva objetiva, uma só solução correta, ou a circunstância de que, em última análise, as questões relacionadas com os direitos devem ser tratadas pelo legislador e não pelos juízes (cf. FABRE, «The Dignity of Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, vol. 20, 2000, pp. 271, 274 e s., 278).

⁶⁴⁸ Princípio que, aliás, recebeu inúmeros aplausos, mas também muitas críticas: cf., v. g., OSSENBUHL, «Grundsätze...», cit., pp. 608 e s.; RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 252 e ss..

Reações similares recebeu o congénere norte-americano: a *preferred freedoms doctrine* ou *preferred position doctrine*. Esta última surgiu justamente para contrabalançar a tradicional presunção a favor (da constitucionalidade) dos atos jurídico-públicos e constituiu um limite à deferência jurisdicional relativamente ao poder legislativo. A formulação primeira desta doutrina remonta ao célebre Acórdão da *Supreme Court* «United States v. Carolene Products Co.», de 25.04.1938 (in: *United States Reports*, vol. 304, 1938, pp. 144 e ss.), relatado pelo Justice Stone: por um lado, afirma que, em princípio, se deve presumir a existência de factos que suportam ou justificam os juízos do legislador, apenas se considerando inconstitucional uma medida legislativa (*in casu*, de natureza económica) se se comprovar que existem circunstâncias suscetíveis de ilidir a presunção de que àquela medida subjaz uma base racional, que releva do conhecimento e da experiência do poder legislativo; todavia, acrescenta que esta presunção poderá não se aplicar quando estejam em causa medidas que afetem determinadas matérias (onde inclui a legislação que afete, em geral, as primeiras dez Emendas e a XIV Emenda e, em especial, as liberdades de participação política e os direitos de certas minorias), as quais se encontram sujeitas a um escrutínio jurisdicional mais rigoroso (cf., esp.¹⁸, p. 152, e nota 4). Também esta posição não se revela isenta de escolhos, na medida em que, ao cabo e ao resto, acaba por originar uma hierarquização entre os direitos fundamentais (porque apenas alguns são *preferred* e não todos), e uma hierarquização que pode nem corresponder à consciência axiológica da comunidade em determinado momento histórico. cf., v. g., ACKERMAN, «Beyond *Carolene Products*», in: *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, pp. 713 e ss.; CUSHMAN, «*Carolene Products* and Constitutional Structure», in: *The Supreme Court Review*, janeiro 2013, pp. 321 e ss..

⁶⁴⁹ Cf. as pertinentes observações de KUMM, «Political Liberalism...», cit., p. 142.

Assim, o modo como tradicionalmente se encara quer o ativismo, quer a autocontenção jurisdicionais nesta matéria levam a que as concebamos como patologias do sistema, quando ambas as tendências correspondem a uma inobservância (por excesso ou por defeito, respetivamente) do sistema de *checks and balances*, assegurado pela convivência entre a autonomia do legislador e o controlo jurisdicional da validade da sua atuação. Na verdade, a partir do momento em que se acolhe a admissibilidade de uma fiscalização dos atos legislativos por um tribunal (incluindo um Tribunal Constitucional, com competência para eliminar do ordenamento jurídico, com efeitos *ex tunc*, uma medida legislativa) e se aceita a dimensão jurisdicional desta atividade, defendendo as vantagens da Justiça Constitucional, apenas se poderá exigir que, nesta tarefa de controlo, o órgão judicial cumpra a sua função e fiscalize as atuações legislativas (em especial, para o tema que nos ocupa, as que restringem direitos fundamentais) *até aos limites da função jurisdicional, embora sem nunca os ultrapassar*; ou, na perspetiva oposta, e se o quisermos dizer com Alexy⁶⁵⁰, “a fiscalização da constitucionalidade [está] confinada ao controlo dos limites da competência do legislador”.

C. Concordância prática e ponderação

A convocação do princípio da concordância prática ou da harmonização costuma ocorrer ao nível da interpretação constitucional, no quadro da resolução de conflitos entre dois valores jurídicos com idêntica dignidade constitucional⁶⁵¹ e possuindo, como tal, um campo de eleição no horizonte dos direitos fundamentais⁶⁵². Deste princípio decorre que, em caso de conflito entre bens jurídicos, se efetua uma ponderação, não se devendo optar por uma solução que envolva o sacrifício total de um deles (atingindo o respetivo núcleo essencial), mas privilegiando aquela que permita a sobrevivência de ambos, ainda que sujeitos a limitações recíprocas.

Embora surja associado a uma ponderação, o princípio da concordância prática não se sobrepõe ao princípio da proporcionalidade que analisámos

⁶⁵⁰ ALEXY, «Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012 p. 519, justamente a propósito do princípio da proporcionalidade.

⁶⁵¹ Cf. a Declaração de Voto do Conselheiro Cardoso da Costa, ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 19 de março.

⁶⁵² Cf. HESSE, *Elementos...*, cit., pp. 66 e s.. Entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1225; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 301 e ss.; Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 115.

no ponto anterior. Não se confundirá certamente, quando a ideia de proporcionalidade é utilizada como auxiliar na determinação do sentido da norma consagrada de direitos. Mas também não se verifica qualquer sobreposição quando opera no horizonte das restrições aos direitos fundamentais, e mesmo quando está em causa a ponderação custos-benefícios pressuposta pelo entendimento tradicional do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Na verdade, enquanto o princípio da proporcionalidade se destina a auxiliar na decisão sobre a legitimidade (jurídica) da opção por uma determinada medida (*in casu*, restritiva de direitos) tendo em vista uma finalidade dada (tutela de outros valores constitucionalmente protegidos), a concordância prática dirige-se a efetivar uma harmonização, no plano constitucional, dos bens e valores em confronto (com idêntica carga axiológica), de molde a preservar o máximo possível dos respetivos âmbitos de relevância⁶⁵³. Talqualmente resulta das considerações já tecidas, o juízo inerente ao princípio da proporcionalidade dirige-se a aquilatar em que medida uma concreta restrição a um direito constitui um meio proporcional (*lato sensu*) para a satisfação de uma determinada finalidade (que há de ser também merecedora de tutela constitucional). Em particular, as ponderações pressupostas pelo princípio da proporcionalidade não se destinam a equilibrar valores em conflito

⁶⁵³ A este propósito, HESSE (*Elementos...*, cit., p. 67), embora aluda à “proporcionalidade” inerente ao juízo de concordância prática, distingue entre a proporcionalidade que exprime uma relação de duas grandezas variáveis e aquela que identifica uma relação entre uma finalidade constante e um ou vários meios variáveis.

Entre nós, e advogando também uma distinção entre os princípios da proporcionalidade e da concordância prática, cf. Vitalino CANAS, «Proporcionalidade...», cit., pp. 607 e ss.; distanciamo-nos, contudo, deste Autor, quando entende que, ao contrário do princípio da concordância prática (que pressupõe a ponderação entre bens com o mesmo peso), o princípio da proporcionalidade parte de uma diferenciação entre valores, estando apenas em causa determinar se o seu sacrifício é compensado pela satisfação de outros bens ou valores – posição que impede a conciliação, no mesmo raciocínio, da proporcionalidade e da concordância prática (como, aliás, é reconhecido pelo próprio Autor, afirmando explicitamente que “o universo em que age o princípio da proporcionalidade é diferente do universo da concordância prática”).

Já Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., p. 303) defende que o princípio da concordância prática se executa através de um critério de proporcionalidade (em consonância com um juízo de ponderação) na distribuição dos custos de conflito, exigindo-se que o sacrifício de um dos valores seja adequado e necessário à salvaguarda do outro e que a preferência concreta de um dos valores se faça de modo a comprimir o menos possível cada um deles, segundo o seu peso na situação. Acolhendo posição similar, cf. Dulce LOPES (*O Princípio...*, cit., pp. 31 e s.), embora sublinhando um esbatimento das diferenças entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da concordância prática, quando se atende ao teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Na jurisprudência constitucional, tem-se verificado uma assimilação entre concordância prática e ponderação de bens – cf., *v. g.*, associando claramente a concordância prática à proporcionalidade, na medida em que o sacrifício de um dos direitos ou valores em conflito deve ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda do outro, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 19 de março; na linha deste último, *v. também* Acórdão n.º 85/85, de 29 de maio. Cf. ainda Acórdão n.º 288/98, de 17 de abril, a propósito do conflito entre a proteção da vida humana intrauterina e os direitos da mãe; recuperando estas conclusões, no mesmo sentido se orientou posteriormente o Acórdão n.º 617/2006, de 15 de novembro.

(sacrificando-os), mas a apreciar as vantagens e os benefícios que a concreta medida restritiva lhes confere.

Ora, a utilização do princípio da concordância prática na resolução de conflitos de direitos fundamentais aponta quer para o reconhecimento do valor objetivo que os direitos corporizam, quer para a inexistência de uma hierarquia *a priori* entre eles⁶⁵⁴. Este último ponto poderá suscitar algumas dificuldades, na medida em que existe não só uma grande heterogeneidade entre os direitos, como também formas muito distintas da sua positivação.

Assim, e por um lado, existem direitos cuja formulação exclui, em certas dimensões, qualquer possibilidade de ponderação: considere-se, *v. g.*, a proibição da pena de morte (tutelada pelo direito à vida, ao abrigo do n.º 2 do artigo 24.º da CRP) ou a proibição da tortura, tratos e penas cruéis, degradantes ou desumanas (incluída no direito à integridade pessoal, nos termos do n.º 2 do artigo 25.º da CRP). A consagração destes direitos envolve já uma concretização através da elaboração de um critério de decisão. A esta consideração acresce que, atenta a identidade axiológica da Constituição portuguesa, a previsão da pena de morte ou da tortura invadiria o núcleo essencial dos direitos à vida e à integridade pessoal, ultrapassando, pois, os limites do funcionamento do princípio da concordância prática.

Por outro lado, as maiores dificuldades emergem em resultado de a própria Constituição reservar determinados regimes para certos direitos: eis o que sucede, por excelência, com a disciplina jurídica dos estados de exceção constitucional (onde o n.º 6 do artigo 19.º impede a suspensão dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei penal, do direito de defesa dos arguidos e da liberdade de consciência e de religião⁶⁵⁵), mas também com o âmbito

⁶⁵⁴ Cf. também OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., p. 612, a propósito do juízo de ponderação de bens, salientando, neste contexto, a falta de respaldo na *Grundgesetz* de uma teoria como a das *preferred freedoms* do direito norte-americano (sobre esta questão, *v. supra*, em nota).

⁶⁵⁵ A estes direitos, a Lei n.º 44/86, de 30 de setembro (Regime do estado de sítio e do estado de emergência) acrescenta o respeito pelas garantias do princípio da igualdade e da não discriminação, o direito de *habeas corpus*, a impossibilidade do estabelecimento de censura prévia, o direito de reunião dos órgãos estatutários dos partidos políticos, sindicatos e associações profissionais [cf. artigo 2.º, próemio e n.º 2, alíneas *a)*, *d)* e *e)*] e o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, liberdades e garantias (artigo 6.º). Embora viabilize uma extensão da tipologia dos direitos salvaguardados em estados de exceção constitucional, esta norma traduz apenas uma extensão *legal* (*i. e.*, correspondente a uma opção legislativa). Diferente desta extensão legal é a interpretação do n.º 6 do artigo 19.º no sentido de aí incluir também os direitos e liberdades naturalmente associados aos consagrados naquele elenco, na medida em que consubstanciam a sua expressão natural e lhes conferem a garantia de que carecem – para um alargamento, neste sentido, do âmbito do preceito em análise, cf. Jorge MIRANDA, «Artigo 19.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 413, anotação VIII. Inclinando-se para a natureza exemplificativa dos direitos mencionados no n.º 6 do artigo 19.º, cf. Bachelar GOUVEIA, *O Estado*

da garantia de processos judiciais céleres (circunscrita, nos termos do n.º 5 do artigo 20.º, à defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais⁶⁵⁶). A conformação de normativos especiais relativamente a determinados direitos, liberdades e garantias não se dirige à introdução de categorias normativas no seio daquela classificação, de molde a criar direitos dotados de maior ou menor relevo ou valor jurídico-constitucional – afinal, todos eles, constituem reflexos da autonomia ética da pessoa e consubstanciam posições jurídicas substantivas, dirigidas à proteção dos bens jurídicos considerados essenciais e fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo principal é determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais⁶⁵⁷. Todavia, a já aludida ausência de homogeneidade dentro dos direitos, liberdades e garantias não permite ocultar as diferenças materiais que entre eles intercedem, as quais se projetam quer noutras normas constitucionais, quer nos próprios vícios gerados pela sua violação e na respetiva disciplina jurídica. Por este motivo, a Constituição admite a existência de um regime de tutela reforçada relativamente a certos direitos: «direitos fundamentalíssimos»⁶⁵⁸ ou «direitos fundamentais absolutos»⁶⁵⁹ – que, no máximo, poderá ter tradução no juízo de ponderação, mas que não impede a mobilização do princípio da concordância prática quando tais direitos conflituem com outros.

O juízo subjacente ao princípio da concordância prática reconduz-se à ponderação: está em causa uma tarefa de comparação entre os valores⁶⁶⁰ conflituantes em presença e a consequente elaboração de uma norma de conflito. Estamos diante de um *juízo prático-normativo* e não diante de um juízo lógico-abstrato.

de Exceção no Direito Constitucional, vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 893 e ss. (esp.º 904 e s.).

⁶⁵⁶ Embora diretamente inspirado neste preceito, o artigo 109.º do CPTA não restringe o seu âmbito de aplicação a determinados direitos, liberdades e garantias. Sem prejuízo da consagração ou imposição constitucional de outros processos céleres (como o processo relativo à prisão preventiva ou o *habeas corpus* – artigos 28.º e 31.º, respetivamente), recorde-se que a introdução do n.º 5 no artigo 20.º, resultante da revisão de 1997, foi marcada de modo decisivo pela necessidade de estabelecer um regime especial de impugnação de atos administrativos que ponham em causa direitos fundamentais (cf. as intervenções dos Deputados Vital Moreira e José Magalhães, emitidas aquando da análise das propostas de aditamento do n.º 5 ao artigo 20.º, in: *Diário da Assembleia da República*, II-RC, n.º 19, 11.09.1996, pp. 446 e ss.; v. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 499 e s.). O âmbito mais alargado da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias representou uma opção consciente do legislador ordinário, que, no anteprojeto, chegou a restringir o meio processual apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais.

⁶⁵⁷ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 79 e s., 176.

⁶⁵⁸ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 314.

⁶⁵⁹ Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, cit., pp. 1463 e ss..

⁶⁶⁰ Concebendo já a ponderação como uma “metáfora para a acomodação de valores” (*metaphor for the accommodation of values*), v. SHIFFRIN, «First Amendment...», cit., p. 1249. Em termos distintos, entendendo que a ponderação se destina a solucionar conflitos de interesses, aos quais são associados, expressa ou implicitamente, valores, cf. ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», in: *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 945.

Por esse motivo, a comparação entre os valores a ponderar também não assume uma índole quantitativa, possui antes uma natureza qualitativa⁶⁶¹. Não se trata de concluir, a final, que um direito é superior a outro e, por conseguinte, deve prevalecer sobre ele, mas de, considerando quer as circunstâncias do tipo⁶⁶² de conflito, quer a axiologia subjacente ao sistema jurídico, decidir como se compatibilizam, naquele caso, os direitos envolvidos.

Naturalmente, o resultado do funcionamento do princípio da concordância prática não tem que consistir numa limitação equivalente dos âmbitos de ação dos direitos fundamentais conflitantes. E tal pode significar, em concreto, que a comparação e avaliação dos valores coenvolvidos determinará que o âmbito de ação de um dos direitos constituirá objeto de um sacrifício menor que o do outro, sem que isso implique a conclusão de um dos bens jurídicos possui uma carga axiológica mais forte que o outro⁶⁶³. Atente-se, *v. g.*, na criminalização da conduta correspondente ao crime de dano e na sua punição com a pena de prisão: ainda que subjacente à norma penal incriminadora se encontre o bem jurídico propriedade (em geral, na sua dimensão de domínio sobre a coisa)⁶⁶⁴ e que a previsão da pena de prisão implique uma limitação à liberdade, não se pode interpretar esta harmonização realizada pela lei penal no sentido da prevalência da propriedade sobre a liberdade – embora, no juízo de acomodação entre ambos os direitos, o primeiro veja o seu

⁶⁶¹ SHAMAN, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Greenwood Press, Westport, 2001, pp. 44 e s..

⁶⁶² Numa aceção similar à do «tipo real normativo», de que nos fala LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 662.

⁶⁶³ Afastamo-nos, em parte, do critério seguido pelo artigo 335.º do Código Civil, a propósito da colisão de direitos, na medida em que traça uma distinção entre colisão de direitos “iguais ou da mesma espécie” e colisão de “direitos desiguais ou de espécie diferente”: relativamente aos primeiros, o n.º 1 estabelece que devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes; quanto aos segundos, o n.º 2 determina que a prevalência do interesse superior. A circunstância de estarmos perante uma norma que se destina a resolver colisões de direitos que não assumem sempre a natureza de direitos fundamentais (ou sequer de direitos de personalidade) marca o regime jurídico aqui consagrado, que se não pode transpor acriticamente para o nosso horizonte problemático. Desde logo, o vastíssimo campo dos direitos subjetivos (mais abrangente que o dos direitos fundamentais) justifica que o legislador pressuponha a existência de uma hierarquia de interesses tutelados por aqueles direitos; e a prevalência de um interesse sobre outro verificar-se-á com maior facilidade quando estejam em causa direitos patrimoniais (considere-se o exemplo avançado por Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 301, referindo-se à colisão entre os direitos de caçar e de passear em determinada coutada). Diversamente do que sucede com os direitos subjetivos em geral (cf., *v. g.*, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 180 e s.), subjacentes aos direitos fundamentais não estão apenas interesses, mas valores. E o resultado da ponderação, mesmo quando determina a redução do inicial âmbito de um direito, não significa a prevalência de um valor sobre o outro, implicando tão-só que o respeito pela axiologia informadora do sistema jurídico determina, naquele tipo de conflitos, um ajustamento maior do âmbito de um direito relativamente ao outro.

⁶⁶⁴ *V.*, por todos, Costa ANDRADE, «Artigo 212.º», in: Figueiredo DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 206 e s., § 11.

âmbito de ação praticamente intocado e exista uma limitação significativa do alcance da liberdade.

Como decorre das considerações anteriores, o funcionamento do princípio da concordância prática encontra o seu limite no núcleo essencial dos direitos – é neste sentido que se deve compreender a ideia de que o balanceamento não pode envolver o sacrifício integral de um dos direitos envolvidos. Numa formulação mais próxima da jurisprudência norte-americana, pode afirmar-se que só passa o *forbidden-content test* uma medida que se destine a harmonizar direitos conflitantes sem afetar o núcleo essencial de um deles; quer dizer, independentemente do valor constitucional que se intenda proteger, uma medida atentatória do núcleo essencial de um direito padece sempre de inconstitucionalidade⁶⁶⁵.

D. Sinéptica ou o relevo do resultado da decisão

A ideia de “neutralidade política”⁶⁶⁶ da jurisdição que a deve apartar, na sua intencionalidade, da política, não obvia, contudo, a uma consideração, em certos termos, da realidade (designadamente, da realidade constitucional). Aliás, estamos diante de um problema associável à questão de saber quais as ligações entre interpretação constitucional e mudança social (*stricto sensu*)⁶⁶⁷ e que toca de perto a querela norte-americana entre originalistas e não originalistas⁶⁶⁸ ou o problema da conceção contratualista da Constituição (e a corresponsiva necessidade de a interpretar como o fariam as partes)⁶⁶⁹. Ainda que, numa primeira leitura, se pudesse considerar que a eventual relevância do resultado da decisão constituiria um problema da interpretação levada a cabo pelo Tribunal Constitucional, em virtude do pendor mais político que o caracterizaria, as reflexões já tecidas apontam em sentido contrário: à garantia dos direitos fundamentais assegurada pelos tribunais (por todos eles,

⁶⁶⁵ Cf. FALLON, *Implementing the Constitution*, cit., pp. 78, 85 e ss.; o Autor exemplifica o teste com a liberdade religiosa: uma norma que obrigasse à oração seria *per se* inconstitucional, independentemente dos interesses invocados pelo poder legislativo para a justificar.

⁶⁶⁶ BORK, *The Tempting of America*, cit., p. 2.

⁶⁶⁷ Sobre esta questão, cf. GRIMM, «Verfassungsrecht und Sozialer Wandel», in: *Seoul Law Journal*, vol. XXXII, 2001, pp. 182 e ss.. Como salienta o Autor, este problema coloca três ordens de dificuldades: jurídico-metodológicas, metodológico-constitucionais e práticas.

⁶⁶⁸ Cf. os diversos estudos reunidos em SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

⁶⁶⁹ Cf., *v. g.*, as considerações críticas de PINTORE, «Diritti...», cit., ponto 3.

incluindo o Tribunal Constitucional) há de presidir a mesma intencionalidade normativa e a mesma intensidade de controlo⁶⁷⁰.

Desde logo, a circunstância de algumas normas constitucionais irem referidas a um problema concreto (ou se destinarem a solucionar um *tipo* de casos) leva a que a realidade se consubstancie como uma das suas dimensões constitutivas (ainda que perspectivada sob a lupa da norma jurídica em causa) – realidade essa que pode codeterminar a interpretação normativa⁶⁷¹. Estamos, pois, diante daquilo a que o conceito de «domínio da norma» (*Normbereich*), devido à elaboração dogmática de Friedrich Müller, pretende reportar-se: a porção de realidade social considerada pela norma para a qual se obtém, mediante interpretação da mesma norma, um «programa normativo» (*Normprogramm*), permite encontrar a «norma-decisão»; o «domínio da norma» identifica-se com o “encadeamento de elementos da estrutura [da norma] que são retirados da realidade social segundo a perspectiva avaliadora do programa normativo, elementos que são, em geral, pelo menos parcialmente formados pelo direito” e cuja análise representa uma parcela do processo de concretização da norma jurídica⁶⁷².

Afirmar que, nesta medida, “o fim da norma se deve realizar na realidade [constitucional]” e que, por esse motivo, se deve considerar que, nas sociedades mutáveis em que vivemos, “a alteração dos circunstancialismos (...) pode conduzir a que uma norma leve a resultados contrários aos seus fins”⁶⁷³, impõe que se dê um passo adiante e questione se os resultados ou as consequências sociais que a decisão repercute sobre a realidade⁶⁷⁴ se devem assumir como

⁶⁷⁰ V., a propósito do tipo de “garantismo” do Tribunal Constitucional em confronto com o “garantismo” dos demais tribunais, GOMES CANOTILHO, «Para uma Teoria...», cit., ponto 4.2..

⁶⁷¹ Cf. também HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», in: HÄBERLE (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, pp. 41 e 44 (realidade essa que se revela constituída da interpretação constitucional e que a organização do processo constitucional favorecerá). V. os exemplos, em matéria de direitos fundamentais, avançados por GRIMM, «Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des Deutschen Bundesverfassungsgericht», in: TEUBNER (dir.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 149 e ss..

⁶⁷² Sobre o conceito de *Normbereich*, cf., v. g., F. MÜLLER, *Discours de la Méthode Juridique*, PUF, Paris, 1996, pp. 191, 195 e ss., 354 e ss.. Relativamente à transposição desta teoria para a interpretação constitucional, v. GRIMM, «Verfassungsrecht...», cit., pp. 189 e s..

⁶⁷³ Nestes termos, GRIMM, «Verfassungsrecht...», cit., 190.

⁶⁷⁴ Em sede de teoria geral, a perspectiva consequencialista da *Law and Economics* distingue, neste contexto, entre *legal consequences* e *real consequences*, as quais identificam, respetivamente, as consequências jurídicas abstratamente associadas a uma determinada previsão normativa e as consequências que a convocação do preceito importa para a realidade; estas últimas podem, por sua vez, subdividir-se em *micro-level real consequences* (as consequências que afetam apenas os intervenientes no litígio) e *macro-level real consequences* (as consequências que se produzem relativamente a toda a sociedade). Cf., v. g., MATHIS, «Consequentialism in Law», in: MATHIS (ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, Dordrecht/Heidelberg/London/

critérios interpretativo-decisórios. Trata-se de um problema dotado de importância não despicienda, sobretudo a partir do momento em que, reconhecendo embora que os juízos jurídicos do Tribunal Constitucional convocam uma certa dimensão política, defendemos que os mesmos se distanciam da função política por se encontrarem determinados pela “autónoma intenção de direito”⁶⁷⁵. As considerações tecidas *supra* apontam, desde já, para uma rejeição, no domínio em que nos movemos, das construções metodológicas que advogam uma funcionalização do direito.

Todavia, de um prisma metodológico, não se revela hoje admissível qualquer proposta que advogue uma «esterilização social» do direito (*fiat iustitia, pereat mundus; summum ius, summa iniuria*), existindo a consciência de que qualquer ideia de neutralidade ou assepsia constitui um mito⁶⁷⁶. Por conseguinte, não se exclui a necessidade de uma consonância prática entre o sentido dos fundamentos, o conteúdo normativo e os resultados práticos da decisão que neles se louva (*scilicet*, resultados esses ainda ínsitos na intencionalidade do direito)⁶⁷⁷. Esta ideia assume uma especial relevância no horizonte da Justiça Constitucional, em virtude das consequências por vezes devastadoras das decisões, quer para os cidadãos, quer para a comunidade politicamente organizada⁶⁷⁸. Teremos, contudo, de rejeitar que a consideração destes resultados comprima ou elimine a necessidade de uma isenção do juiz perante pressões e ingerências dos corpos públicos e dos grupos de interesse privados, excluindo-se, pois, a possibilidade de eleger as consequências sociais do julgamento como o critério de decisão.

Assim, longe de se pretender sustentar uma visão utilitarista da realização do direito, esta posição demanda que o resultado da decisão releve apenas na medida consentida pela normatividade da norma, *i. e.*, enquanto não se trata de algo espúrio à normatividade, mas incidível dela própria; ou, se quisermos seguir MacCormick⁶⁷⁹, possuindo a norma um determinado objetivo,

New York, 2011, p. 5.

⁶⁷⁵ Castanheira NEVES, «Da “Jurisdição”...», cit., p. 193 (ambas as citações).

⁶⁷⁶ Recorde-se o estudo clássico de MILLER/HOWELL, «The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication», in: *University of Chicago Law Review*, vol. 61, 1960, pp. 661 e ss., no contexto da disputa entre o *legal realism* e os defensores dos *neutral principles*.

⁶⁷⁷ Tal como vem ensinando Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 203 e ss..

⁶⁷⁸ Chamando a atenção para este aspeto, BACHOF, «Der Verfassungsrichter...», cit., p. 291.

⁶⁷⁹ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, pp. 129 e ss.: expressivamente, o Autor afirma que “as decisões jurídicas devem ter sentido no mundo [real] e também devem ter sentido no contexto do sistema jurídico” (*Op. cit.*, p. 103). Mobilizando também esta perspetiva no quadro da Justiça Constitucional italiana, cf. MENGONI, «Hermeneutik und Folgenorientierung: Zur Argumentationspraxis der Italienischen Corte Costituzionale», in: TEUBNER (dir.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 127.

as consequências de uma decisão particular devem ser consonantes com os objetivos pressupostos pelos princípios jurídicos relacionados, porquanto se exige também uma coerência entre as decisões jurídicas e o sistema jurídico (ou, se preferirmos, a teleologia própria do ou imanente ao direito).

O que recordará igualmente Fikentscher⁶⁸⁰ e o pensamento sinepeico (a sinépica) ou o «pensar a partir das consequências» (*Denken in Konsequenzen, konsequentes Denken, reasoning from effects, consequential thinking*). Como esclarece o Autor, a palavra grega *synépeia* significa consequência, assumindo-se a análise sinépica como uma metateoria das ciências sociais que estuda as causas e as consequências de uma específica teoria no contexto de uma culturalmente relacionada racionalidade (*Denkart, mode of thought*). Tal análise sinépica constitui um arrimo para traçar *uma* (que não *a*) definição do direito: neste ponto de vista, o direito constitui um dever (*Sollen*) consequencial, avaliando a sinépica se existe uma coerência ou uma consonância entre os fundamentos de uma racionalidade jurídica (ou, se preferirmos, simplificando o modelo do Autor, de um certo sistema jurídico) e os resultados ou as consequências aos quais a realização daquela racionalidade conduz. Assim, a sinépica destina-se, em geral (enquanto racionalidade ou modo de pensamento), a mostrar que, partindo-se de certas condições, provavelmente se chega a determinadas consequências, não se devendo furtar à apreciação dessas consequências, passando de um tipo de pensamento (por exemplo, sistemático) para outro (*v. g.*, tópico); ou, dizendo de outro modo, a solução para determinado problema (e, por conseguinte, também para um problema jurídico) será encontrada nas consequências práticas (por exemplo, resultantes da aplicação da norma constitucional), assumindo-se as “causas dos «efeitos»” como os «modos de pensar» (*Denkarten, modes of thought*) que determinam as culturas⁶⁸¹.

A evolução doutrinal e jurisprudencial tem-se mostrado recetiva à consideração dos resultados no âmbito da decisão judicial: por um lado, salienta Castanheira Neves⁶⁸² que essa consideração representa justamente “o próprio

⁶⁸⁰ FIKENTSCHE, «Synepëik und eine Synepëische Definition des Rechts», in: FIKENTSCHE/FRANKE/KÖHLER (org.), *Entstehung und Wandel Rechtlicher Traditionen*, Karl Albert, Freiburg/München, 1980, p. 57.

⁶⁸¹ V. FIKENTSCHE, «Synepëik...», cit., pp. 61 e s., 94 e ss.. Cf. também, do mesmo Autor, *Modes of Thought*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, pp. 130 e ss.; COOTER/FIKENTSCHE, «Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts», in: *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, p. 315, n. 108.

⁶⁸² Assim, Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 205. É em sentido próximo, embora mais amplo, que Faria COSTA (*As Linhas Rectas do Direito*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2007, p. 11) se reporta ao facto de “o jurista sempre [viver], ao longo dos tempos, entre o rigor da norma e a plasticidade ou flutuação do senso comum, compreendido, agora, sobretudo, como *æquitas*”.

objectivo e o *sentido* da metodológica realização do direito”; por outro lado, e em consonância com a posição do nosso Professor, a jurisprudência tem entendido que, apenas desta forma, “o valor justiça, fundante de interpretação legal, equaciona os princípios de segurança jurídica, equidade, oportunidade e boa fé ética”⁶⁸³. Assim, poderemos salientar, com Bachof, que, possuindo a jurisprudência uma dimensão eminentemente prática, tem, a par de uma tarefa primária de «serviço da legalidade», uma função ordenadora, não devendo, por conseguinte, perder de vista o resultado das suas decisões, o qual se assume, nessa medida, como pedra de toque (*Prüfstein*) da sua argumentação⁶⁸⁴; do que se trata, pois, é de garantir que as decisões não produzam resultados injustos⁶⁸⁵. Neste sentido, e agora entre nós, Vieira de Andrade⁶⁸⁶ defende que a realização integral do direito exige que o juiz tome conhecimento da realidade e pondere, em termos de prognose, os resultados das suas decisões.

Para outro sentido não aponta a tradicional *mischief rule*, do direito inglês – cuja enunciação remonta já ao *Heydon’s Case* (1584) –, nos termos da qual se impõe ao julgador, na sua tarefa de interpretação de normas (do *statute law*), a procura do defeito (*mischief*) a que a *Common Law* não respondia e que levou à emissão de regras escritas (*in casu*, um *Act of Parliament*), o que não significa apenas o conhecimento do contexto histórico da norma, mas

Cf. ainda Menezes CORDEIRO, «Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autômato aos Modelos de Decisão Jurídica», in: *Revista Jurídica*, n.º 9/10, janeiro/junho 1987, p. 15 (expressamente distinguindo o objetivo prosseguido pela norma – a sua teleologia – da ponderação dos efeitos resultantes da aplicação das mesmas aos casos concretos, ponderação essa que – apenas ela – poderá prosseguir a realização integral do direito), e «Introdução», cit., pp. CIX e ss.; M. Esteves de OLIVEIRA, «A Publicidade, o Notariado e o Registo Públicos de Direitos Privados», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 510 e ss..

Também a jurisprudência portuguesa recorre ao pensamento sinepeico no domínio da interpretação jurídica – cf. Acórdão do STA, de 28.09.2006, P. 855/04 (sobre o resultado da consideração como inconstitucional da norma que não prevê a solidariedade nos casos de responsabilidade civil por condutas meramente negligentes dos funcionários e agentes da Administração); Acórdãos do STJ, de 15.02.2000, P. 38/2000, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 494, 2000, p. 309, e de 28.11.2000, P. 3189/2000, cit., p. 297 (que, apelando à sinépica no horizonte da tarefa interpretativa, define-a como “conjunto de regras que, apetrechando o intérprete aplicador a pensar em consequências, permite o conhecimento e ponderação dos efeitos da decisão”).

⁶⁸³ V. Acórdão do STJ, de 15.02.2000, P. 38/2000, cit., p. 311.

⁶⁸⁴ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz», in: *Archive des Öffentlichen Rechts*, vol. 87, 1962, pp. 5 e s..

⁶⁸⁵ BACHOF, «Estado...», cit., p. 15.

⁶⁸⁶ Vieira de ANDRADE, «A Nulidade Administrativa, Essa Desconhecida», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3957, ano 138.º, julho/agosto 2009, p. 344, embora não a propósito da Justiça Constitucional.

exige, em especial, que se tome em consideração o significado que melhor se afeição ao propósito da legislação⁶⁸⁷.

O reconhecimento da sinéptica como mecanismo destinado a auxiliar a interpretação da norma compete, pois, à comparação entre as consequências pressupostas pela intencionalidade normativa da norma (consagradora de direitos fundamentais) e aquelas que resultariam da sua mobilização na situação em causa. O problema reside agora em saber em que se traduz a sinéptica no juízo de inconstitucionalidade, em geral, ou de desconformidade com as normas consagradoras de direitos fundamentais, em especial.

Primo, a referência à consonância entre a mobilização da norma constitucional enquanto critério decisório de uma questão jurídico-constitucional e as consequências que essa mobilização comporta para a tutela dos bens constitucionais⁶⁸⁸ impõe uma ineliminável projeção da Constituição nos fundamentos que a predicam. Como sabemos, a constitucionalidade não se confunde com, nem esgota a juridicidade, ficando aquém desta. A convocação do pensamento sinepico pretende, assim, reconduzir a interpretação das normas constitucionais à respetiva intencionalidade normativa⁶⁸⁹. Estamos diante de aspeto que reveste tanta importância quanto as normas que tocam direitos fundamentais possuem, em regra, uma natureza mais aberta e menos densa que as restantes⁶⁹⁰, exigindo a sua interpretação uma ineliminável referência ao estrato dos princípios, que constituem o substrato normativo da identificação e da compreensão do sentido dos bens constitucionalmente protegidos. Nesta perspectiva, a consideração dos resultados poderá representar um contributo relevante para a compreensão daquelas normas – uma consideração especialmente pertinente, quando estão em causa decisões do Tribunal Constitucional que, quer pela sua força obrigatória geral, quer pela sua *auctoritas* intrínseca (conjugada com a presunção de justeza, em regra

⁶⁸⁷ Sobre a *mischief rule*, ZANDER, *The Law-Making Process*, 6.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 131, 149 e ss..

⁶⁸⁸ Cf. também GRIMM, «Entscheidungsfolgen...», cit., p. 151.

⁶⁸⁹ Embora o Autor se não reporte, *ex professo*, à relação entre sinéptica e Justiça Constitucional, cf. um exemplo desta virtualidade em GRIMM, «Verfassungsrecht...», cit., pp. 191 e s., a propósito da construção da liberdade de radiodifusão desenvolvida pelo *Bundesverfassungsgericht*. Para o Autor, esta proposta envolve momentos distintos (que, acrescentaríamos, se revelam apenas dogmática ou abstratamente cindíveis): a descoberta dos sentidos possíveis da norma, a sua comparação à luz dos resultados pressupostos pela intencionalidade normativa daquela e a escolha do sentido que melhor se adequa àqueles resultados (cf. *Op. cit.*, pp. 192 e 195).

⁶⁹⁰ Cf. também GRIMM, «Verfassungsrecht...», cit., p. 195. Como decorre do texto, temos uma compreensão não totalmente coincidente com a do Autor, na medida em que entendemos que a interpretação da norma constitucional não tem apenas em vista a consonância entre o *telos* e os resultados que uma determinada interpretação da norma acarreta para esse *telos*, mas visa a consonância entre os fundamentos (a normatividade da norma) e os resultados a que determinada interpretação conduz.

associada às sentenças), conformam ou orientam a posterior atividade jurídico-pública⁶⁹¹.

Secundo, o problema da relevância do resultado da decisão interfere, privilegiadamente, com os testes de constitucionalidade pressupostos pela convocação de alguns princípios⁶⁹². Eis o que se passa, por excelência, com o princípio da proibição do excesso, em especial com a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. O teste da adequação exige que entre meio e fim interceda uma relação de congruência; o juízo da proporcionalidade em sentido estrito constitui o momento azado para a ponderação custos-benefícios (a *Abwägung* do direito alemão⁶⁹³, o *bilan coûts-avantages* decantado pela jurisprudência francesa⁶⁹⁴ ou a *cost-benefit analysis* pressuposta pela jurisprudência norte-americana⁶⁹⁵), e aponta no sentido do equilíbrio, da racionalidade⁶⁹⁶ e da razoabilidade⁶⁹⁷ (*reasonableness*, *ragionevolezza*, *Zumutbarkeit*) da medida proposta, atentas as consequências que produz. Todavia, a circunstância de nos encontrarmos no seio de um juízo *jurídico* permite compreender que a ponderação levada a cabo nestes termos assumia sempre uma natureza axiológico-normativa e não economicista⁶⁹⁸.

Tertio, urge sublinhar que a sinéptica inviabiliza qualquer possibilidade de o juiz, por referência a questões extrajurídicas, não considerar inconstitucional uma norma (legal, designadamente) que, quando confrontada com a Constituição, se revela com ela inconciliável. Estas hipóteses correspondem àquelas, que logo afastámos, em que o sentido e o conteúdo da decisão se encontram contaminados pelos respetivos efeitos políticos, económicos e sociais⁶⁹⁹. As possibilidades de consideração dos resultados ou das conse-

⁶⁹¹ Assim, OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., p. 617.9

⁶⁹² Neste sentido, já GRIMM, «Entscheidungsfolgen...», cit., p. 152 (sobre o princípio da proibição do excesso) e 156 e s. (sobre o princípio da igualdade).

⁶⁹³ Cf., v. g., HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, cit., pp. 77 e ss., 83 e ss. (cotejando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da ponderação de bens ou interesses), 101 e ss..

⁶⁹⁴ Sobre a *théorie du bilan*, cf., v. g., PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., pp. 179 e ss..

⁶⁹⁵ Cf., v. g., STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *Constitutional Law*, 7.^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2013, pp. 246 e ss..

⁶⁹⁶ Sem prejuízo das diferenças que intercedem entre racionalidade e proporcionalidade (*i.e.*, entre um meio escolhido em função de critérios objetivos, não arbitrários, e um meio proporcional), como já acentua DULCE LOPES, *O Princípio...*, cit., pp. 14 e ss..

⁶⁹⁷ Associando já proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade, cf. PITTSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1748.

⁶⁹⁸ Como adequadamente acentua JESTAEDT («Zur Kopplung...», cit., p. 324), as tarefas de ponderação, avaliação e prognose não são exclusivamente políticas.

⁶⁹⁹ A circunstância de, na Justiça Constitucional, estar sempre em causa um juízo jurídico, leva-nos a afastar as considerações que, relativamente à interpretação efetuada pelos órgãos administrativos (que articula a racionalidade normativa com uma racionalidade estratégica), tecemos noutra ocasião,

quências da decisão terminam quando o juiz ultrapasse o limite do direito⁷⁰⁰. Por um lado, uma conceção diversa implicaria que a Justiça Constitucional extravasasse as suas fronteiras, esbatendo as diferenças que existem entre o exercício do poder constituinte e o controlo da constitucionalidade. Por outro lado, a interferência de considerações extrajurídicas no âmbito da Justiça Constitucional negaria, por completo, a ineliminável natureza *jurídica* da decisão de (in)constitucionalidade num Estado de direito e daria plena razão às preocupações de Carl Schmitt⁷⁰¹, quando acentuava o «efeito politicamente paralisador» (*politisch lähmende Wirkung*) da Justiça Constitucional: a partir do momento em que esta passasse a assumir preocupações de natureza extrajurídica, perderia a sua *ratio essendi*, transmudando-se em (mais um) órgão político, com *agenda* próprios e potencialmente conflituantes com os dos órgãos (constitucionalmente concebidos como) políticos; estamos, pois, diante do autêntico «teste de resistência política» (*politische Belastungsprobe*)⁷⁰² do Tribunal Constitucional. No que tange especificamente à matéria dos direitos fundamentais, a consideração de questões políticas pelas decisões jurisdicionais acaba por pôr em causa a própria autonomia do *direito* dos direitos humanos e da sua necessária separação da *economia* dos direitos humanos e das *políticas públicas* dos direitos humanos⁷⁰³. Assim, *v. g.*, não pode este órgão invocar a gravidade da situação política ou económico-financeira para afastar a norma constitucional que estabelece o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos e, destarte, não declarar a inconstitucionalidade de uma norma legal que contra aquele princípio atente⁷⁰⁴.

sobre o relevo dos resultados da decisão na interpretação administrativa: cf. o nosso trabalho *A Recusa...*, cit., pp. 340 e ss..

⁷⁰⁰ BACHOF, «Der Verfassungsrichter...», cit., pp. 302 e s.: “no conflito entre o direito e a política, o juiz só está vinculado pelo direito” (*Op. cit.*, p. 303).

⁷⁰¹ Cf. Carl SCHMITT, *Der Hüter...*, cit., p. 27; o Autor acrescentava ainda (*Op. cit.*, p. 28) que “a justiciabilidade era o meio seguro para a ineficácia política”.

⁷⁰² Carl SCHMITT, *Der Hüter...*, cit., p. 48.

⁷⁰³ McCrudden, «Common Law...», cit., p. 502.

⁷⁰⁴ Talvez seja este o sentido a conferir à afirmação do Tribunal Constitucional, segundo a qual “[a] Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir” (Acórdão n.º 353/2012, de 20 de julho, § 5). Diríamos antes: ainda que a Constituição, enquanto “estatuto jurídico do político” possa ser alterada para corresponder à evolução do sentir da comunidade politicamente organizada, o juízo *jurídico* sobre a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional não pode fazer prevalecer objetivos económicos ou financeiros sobre a constitucionalidade; nesse momento, transmudar-se-ia um juízo jurídico numa decisão política.

Quarto, importa clarificar se a rejeição das consequências ou dos resultados como critério decisório se compagina com as possibilidades de restrição dos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Atente-se, *v. g.*, no disposto no n.º 4 do artigo 282.º da CRP, nos termos do qual “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo, que deverá ser fundamento, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”. Na senda de Castanheira Neves⁷⁰⁵, não se poderá olvidar que a necessidade de selecionar estrategicamente uma medida (restrição ou não restrição de efeitos) para o cumprimento de fins pré-determinados constitui característica da política (e das *decisões* políticas), não do direito (ou dos *juízos* jurídicos).

Uma primeira solução apontará no sentido da cisão entre o conteúdo do juízo (jurídico) de inconstitucionalidade e os efeitos resultantes desse juízo: dir-se-á, então, que o sentido e a fundamentação do juízo de inconstitucionalidade não são afetados por considerações extrajurídicas (numa palavra, pelas respetivas consequências ou resultados sociais), as quais apenas poderão tocar os efeitos (em regra, temporais) desse juízo. Parece-nos, porém, que esta construção transporta um certo artificialismo (na medida em que a manipulação dos efeitos toca o alcance verdadeiramente performativo do juízo de inconstitucionalidade), além de não permitir uma resposta para técnicas decisórias de outros tribunais constitucionais com eficácia análoga (embora não igual⁷⁰⁶) à do n.º 4 do artigo 282.º da CRP (pense-se, paradigmaticamente, no ponto de confluência entre as sentenças apelativas e as sentenças de mera incompatibilidade do *Bundesverfassungsgericht*⁷⁰⁷, por vezes justificadas com recurso ao critério dos resultados da decisão⁷⁰⁸).

⁷⁰⁵ Castanheira NEVES, «O Direito como Validade...», cit., p. 165.

⁷⁰⁶ Comparando as sentenças intermédias (admissíveis no sistema português) com as decisões de mero reconhecimento da inconstitucionalidade e com as decisões apelativas, cf. Luís Nunes de ALMEIDA, «A Justiça...», cit., pp. 27, e 28 e s..

⁷⁰⁷ Nas sentenças apelativas, a norma não é *ainda* considerada inconstitucional, quer porque, efetivamente, não se encontra ferida de qualquer vício (no momento da decisão), quer porque, ponderando outros interesses constitucionalmente relevantes, se entende que a inconstitucionalidade não deve ser declarada, dando espaço ao legislador para emitir outras normas. Nas sentenças de mera incompatibilidade, o Tribunal Constitucional declara a incompatibilidade com a Constituição, mas não lhe associa os efeitos devastadores da nulidade-inconstitucionalidade. Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 676 e ss..

⁷⁰⁸ Cf. GRIMM, «Entscheidungsfolgen...», cit. pp. 148 e s., aludindo à comparação efetuada pelo Tribunal Constitucional alemão, entre as consequências de uma decisão de anulação (com efeitos *ex tunc*) e as consequências de uma decisão de mera incompatibilidade (com efeitos *ex nunc*). *V.* também HÄBERLE, «Grundprobleme...», cit., pp. 19 e s..

Considerando que a possibilidade de restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade contende com o conteúdo da decisão, alguma doutrina entende que os pressupostos subjacentes ao n.º 4 do artigo 282.º podem revestir natureza jurídica (como sucederá quando o Tribunal invoque razões de segurança jurídica) ou assumir um carácter político (como acontecerá quando a modelação se fundamente em interesse público de excepcional relevo)⁷⁰⁹.

Outra proposta de leitura do preceito aponta para a intervenção do princípio da proporcionalidade, ponderando o interesse resultante da eliminação formal da norma inconstitucional do ordenamento jurídico e o interesse (conflituante) emergente da respectiva manutenção e avaliando, a final, se as consequências devastadoras associadas à declaração de inconstitucionalidade se afiguram excessivas⁷¹⁰.

Parece-nos que, em qualquer das hipóteses cobertas pelo n.º 4 do artigo 282.º da CRP, as razões que justificam a restrição de efeitos devem ainda receber uma leitura jurídica (e não exclusivamente político-finalisticamente orientada)⁷¹¹ – consonante com a natureza (também jurídica) do juízo de inconstitucionalidade. À luz dos termos em que admitimos o relevo do resultado da decisão (relevo normativo, que não político-social ou económico-financeiro), interpretar-se-á o n.º 4 do artigo 282.º da CRP no sentido de que o Tribunal Constitucional poderá limitar os efeitos da sentença tão-só se o respeito pela intencionalidade normativa da(s) norma(s) constitucional(is) assim o determinar: impor-se-á, naturalmente, um apelo aos princípios e valores constitucionais, mas também, de harmonia com a perspetiva desenvolvida, aos princípios normativos (ainda quando estes não recebam uma positivação/concretização no texto constitucional). Atente-se em que esta posição – a qual elimina quaisquer ponderações extrajurídicas – traz ínsita uma consequência decisiva: a extensão da possibilidade de limitação dos efeitos à luz do cânone sinepeico (tal como o concebemos) à *judicial review*, em que o controlo da constitucionalidade surge como uma das dimensões da questão de direito em concreto⁷¹². Nesta hipótese, também o juiz se poderá louvar nas consequências, concebidas como elementos materialmente densificadores

⁷⁰⁹ Assim, Luís Nunes de ALMEIDA, «A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado, Vista à Luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 32, ano 8.º, outubro/dezembro 1987, pp. 42 e s..

⁷¹⁰ Nestes termos, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 703 e ss..

⁷¹¹ Cf. também Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 710, recusando a natureza política do juízo em causa e apelando para os valores constitucionais como elementos codeterminantes do sentido da expressão “interesse público de excepcional relevo”.

⁷¹² Ainda que com uma argumentação distinta, Rui MEDEIROS (*A Decisão...*, cit., pp. 743 e ss.) propugna a aplicabilidade do n.º 4 do artigo 282.º no âmbito da fiscalização concreta, em qualquer das suas fases.

da normatividade da norma constitucional (e não condicionado por elementos empíricos), e afastar certos efeitos da inconstitucionalidade, com o objetivo de chegar a uma solução para o problema jurídico concreto que se possa dizer prático-normativamente adequada ou, numa palavra, uma solução justa.

2. A sociedade: os direitos fundamentais são tarefa de todos

Importa agora atentar no relevo da sociedade no contexto da proteção e da promoção dos direitos fundamentais. O movimento no sentido da privatização (a que assistimos desde o último quartel do século XX) não se destinou apenas a emagrecer o Estado com o propósito de alcançar uma maior eficiência, mas a evitar uma (sobre)imposição da sua própria voz, abrindo espaço para a ação da sociedade, que, numa atitude de síntese em face dos modelos anteriores, passa a desenvolver um diálogo com os poderes públicos⁷¹³. Recorde-se que uma das “qualidades constitucionais” se reconduz justamente à distribuição de poderes, responsabilidades, direitos e tarefas⁷¹⁴, não apenas dentro do público, mas também entre o público e o privado. Assim, a assinalada vinculação positiva dos poderes públicos pelos direitos fundamentais não oblitera o necessário contributo da sociedade coletivamente concebida e das pessoas individualmente consideradas para a realização desses mesmos direitos.

Não se ignora, porém, que a emergência⁷¹⁵ do polo da sociedade como «ator» dos direitos fundamentais faz surgir um paradoxo: por um lado, a sociedade permite fazer ouvir vozes ignoradas pelos Estados, incarnando uma atitude verdadeiramente democrática, com vantagens inelimináveis para a tutela dos direitos de todos, abrindo caminho para o pluralismo (que não relativismo) axiológico; por outro lado, o aparecimento da sociedade civil transnacional (e, em especial, de algumas organizações de natureza não

⁷¹³ TIMSIT, «Braibant Lecture...», cit., pp. 169 e s.; o Autor considera a sociedade civil como verdadeira parceira do Estado (*genuine partner*), actuando como o respetivo contrapeso – *Op. cit.*, p. 170.

⁷¹⁴ TULLY/DUNOFF/LANG JR./KUMM/WIENER, «Introducing Global Integral Constitutionalism», cit., p. 2.

⁷¹⁵ Só em termos muito limitados poderemos aludir à *emergência* da sociedade como ator dos direitos fundamentais. Na verdade, em tempos anteriores, as tarefas que nos habituámos a associar ao Estado social encontravam-se a cargo das famílias, dos “vizinhos”, das comunidades religiosas ou das organizações mutualistas. Salientando esta mesma perspetiva, associando-a à especificidade do «Estado forte» liberal, limitado pelas funções de defesa e segurança, v. Vieira de ANDRADE, «O Papel...», cit., pp. 23 e s., 36.

governamental) traduz a assunção, por entidades não sujeitas à *accountability* do cidadão comum, de poderes dirigidos à conformação das políticas de promoção dos direitos⁷¹⁶.

O *punctum crucis* reside, pois (e de novo), na articulação ou correlação entre as várias esferas. Sem prejuízo da projeção, na esfera global, que o problema da tutela dos direitos fundamentais necessariamente convoca, importa considerar que aquele não pode: criar uma dupla ética nas relações sociais, obliterar a independência e, sobretudo, a autonomia da pessoa para a concretização jusfundamental, ou afastar a possibilidade de realização dos direitos através da autorregulação social. Se o problema da realização dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas (2.1.) ainda está mais próximo de uma visão defensiva dos direitos, a referência às questões suscitadas pela autorresponsabilização (2.2.) e pela conjugação entre fraternidade e supletividade (2.3.) apontam já para uma conceção positiva ou promotora dos direitos.

2.1. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas

O problema da vinculação dos sujeitos privados pelos direitos fundamentais constitui o tema mais “clássico” associado à importância da sociedade e da comunidade pela concretização daqueles direitos. Todavia, não se visa, neste momento, traçar ou avaliar criticamente todas as teorias associadas ao problema da conformação das relações jurídicas privadas pelos direitos fundamentais⁷¹⁷, pretendendo-se antes confirmar a superação da conceção

⁷¹⁶ Em sentido próximo, cf. MERTUS, «From Legal Transplants to Transformative Justice: Human Rights and the Promise of Transnational Civil Society», in: *American University of International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 1340.

⁷¹⁷ Para uma síntese das diversas conceções, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 229 e ss.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1286 e ss.; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 336 e s., anotação XIX; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 337 e ss.; v. também Alves CORREIA, *Justiça...*, cit., pp. 46 e ss., n. 65; Paulo Mota PINTO, «A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português», in: Pínto MONTEIRO/NEUNER/SARLET (orgs.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 148 e ss.. Para uma compreensão global dos problemas na doutrina, cf., v. g., RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 12 e ss..

Embora o problema da designada eficácia horizontal dos direitos seja transversal aos vários sistemas jurídicos (aos de *civil law* e aos de *common law*; aos que têm uma constituição escrita e aos que não dispõem de um documento escrito designado constituição, embora possuam uma declaração de direitos; aos que incluem um Tribunal Constitucional e àqueles em que o juiz constitucional corresponde ao tribunal superior), a sua formulação não se revela necessariamente idêntica. O percurso comparativo empreendido por TUSHNET («The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, vol. 1, 2003, pp. 79 e ss.) dá-nos conta disso mesmo. Todavia, além dos contributos proporcionados por este Autor,

dicotômica original que apontava no sentido de que apenas os poderes públicos estariam vinculados pelos direitos e que os particulares surgiriam tão-só como sujeitos ou titulares desses direitos⁷¹⁸. Eis-nos diante de uma realidade que encontra uma tradução interessante na própria alteração da formulação dos direitos, que abandona uma versão negativa, para adotar uma enunciação positiva: assim, *v. g.*, enquanto as primeiras emendas da Constituição norte-americana ainda consagravam os direitos como dimensões nas quais o *Estado* não pode interferir⁷¹⁹, a maioria dos textos constitucionais hodiernos

importa ter em atenção um aspeto fundamental que implica uma diversa compreensão do sentido problemático da questão nos sistemas de *common law* face aos demais: o relevo da existência dos *remedies* para a afirmação dos *rights*. Destarte, o reconhecimento de uma eficácia horizontal direta ou total pressupõe o cumprimento desta premissa base, só existindo um *right* quando se encontra desenvolvido pelo *common law* o respetivo *remedy* [cf., aflorando a questão, HUNT, «The “Horizontal Effect” of Human Rights Act: Moving Beyond the Public-Private Distinction», in: JOWELL/COOPER (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001, p. 165].

⁷¹⁸ Não se olvide, contudo, que, como recorda Gomes CANOTILHO (*Direito...*, cit., p. 1289), algumas das primeiras declarações de direitos – como sucedeu com a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* – não se dirigiam apenas contra o Estado, mas também contra os privilégios da nobreza e do clero, vulneradores (ou mesmo aniquiladores) das liberdades do terceiro estado.

⁷¹⁹ Uma conceção que se espelha, por excelência, na *state action doctrine*, a qual, por sua vez, decorre da redação da segunda parte (*state action clause*) da secção I da XIV Emenda à Constituição norte-americana (que, pelo seu relevo, reproduzimos na versão original em língua inglesa: “No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” – itálico nosso, enfatizando precisamente o sujeito da oração principal e das orações coordenadas subsequentes). Embora as primeiras oito emendas, consagradoras do *bill of rights* norte-americano, nem sempre sejam tão explícitas, o sentido subjacente a cada uma delas aponta na mesma direção (cf., considerando especialmente aquelas que poderiam, em abstrato, vincular também entidades privadas, a I Emenda – que impede o Congresso de emitir normas ofensivas da liberdade religiosa, da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, do direito de reunião e do direito de petição; e a IV Emenda – prevenindo a impossibilidade de violação do direito à segurança, bem como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência). Constitui uma exceção a esta regra a XIII Emenda, relativa à abolição da escravatura, ainda que, nos termos da secção II, o *enforcement* da proibição dependa da emissão legislativa por parte do Congresso. De acordo com a *state action doctrine*, os destinatários dos direitos fundamentais reconduzem-se, em princípio, aos poderes públicos (*state actors*), no que nos parece ser uma consonância com o sentido originário da constituição norte-americana, enquanto instrumento dirigido a criar um governo limitado, inibindo a interferência estadual na construção de um mercado comum nacional (cf. GRAGLIA, «State Action...», cit., p. 779). As dificuldades suscitadas por diversos casos de discriminação racial originaram a abertura da possibilidade (ainda assim, *excepcional*) da vinculação jusfundamental de entidades privadas. Trata-se, todavia, de uma possibilidade que depende da descoberta ou de uma ação ou omissão do Estado atentatória dos direitos fundamentais, ou de suficientes traços de “publicidade” ou de “estadualidade” na atividade desenvolvida pelo particular em causa, que permitam submetê-los (a atividade e o sujeito) às normas constitucionais, e, em especial, aos direitos fundamentais. A dificuldade reside justamente em determinar a medida exata das dimensões públicas/governamentais/estaduais que viabilizem esta consequência – ainda que algumas espécies jurisprudenciais (tendencialmente muitíssimo restritivas na caracterização dos sujeitos privados como *state actors*) acabem, por vezes, por indicar que a decisão depende mais do tipo de direito afetado pelo particular, do alcance dessa afetação e dos méritos que a justificaram, originando uma jurisprudência *case-by-case* que torna dificilmente previsíveis as decisões da *Supreme Court* sobre esta matéria. Cf., *v. g.*, STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *Constitutional Law*, cit., pp. 1562 e ss.; GLENNON JR./NOWAK, «A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment “State Action” Required», in: *The Supreme Court Review*, 1976, pp. 221 e s., 224; FALLON, *The Dynamic Constitution*, cit., pp. 256 e s.; SCHMIDT, «On Doctrinal Confusion: The Case of State Action Doctrine», in: *Brigham Young University Law Review*, 2016, pp. 575 e ss., esp.^{te} pp. 584 e ss.

prevê um catálogo positivo de direitos reconhecidos aos cidadãos⁷²⁰ – apontando (já implicitamente, quando não explicitamente, como acontece com a Constituição portuguesa) para uma vinculação mais ampla dos direitos, que afetam também as relações jurídicas privadas. Efetivamente, o fenómeno da constitucionalização da ordem jurídica associado à força “ativadora” dos direitos fundamentais erigiu-os em cânone da conduta de toda a sociedade (*gesamtgesellschaftliches Verhaltenskanon*), reconhecendo-se a *Wertordnung* constitucional como o centro de vinculação ou direção (não só do legislador, da Administração e dos tribunais, mas também) da totalidade das relações sociais⁷²¹. Assim, a defesa da vinculação (também) das entidades privadas pelos direitos fundamentais representará uma consequência da conceção adotada na Parte II, sobre os direitos como fundamentos ou elementos axiológico-jurídicos da Constituição e do Estado de direito, penetrando a organização política da sociedade.

Todavia, a conceção das entidades privadas como destinatárias dos direitos fundamentais mergulha ainda mais fundo. Tem-se, desde há algum tempo, consciência do que as relações de supra-infraordenação existentes entre cidadãos e poderes públicos se replicam na esfera privada – sobretudo, num contexto, como o atual, em que as grandes corporações representam autênticos soberanos que atuam (mais ou menos) na sombra⁷²², mas ao abrigo de vários esquemas regulativos (nacionais ou internacionais), que, com maior ou menor intenção, acabam por reconhecer (senão mesmo, conferir) significativos poderes aos gigantes multinacionais, cujo impacto nos direitos fundamentais se revela mais intenso que a interferência pública⁷²³.

(com uma ampla revisão da literatura e da jurisprudência); e, perfilhando uma visão especialmente crítica e contundente, GRAGLIA, «State Action...», cit., pp. 780 e ss..

⁷²⁰ Desenhando já esta comparação, v. NUSSBAUM, «Capabilities...», cit., pp. 31 e s..

⁷²¹ STOLLEIS, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. IV, Beck, München, 2012, p. 227; RUFFERT, *Vorrang...*, cit., pp. 63 e s..

⁷²² Parafraseamos o título da conhecida obra de GEORGE, *Shadow Sovereigns: How Global Corporations Are Seizing Power*, Polity Press, Cambridge, 2015.

⁷²³ Cf. também GRAGLIA, «State Action...», cit., p. 781; TUSHNET, «The Issue...», cit., p. 79. Na mesma linha, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 387, anotação V ao artigo 18.º) equacionam a existência de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas também a nível da sociedade global, concretizando com os problemas da aplicação dos direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações jurídicas privadas desenvolvidas através da Internet. À luz desta perspetiva, considere-se agora o artificialismo (e o anacronismo) da conceção originária professada pela *Supreme Court* norte-americana (nem sempre muito distante da perspetiva em vigor nos tempos atuais...), pela pena do *Justice Bradley*, nos famosos *Civil Rights Cases*, in: *United States Reports*, vol. 109, 1883, p. 17, da qual resulta que os atos ilícitos (*wrongful*) dos particulares que afetem direitos – exceto se praticados ao abrigo de uma norma estadual ou de uma autoridade pública – não conseguem destruir ou violar (*destroy or injure*) esses direitos.

A percepção das mutações dos equilíbrios de poder tem produzido, por sua vez, uma alteração ao sentido tradicional do direito privado, hoje claramente permeabilizado por considerações jurídico-públicas e jurídico-constitucionais – as quais se apresentam mais notórias numas áreas que noutras⁷²⁴. Ainda que o fenómeno de miscigenação entre direito privado e direito público se verifique nos dois sentidos, afigura-se inegável que o reconhecimento da subordinação da esfera privada aos direitos fundamentais representa mais um sintoma da publicização do direito civil (e do direito privado em geral). E, sem prejuízo da juventude do direito constitucional enquanto ramo jurídico-dogmático autónomo relativamente ao carácter muitíssimo mais vetusto do direito civil (com repercussões no apuro dogmático), a verdade é que não só existem normas constitucionais que protegem como direitos fundamentais institutos tradicionais do direito civil (pense-se, *v. g.*, na liberdade e na propriedade)⁷²⁵, como também a consagração, em normas constitucionais, de determinadas dimensões axiológico-jurídicas⁷²⁶ não pode deixar de perpassar para a disciplina normativa das relações jurídico-privatísticas⁷²⁷ – o que explica

⁷²⁴ Não ignoramos que existe uma diferença entre a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado (sobre a legislação privatística emanada, mas também sobre a respetiva aplicação) e a influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado – para mobilizarmos aqui a contraposição desenhada por CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 22 e ss., 39 e ss., e 52 e ss.. Contudo, e talqualmente decorre também da análise desta obra, ambas as realidades se encontram relacionadas de modo profundo, pois que a conformação das relações *inter privatos* pelos direitos fundamentais ocorre, muito frequentemente (e com reflexos desoneradores), através das normas jurídico-civilísticas, sem prejuízo de, na ausência dessa concretização legislativa, se admitir a interferência, em certos termos, dos direitos fundamentais na disciplina normativa das relações jurídicas privadas. Em qualquer das hipóteses, porém, os princípios orientadores das soluções (acerca da constitucionalidade da concretização jurídico-civilísticas das normas de direitos fundamentais e acerca do sentido da influência jusfundamental nas relações entre sujeitos privados) são (têm de ser!) consistentes e congruentes. Cf. também HAGER, «Grundrechte im Privatrecht», in: *Juristen Zeitung*, ano 49, 1994, pp. 381 e ss., salientando a tendencial unidade de soluções quanto ao alcance da vinculação dos direitos fundamentais em relações jurídicas privadas quer esteja em causa uma lei civil, quer se trate do âmbito negocial (sem que, todavia, adiramos materialmente a todas as conceções preconizadas pelo Autor nesta matéria).

⁷²⁵ Cf. RUFFERT, *Vorrang...*, cit., pp. 76 e ss..

⁷²⁶ Ultrapassada que está qualquer conceção que considerasse as constituições, à maneira liberal, como documentos puramente informadores de relações entre os cidadãos e os poderes públicos, em consonância, aliás, com a tendencial separação oitocentista entre o Estado e a sociedade; neste sentido, pode afirmar-se, com Afonso QUEIRÓ (*Lições de Direito Administrativo*, vol. I, polic., Coimbra, 1959, p. 75), que “o direito constitucional (...) não se contrapõe aos outros ramos de direito”. Cf. também Cardoso da COSTA, «Sobre a “Constitucionalização” do Direito Privado», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 565 e s., 569 e s.; Sousa RIBEIRO, «Constitucionalização do Direito Civil», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, 1998, pp. 730 e s., 742.

⁷²⁷ Ademais, não persistem dúvidas de que, independentemente do seu enquadramento num ramo jurídico-dogmático (*in casu*, no direito privado), as demais normas do ordenamento jurídico (desde logo, as normas legislativas) encontram-se subordinadas à Constituição e, nessa medida, também ao catálogo dos direitos fundamentais – padecendo de inconstitucionalidade caso as contrariem. Neste

a afirmação segundo a qual a Constituição (mas também a jurisprudência constitucional⁷²⁸) possui uma «força geradora de direito privado»⁷²⁹. Tendo em mente esta compreensão, o próprio legislador já se preocupa em acautelar a observância dos direitos fundamentais também nas relações jurídicas *inter privatos*: considerem-se, *v. g.*, as disposições densificadoras da proteção do trabalhador, em matérias relacionadas com a liberdade sindical, o direito a não ser despedido sem justa causa, ou o direito a férias; ou também as normas relativas à proteção da parentalidade, no que respeita à previsão de direitos de dispensa de trabalho⁷³⁰.

Como está, desde o início, implícito, a questão da eficácia horizontal não pretende obter uma resposta sobre quais as condutas dos sujeitos privados que podem/devem promover os direitos fundamentais. Neste sentido, a vinculação de entidades privadas assume contornos meramente negativos – com uma dupla consequência, quanto à formulação do problema *neste contexto*: a subordinação das relações jurídicas privadas aos direitos fundamentais não pode pretender impor, *em geral*, aos respetivos sujeitos nem a concretização das dimensões positivas dos direitos e liberdades, nem a realização dos direitos sociais. Com esta explicitação não pretendemos defender que os direitos sociais (ou a dimensões positivas dos direitos e liberdades) não obriguem os particulares nas relações privadas; trata-se apenas de tirar todas

sentido, a necessidade de inexistência de incompatibilidades entre a legislação em matéria de direito privado e a Constituição (e, em particular, as normas consagradoras de direitos fundamentais) não constitui uma opção, mas um imperativo. Nem sempre, porém, esta questão pareceu tão evidente: cf., a este propósito, as observações de CANARIS, *Direitos...*, cit., pp. 28 e ss.. Naturalmente, no vasto conjunto das normas infraconstitucionais que contendem com os direitos fundamentais, verifica-se uma miríade de situações, que vão da harmonização e da conformação à restrição (cf., *v. g.*, Vieira de ANDRADE, *Direitos...*, cit., pp. 263 e ss.), encontrando apenas na violação o seu momento patológico.

⁷²⁸ V. Cardoso da COSTA, «Sobre a “Constitucionalização”...», cit., pp. 573 e s., 577 e s..

⁷²⁹ Mota PINTO, *Teoria...*, cit., p. 73.

⁷³⁰ Para já não referirmos a situação mais evidente de conformação do direito privado pelas normas constitucionais (e, sobretudo, pelas normas relativas aos direitos, liberdades e garantias) que correspondeu à revisão do Código Civil operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, em cumprimento da ordem de legislar constante do n.º 3 do artigo 293.º da versão originária da CRP, nos termos do qual “a adaptação das normas anteriores [à entrada em vigor da Constituição] atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição estará concluída até ao fim da primeira sessão legislativa”. Sobre o alcance e o sentido desta revisão (com maior impacto na parte geral e nos livros dedicados ao direito da família e ao direito das sucessões), à luz do imperativo constitucional, cf. o preâmbulo do diploma, *maxime*, §§ 2, 5 e seguintes; na doutrina, cf., por todos e mais recentemente, Isabel Magalhães COLLAÇO, «A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois», in: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 17 e ss.. Relativamente à influência da Constituição no direito da família (o ramo mais afetado pela reforma de 1977), *v.* Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 129 e ss..

Salientando também esta manifestação da constitucionalização do direito civil, *v.* Sousa RIBEIRO, «Constitucionalização...», cit., pp. 733 e ss..

as consequências da circunstância de aqueles direitos dependerem de opções de políticas públicas, a delinear, em termos político-jurídicos, pelo legislador, pelo que será neste quadro (*i. e.*, pela mediação da concretização legislativa, e não por decorrência direta da sua consagração constitucional), que tais direitos obrigarão nas relações *inter privatos*. Por este motivo, e no caso da Constituição portuguesa, o problema da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais constitui um dos traços do regime específico dos *direitos, liberdades e garantias* e dos direitos de natureza análoga (cf. artigo 18.º, n.º 1), precisamente em total congruência com o facto de os direitos sociais pressuporem uma conformação pelas políticas públicas estaduais – uma observação que se estende igualmente às dimensões prestacionais dos direitos e liberdades⁷³¹. Só assim não será perante normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que diretamente prevejam a adoção de determinadas condutas aos particulares, como sucede, *v. g.*, com a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes [cf. artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*)]⁷³².

A circunstância de estar em causa uma vinculação *negativa* (*i. e.*, a imposição de um dever de observância ou de respeito – e não tanto de promoção – dos direitos) envolve o duplo problema de saber *se e em que medida* (*an e quomodo*) as atuações desenvolvidas no âmbito de relações jurídicas privadas se encontram *limitadas* pelos direitos fundamentais.

Que a primeira questão deve receber uma resposta afirmativa não temos muitas dúvidas. No sistema jurídico português, a solução decorre *expressis verbis* do já citado n.º 2 do artigo 18.º da CRP, quanto à vinculação de entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias – evidentemente desde que

⁷³¹ Cf. também Paulo Mota PINTO, «A Influência...», cit., p. 147, embora as considerações do Autor se restrinjam aos direitos sociais.

Revela-se interessante, neste horizonte, a comparação com o n.º 2 da secção 8 da Constituição da República da África do Sul, onde se determina que “uma norma do catálogo de direitos só vincula uma pessoa física ou jurídica *se e na medida em que* ela for aplicável, *tendo em conta a natureza do direito e a natureza de qualquer dever imposto pelo direito*” (“a provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right”). Trata-se de uma disposição que tem suscitado alguma riqueza interpretativa, no que tange à respetiva extensão aos *direitos sociais*, nomeadamente em consequência do princípio da separação de poderes. Considerando que, em caso de litígio entre particulares sobre a eventual violação, por uma das partes, de direitos fundamentais, a decisão cabe aos tribunais, a possibilidade de estes últimos imporem às entidades privadas uma determinada concretização dos direitos sociais reconduzir-se-ia a uma intrusão significativa na liberdade de conformação legislativa, com perigo para a separação e interdependência das relações entre juiz e legislador. Sobre esta questão, no contexto da Constituição sul-africana, *v. ELLMANN*, «A Constitutional Confluence: American “State Action” Law and the Application of South Africa’s Socioeconomic Rights Guarantees to Private Actors», in: *New York Law School Law Review*, vol. 45, 2000-2001, pp. 40 e ss..

⁷³² *V. também* Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 340, embora o Autor defenda uma posição mais ampla.

estes não tenham, pela sua própria natureza, como destinatários exclusivos as autoridades públicas (considerem-se, a título exemplificativo, o direito de petição, o direito à tutela jurisdicional efetiva, o *habeas corpus* ou o direito de asilo). Todavia, e ainda quando o texto constitucional não contivesse uma referência tão explícita, parece-nos que, à semelhança da visão seminal do *Bundesverfassungsgericht*, a subordinação da esfera privada aos direitos fundamentais traduz a ideia de que o sistema jurídico se subordina à ordem de valores cristalizada no *corpus* constitucional⁷³³. Tal como decorre das considerações anteriormente explanadas, esta posição não significa a adesão à ideia de que o direito se esgota na Constituição, mas que os direitos fundamentais, enquanto decorrência do princípio da dignidade humana, constituem dimensões axiológico-jurídicas transversais a todo o sistema jurídico. E esta ideia assume especial acutilância perante o surgimento de «poderes privados concentrados»⁷³⁴, configuráveis como uma ameaça às liberdades similar à que dimana dos poderes públicos, e que, *a fortiori*, justifica a sua vinculação jusfundamental.

Mas a resposta oferecida por esta visão não exaure o tema: a afirmação da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais não explica o segundo problema identificado, e que se reconduz à medida e ao modo dessa vinculação. Neste horizonte, urge salientar que a questão da vigência dos

⁷³³ Assim, RÜTHERS, *Die Heimliche Revolution...*, cit., pp. 35 e s..

⁷³⁴ A expressão pertence a TUSHNET, «The Issue...», cit., p. 92 (*concentrated private power*). Atente-se em que não incluímos neste conceito nem as «entidades administrativas privadas», nem as entidades privadas que, por delegação legislativa ou por delegação administrativa com base na lei, exerçam poderes públicos. Efetivamente, e num contexto de privatização da Administração Pública, assistimos à devolução de tarefas públicas quer a entidades sob forma privada embora materialmente públicas (privatização das formas organizativas da Administração), quer a puros privados (privatização da gestão de tarefas administrativas) – v. Paulo OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», in: *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, Studia Iuridica 60, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 40 e s., e *Legalidade...*, cit., pp. 304 e ss. (para uma diferenciação entre estas duas formas de privatização, cf. p. 308). Em qualquer destas hipóteses, as entidades em causa são assimiláveis a entidades públicas – desde logo, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, quando esta menciona que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias *vinculam as entidades públicas*. A esta questão fizemos, aliás, referência quando versámos a temática do constitucionalismo administrativo (cf., *supra*, 1.2.), enfatizando, naquele horizonte, a direta subordinação das entidades privadas com poderes públicos à Constituição e, por conseguinte, também às normas consagradoras de direitos fundamentais. Cf. ainda, sobre esta matéria, v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 442; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 328 e s.; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 327 e s., anotação XIV; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 222 e ss.; Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1038 e ss.. Embora constitua esta a tese dominante na doutrina nacional, a chamada de atenção justifica-se em virtude das diferenças que nos apartam do direito norte-americano, que tende a qualificar estas hipóteses como exceções da *state action doctrine* – e, por conseguinte, a considerar estas entidades como privadas, embora excepcionalmente submetidas aos direitos fundamentais (que, por princípio, obrigariam apenas entidades públicas, nos termos apontados, *supra*, em nota).

direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares – a designada «eficácia horizontal» ou «eficácia em relação a terceiros» – confronta-se, de imediato, com a *autonomia privada*, que constitui um dos eixos fundamentais do direito privado, e, por vezes, com o próprio *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. O problema da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais há de ser compreendido como um caso específico de interpretação (constitucional), em que se demanda um balanceamento ou uma ponderação entre valores jurídico-constitucionais e, como tal, a sua dilucidação encontrará um arrimo decisivo no princípio da concordância prática.

Esta conceção não impede que, como solução de princípio, se recorra aos princípios e normas próprios de direito privado para enquadrar a vinculação pelos direitos fundamentais, na medida em que existe uma maior proximidade normativa das normas de direito privado (significativamente mais densas e menos abertas que as normas jurídico-constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais) para disciplinar as relações jurídicas privadas⁷³⁵. Todavia, esta solução não pode olvidar duas coordenadas fundamentais: por um lado, também as normas de direito privado devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição e os direitos fundamentais; por outro lado, os princípios invocados como contra-argumentos da «eficácia horizontal» (por se revelarem coconstitutivos do sentido último do direito privado) encontram-se igualmente ancorados no plano jurídico-constitucional.

No que tange ao primeiro aspeto, estamos senão diante de uma recuperação do cânone da «interpretação conforme com a Constituição» ou «em conformidade com a Constituição» como critério de interpretação ou regra de prioridade interpretativa⁷³⁶ das normas infraconstitucionais (também jurídico-privadas) e, em particular, da interpretação em conformidade com

⁷³⁵ Sem prejuízo de, na ausência de disposições de direito privado sobre a matéria (ou de disposições compatíveis com a Constituição), se entender que as normas constitucionais em matéria de direitos se aplicam à disciplina da situação jurídica *inter privatos*.

⁷³⁶ Cf., em geral, sobre este critério, por exemplo, LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 480; F. MÜLLER, *Discours...*, cit., pp. 60 e 121; HESSE, *Elementos...*, cit., pp. 70 e ss. (como sublinha este Autor, o cânone da interpretação em conformidade com a Constituição contende tanto com a interpretação das normas infraconstitucionais, como com a interpretação da Constituição, dada a interpenetração entre ambas que a mobilização em concreto daquele critério pressupõe, em consonância com uma ideia de unidade da ordem jurídica a ele subjacente – *Op. cit.*, p. 75); HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, Tübingen, 2008, pp. 171 e ss.. V. também SCHILLING, *Rang...*, cit., pp. 542 e ss.; HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 1, ano 111.º, janeiro 1996, p. 16, enquanto uma das dimensões (a par da teoria da invalidez parcial) do princípio da conservação das normas (*Prinzip der Rechtserhaltung* ou *normerhaltende Prinzip*).

Entre nós, cf., v. g., Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 195 e s.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1310 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo II, cit., pp. 311 e ss.; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 186 e ss., 290 e ss., 319; Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, cit., vol. I, pp. 593 e ss..

os direitos fundamentais (cf., *supra*, 1.3.2.2., A). Trata-se de um cânone que assenta não só no princípio da unidade da ordem jurídica⁷³⁷, como em princípios especificamente hermenêuticos, como sucede com o princípio da unidade da interpretação do sistema jurídico – a pressupor a procura e a escolha do sentido que não se revele incompatível com a Constituição⁷³⁸. A interpretação em conformidade com a Constituição apresenta, contudo, limites: nos casos em que se verifica uma contradição insanável entre a norma legal e a Constituição, em termos de o conteúdo àquela conferido, por força da interpretação, se transformar num *aliud*, diverso do conteúdo normativo⁷³⁹, ultrapassámos os limites da tarefa interpretativa. Tal significa, pois, que uma das primeiras respostas à eventual violação de direitos fundamentais por entidades privadas pode ser, efetivamente, dada através das normas jurídico-privadas, na medida em que aqueles direitos constituem um elemento da determinação do sentido destas normas⁷⁴⁰.

Por outro lado, importa acentuar que alguns dos princípios jurídico-privados mobilizados para, numa primeira leitura, rechaçar a tese da eficácia horizontal revestem natureza jurídico-constitucional e, como tais, hão de constituir sempre objeto de ponderação com os direitos fundamentais também em causa. Por esse motivo, o problema da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais reconduz-se, com frequência, a um problema de colisão de direitos entre os particulares (em virtude da multifuncionalidade e da multidimensionalidade que os predica⁷⁴¹), e de conciliação dos valores subjacentes aos direitos fundamentais com outros valores *igualmente jurídico-constitucionais e tutelados por normas atinentes aos direitos fundamentais*, como sucede com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e,

⁷³⁷ HESSE, *Elementos...*, cit., p. 72.

⁷³⁸ Assim como em princípios que relevam, em especial, da teoria da inconstitucionalidade, como é o caso do princípio do aproveitamento dos atos jurídico-públicos ou da conservação das normas e do princípio da proporcionalidade – a impor que a sanção da inconstitucionalidade (e a declaração de nulidade da norma a ela inerente) funcionem como expedientes de *ultima ratio*, incidindo apenas sobre actos (jurídico-públicos) cuja constitucionalidade falhada se revele impossível de salvar. Em sentido próximo, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., 885 e s.. V. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1226; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 406.

⁷³⁹ Assim, HESSE, *Elementos...*, cit., p. 73.

⁷⁴⁰ Salientando já que a convocação deste cânone “já levará, na grande maioria dos casos, a uma congruência de resultados entre direito constitucional e direito privado”, v. Paulo Mota PINTO, «A Influência...», cit., p. 155. Cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1292.

⁷⁴¹ Sobre a multifuncionalidade (considerando os modos de vinculação *concreta*, seja como direitos subjetivos, seja como garantias objetivas) e a multidimensionalidade (atentos os modos de vinculação dos direitos como um todo), v. RUFFERT, *Vorrang...*, cit., pp. 61 e ss.. Cf. também entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1289.

sobretudo, com a autonomia privada e a liberdade individual⁷⁴². E, se quanto ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade a questão se revela mais pacífica (sobretudo a partir da sua consagração no n.º 1 do artigo 26.º da CRP), importa salientar que, assumindo-se como direitos fundamentais, também a autonomia privada e a liberdade da pessoa surgem informadas pelo imperativo axiológico-jurídico consubstanciado na dignidade humana⁷⁴³. É à luz desta compreensão que deveremos interpretar determinados mecanismos previstos no Código Civil, como sucede com o conceito de “ordem pública”, que possui, *inter alia*, as virtualidades de tornar nulas as limitações voluntárias aos direitos de personalidade que lhe sejam contrárias (cf. artigo 81.º, n.º 1), de determinar a extinção de associações e fundações, cuja existência a contrarie [cf. artigos 182.º, n.º 2, alínea *d*), e 192.º, n.º 3, alínea *b*), respetivamente], de cominar com a nulidade os negócios jurídicos cujo objeto lhe seja contrário ou cuja eficácia se encontre subordinada a uma condição lhe seja ofensiva (cf. artigos 280.º, n.º 2, e 271.º, n.º 1; a mesma ideia se aplica, *mutatis mutandis*, às disposições testamentárias – cf. artigos 2186.º e 2230.º).

Assim, perante o concreto circunstancialismo de determinado caso, urge ponderar quer a posição relativa das partes envolvidas⁷⁴⁴, quer os direitos⁷⁴⁵ (*rectius*, a parcela afetada do conteúdo dos direitos) que se contrapõem à autonomia privada, de modo a determinar se, na situação concreta, a invocação daqueles direitos pode conduzir à limitação da (*rectius*, a uma intrusão inadmissível na) autonomia do sujeito privado ou, se, pelo contrário, só a sua interferência na relação entre os particulares pode salvar a dignidade humana

⁷⁴² Cf. também Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 251 e ss..

⁷⁴³ Trata-se da conceção igualmente subjacente ao pensamento de Mafalda Miranda BARBOSA, «Dignidade e Autonomia a Propósito do Fim da Vida», in: *O Direito*, n.º II, ano 148.º, 2016, pp. 237 e ss., com amplas referências jurídico-filosóficas.

⁷⁴⁴ Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo IV, cit., p. 339) e Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA («Artigo 18.º», cit., p. 336, anotação XX) identificam, por exemplo, três tipos de relações: relações entre os membros de um grupo ou uma pessoa coletiva, relações entre particulares e poderes sociais de facto, e relações entre particulares em situação de paridade. Ainda que, quanto a este ponto, entendamos que a posição relativa das partes (em particular, a eventual presença de poderes privados) deverá constituir *um* fator a *ponderar* para avaliar a medida ou o modo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não discordamos da visão de Paulo Mota PINTO («A Influência...», cit., pp. 156 e s.), quando acentua que a lesão do âmbito nuclear dos direitos – e, assim, a vulneração da dignidade humana – não pode ser consentida a qualquer entidade, pública ou privada (detendo esta última uma posição de supremacia ou não). Em sentido distinto, quanto às relações privadas típicas, v. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 250; cf., porém, p. 256.

⁷⁴⁵ Um elemento a ponderar neste contexto pode consistir no facto de um dos direitos em conflito se identificar com um daqueles insuscetível de suspensão em estado de sítio ou estado de emergência, nos termos do n.º 6 artigo 19.º da CRP, que impede, *inter alia* (e convocando tão-só os direitos que possam estar em causa no âmbito das relações jurídicas privadas), a suspensão dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, e da liberdade de consciência e de religião.

de ambos os intervenientes⁷⁴⁶. O que não nos aparta muito significativamente dos resultados mais razoáveis da *state action doctrine*, quando esta é interpretada no sentido de submeter aos direitos fundamentais (e, como tal, proibir) as atuações (desenvolvidas também por sujeitos privados) cuja mera admissibilidade poria em perigo os valores jurídico-constitucionalmente protegidos (*in casu*, os emergentes da XIV Emenda)⁷⁴⁷.

Repare-se que esta perspetiva se estende para além da teoria do «efeito horizontal indireto». Trata-se de chamar a atenção que, mesmo perante os litígios que afetem exclusivamente relações jurídicas privadas, os tribunais se encontram sempre vinculados a dar prevalência aos princípios e normas constitucionais, em geral, e aos direitos fundamentais em especial. Curiosamente, em última análise, o problema da eficácia horizontal acabará, com frequência, por desembocar numa questão relacionada com a realização *pelo Estado* dos direitos fundamentais. Efetivamente, na maioria dos casos, o problema encontra-se resolvido pelo legislador ordinário – que incorpora, no sistema jurídico, preceitos concretizadores dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo como limites, a montante, o conteúdo essencial dos direitos, e, a jusante, a liberdade individual e a autonomia privada⁷⁴⁸, aos quais acrescem as disposições constitucionais que expressamente imponham ou proibam uma conduta aos particulares⁷⁴⁹ –, cabendo (com ou sem a mediação das normas jurídico-privadas, porquanto estas últimas podem não existir ou padecer de inconstitucionalidade⁷⁵⁰) aos tribunais a determinação, *in concreto*, da

⁷⁴⁶ Esta posição permite responder a uma das hipóteses formuladas pela doutrina norte-americana para demonstrar a inconsistência da eficácia horizontal com o respetivo sistema jurídico-constitucional: a da impossibilidade, à luz da Constituição, de sancionar uma pessoa branca racista que não convida para a festa que dá em sua casa o seu vizinho negro (recordando este exemplo, v. TUSHNET, «The Issue...», cit., p. 93).

⁷⁴⁷ GLENNON JR./NOWAK, «A Functional Analysis...», cit., p. 261.

⁷⁴⁸ Nestes termos, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 257, a propósito da conformação do “espaço de liberdade dos indivíduos nas relações de direito privado”.

Dentro destas margens, existe, como também sublinha Sousa RIBEIRO («Constitucionalização...», cit., p. 738) uma “apreciável margem de ponderação e decisão”. Por esse motivo, e considerando o tipo e a dignidade do bem jurídico afetado, a interferência legislativa pode reconduzir-se à emanção de normas de direito penal ou de direito civil, e, dentro deste último ramo, pode optar por soluções muito distintas.

⁷⁴⁹ Assim, v. g., está excluída a possibilidade de constituição de associações armadas, de tipo militar, militarizadas ou para militares, racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (cf. artigo 46.º, n.º 4, da CRP), e encontra-se imposta ao empregador a atribuição de salário igual para trabalho igual [cf. artigo 59.º, n.º 1, alínea a)].

⁷⁵⁰ E é neste ponto que desempenha um papel fundamental a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, que, tendo apenas “normas” como objeto de controlo dos processos de fiscalização da constitucionalidade, se pronuncia, em termos privilegiados, sobre a eventual violação da Constituição e, particularmente das disposições atinentes aos direitos fundamentais *por normas (em regra, legislativas) de direito privado* (ou pela interpretação com que tais normas são mobilizadas pelos tribunais) – pondo em marcha o esclarecimento do sentido da conformação legislativa da autonomia privada

vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, na medida em que as respetivas decisões se têm de conformar com a Constituição e, por conseguinte, com o catálogo jusfundamental⁷⁵¹.

Outro conjunto de problemas aflora quando se trata de defender os particulares contra atitudes por si consentidas⁷⁵² e refletir sobre a (in)disponibilidade dos direitos fundamentais, *maxime* no âmbito das relações jurídicas privadas. Evidentemente, nem todos os direitos (e nem todas as dimensões ou conteúdos) dos direitos possuem a mesma densidade axiológico-jurídica⁷⁵³, pelo que a questão merecerá sempre respostas diferenciadoras. Neste

e da liberdade individual, à luz das exigências de sentido pressupostas pelos direitos fundamentais. Assim, *v. g.*, o problema do equilíbrio intergeracional e a garantia do mínimo para uma existência condigna também nas relações jurídicas entre os particulares recebeu a atenção da jurisprudência do Tribunal Constitucional, a propósito da obrigação de alimentos a filho menor, quando o respetivo cumprimento coloque o progenitor-devedor abaixo do mínimo de existência condigna (*v. Acórdãos n.ºs 306/2005, de 8 de junho, e 394/2014, de 7 de maio*). Como salienta a jurisprudência, a hipótese em causa gera uma colisão entre os direitos fundamentais do progenitor e os direitos fundamentais do filho menor (sem prejuízo da consideração – claramente limitadora da liberdade individual – segundo a qual “até que as necessidades básicas das crianças sejam satisfeitas, os pais não devem reter mais rendimento do que o requerido para providenciar às suas necessidades de auto-sobrevivência” – Acórdão n.º 306/2005, § 6), cuja solução, exigida pelo princípio da dignidade humana, pressupõe uma ponderação entre a garantia do mínimo de existência condigna do progenitor e a garantia do mínimo de existência condigna do filho menor. Tal significa que não pode a sobrevivência do menor ser alcançada pondo em causa a sobrevivência do progenitor (*cf. Acórdãos n.ºs 306/2005, § 6, e 394/2014, §§ 5 e 6*).

Foi também a necessidade de garantia do mínimo para uma existência condigna que, na perspetiva do Tribunal Constitucional, justificou a restrição dos direitos dos credores. Com fundamento no princípio da dignidade humana, aquela Alta Jurisdição afirmou a não inconstitucionalidade das normas sobre a impenhorabilidade das prestações sociais na medida em que constituam a garantia da perceção de um rendimento mínimo de subsistência e, como tal, da “*sobrevivência minimamente condigna do pensionista*” [Acórdão n.º 349/91, de 3 de Julho, §§ 6, 7, 9 e 10, louvando-se em posição já avançada pela Comissão Constitucional (*cf. Acórdão da Comissão Constitucional n.º 479, de 25 março de 1983, in: Boletim do Ministério da Justiça, n.º 327, junho 1983, pp. 415 e ss., relativo à impenhorabilidade das pensões da previdência social*); Acórdão n.º 411/93, de 29 de junho, § 6), tendo ainda, com argumentação similar, considerado inconstitucionais as normas que permitiam a penhora de prestações de natureza social (em especial, pensões) ou de vencimentos inferiores ao salário mínimo nacional (Acórdão n.ºs 318/99, de 26 de maio; 177/2002, de 23 de abril; 96/2004, de 26 de fevereiro), e de quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido (Acórdão n.º 62/2002, de 6 de fevereiro).

⁷⁵¹ Como enfatiza TUSHNET («The Issue...», *cit.*, p. 94), esta observação não se destina a subalternizar a autonomia do problema da vinculação de entidades privadas pelos direitos fundamentais; na verdade, a possibilidade de mobilização jurisdicional das normas jusfundamentais para a resolução de litígios *inter privatos* depende sempre da resposta ao primeiro problema. A afirmação do texto pretende acentuar apenas que, em caso de conflito, o *enforcement* dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas acaba por se efetuar por via jurisdicional.

⁷⁵² Estão aqui, evidentemente, excluídas as hipóteses em que o consentimento não corresponde a um exercício de autodeterminação, e em que a vontade do sujeito se encontra, no momento da emissão da declaração, consideravelmente atingida na sua autonomia privada. Alertando já para esta diferença, *v. CANARIS, Direitos...*, *cit.*, pp. 72 e s.. Além disso, também não se assimilam aos casos versados no texto as situações de não exercício dos direitos – *cf.*, *v. g.*, a distinção efetuada por Gomes CANOTILHO, «Para uma Revisão...», *cit.*, pp. 546 e s..

⁷⁵³ *Cf.*, *v. g.*, quanto ao direito à reserva da intimidade da vida privada, as considerações de Paulo Mota PINTO, «A Protecção da Vida Privada e a Constituição», *in: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVI, 2000, pp. 190 e s..

horizonte, e uma vez mais, a dignidade humana constitui um importante argumento a mobilizar⁷⁵⁴, salientando-se que aquela exigência axiológica se impõe aos próprios cidadãos, e, nessa medida, é indisponível, estando proibidos os comportamentos dela atentatórios, mesmo quando consentidos. Considerem-se o caso, apreciado pela jurisprudência alemã, em que se admitiu a proibição de as mulheres participarem em *peep-shows*, com fundamento na violação da sua dignidade, ou a situação, oriunda da jurisprudência francesa, da ilegalidade do “arremesso de anão” como forma de entretenimento comercial⁷⁵⁵ – para além das hipóteses mais impressivas (mas também mais controversas) que tocam a questão da (eventual) disponibilidade do direito à vida⁷⁵⁶. Deverá entender-se (no mínimo) que aí, onde o indivíduo se reduz à condição de “não-pessoa” – e, por consequência, põe em causa o conteúdo mínimo do direito exigido pela dignidade humana, enquanto valor objetivo do ordenamento jurídico –, a autonomia privada e a liberdade individual têm de ceder, por se estar a pôr em xeque um bem jurídico indisponível^{757 758}.

Questão paralela à que vimos tratando (mas enquadrada pela mesma teleologia – evitar a existência de uma dupla ética nas relações sociais) reside no problema de saber quais os limites para a intervenção estadual nas relações jurídicas privadas com o propósito de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais. A resposta mais imediata que nos oferece o direito comparado

⁷⁵⁴ Alguma doutrina mobiliza a dignidade humana com um sentido diverso do avançado no texto, concebendo-a como *fundamento* da (e não – ou não apenas – como limite à) disponibilidade de direitos fundamentais. Cf., v. g., DÜRIG, «Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1956, p. 152; Benedita MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 91 e s..

⁷⁵⁵ Exemplos recolhidos em McCRUDDEN, «Human Dignity...», cit., pp. 705 e s.. Sobre o caso dos *peep-shows* e do lançamento de anões, e com uma reflexão bastante crítica em ambos, cf. Benedita MAC CRORIE, *Os Limites...*, cit., pp. 292 e ss., 295 e ss., respetivamente. V. também Luís Roberto BARROSO, «Here...», cit., pp. 376 e s., com referências.

⁷⁵⁶ Encontram-se aqui envolvidas situações tão delicadas e complexas como as questões relacionadas com a *wrongful life* ou *wrongful birth* e como a eutanásia. Sem prejuízo da vastíssima bibliografia sobre ambas as temáticas, cf. as perspetivas (nas quais nos revemos) de Carneiro da FRADA, «A Vida Própria como um Dano – Perspectivas Cívicas e Constitucionais de um Tema Actual», in: Pinto MONTEIRO/NEUNER/SARLET (orgs.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 305 e ss. e ss., esp.^{te} pp. 320 e ss., e Mafalda Miranda BARBOSA, «Dignidade...», cit., pp. 233 e ss..

⁷⁵⁷ Assim, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 256.

⁷⁵⁸ Trata-se de problemas que têm constituído objeto de particular reflexão pelo direito civil, a propósito da indisponibilidade de direitos de personalidade (cf. artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil, nos termos do qual “toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”). Sobre o tema, cf., v. g. e em geral, Mota PINTO, *Teoria...*, cit., pp. 101, 215 e ss.; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, pp. 91 e s.. A questão possui uma relevância jurídico-penal, no âmbito da temática relativa ao consentimento como causa de justificação (cf. artigo 38.º, n.º 1, do Código Penal, de acordo com o qual “o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”).

reside na doutrina dos *deveres de proteção* (*Schutzpflicht*), que acentua a importância da conceção de que os direitos valem [não só perante (*vor*), mas também] através (*durch*) do Estado, responsável por proteger os cidadãos mesmo diante de ameaças provenientes de outros particulares. Neste sentido, os poderes públicos (nas vestes de legislador, Administração ou juiz) têm a seu cargo uma obrigação de garantir a não lesão dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, em congruência com a afirmação de um direito fundamental à segurança e com a consequência de que os bens jusfundamentais beneficiam de uma segurança *erga omnes*⁷⁵⁹. Numa formulação moderada, esta conceção permite erigir, além de uma vinculação negativa [típica da compreensão dos direitos como direitos de defesa (*Abwehrrechte*)⁷⁶⁰], uma vinculação positiva que exige a proteção dos direitos através de medidas estaduais (de carácter preventivo ou repressivo), sobretudo de natureza legislativa, mas também administrativa e jurisdicional (inclusive perante atuações vulneradoras perpetradas pelos particulares)⁷⁶¹, permitindo, por sua vez, a construção de um princípio de proibição do défice ou da insuficiência (*Untermassverbot*)⁷⁶². Embora formulada sob a perspectiva oposta (negativa e não positiva), esta posição não se distancia assim tanto de certas dimensões da *state action doctrine*, sobretudo na parte em que esta acentua que o facto de o destinatário dos direitos se identificar com o Estado não implica que este não tenha a obrigação de evitar que os cidadãos ofendam os direitos uns dos outros^{763 764}.

⁷⁵⁹ ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht», in: ISENSEE/KIRCHHOF (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., vol. IX, C. F. Müller, [Heidelberg, 2011, pp. 414 e s., 496 [embora a expressão não apareça no texto, um dos títulos do n.º de margem 178 é precisamente «proteção dos direitos fundamentais *erga omnes*» (*Grundrechtsschutz erga omnes*)]. Aliás, mesmo quando o n.º 1 do artigo 2 da *Grundgesetz* prevê os direitos de outrem como limite do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o Autor salienta que cabe ao Estado submeter a condicionalismos jurídicos as potenciais colisões de direitos entre os particulares (*Op. cit.*, p. 430).

⁷⁶⁰ Cf. ISENSEE, «Das Grundrecht...», cit., pp. 420 e s., 429, 434, 435 e ss. (assinalando esta como a função clássica-liberal e prototípica dos direitos fundamentais).

⁷⁶¹ Em consonância com a ideia, emergente da segunda parte do n.º 1 do artigo 1 da *Grundgesetz*, segundo o qual todas as autoridades públicas têm o dever de *respeitar* (*zu achten*) e *proteger* (*zu schützen*) a dignidade humana. Cf. ISENSEE, «Das Grundrecht...», cit., pp. 426 e s..

⁷⁶² Cf., em especial, CANARIS, *Direitos...*, cit., pp. 60 e ss., 122 e ss., esclarecendo que a compreensão da função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela (*Schutzgebotsfunktion*) impõe (apenas) ao Estado o dever de proteger um cidadão perante outro (*Op. cit.*, pp. 58, 103 e ss.), e que a violação desse dever só se verifica se se descer “abaixo de um mínimo de proteção” (tratando-se, por conseguinte, de uma situação de denegação ou omissão de proteção jurídica).

⁷⁶³ Assim, STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KALMAN, *Constitutional Law*, cit., p. 1554.

⁷⁶⁴ A esta posição não se revela alheia a própria visão internacional dos direitos humanos: o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos não deixa de salientar que a obrigação dos Estados de tutela dos direitos implica o dever de os protegerem contra a ofensa por terceiros (*duty to protect*); reconhecendo, todavia, que os Estados não serão, por si, responsáveis pelas

Todavia, na Alemanha, a posterior evolução da «teoria dos deveres de proteção» desemboca na defesa de uma responsabilidade pública decorrente de qualquer violação dos direitos por entidades privadas, correspondendo ao que Isensee⁷⁶⁵ designa como «teoria da convergência estatista» (*etatistische Konvergenztheorie*): neste sentido, o Estado como que passa a prestar contas pelos comportamentos dos particulares, à luz da ideia segundo a qual aquilo que os poderes públicos não proibem estão, implicitamente, a autorizar (seja em resultado da ausência de uma norma legal proibitiva, seja em virtude da falta de punição jurisdicional da conduta ofensiva da norma proibitiva, seja, por fim, em consequência da não execução administrativa da sanção aplicada). Trata-se, evidentemente, de uma perspetiva que, além de potenciar um verdadeiro terrorismo dos direitos fundamentais⁷⁶⁶, colide com os valores jurídico-constitucionalmente protegidos da autonomia, liberdade e autorresponsabilização dos cidadãos. Se se reconhece – como resulta de todas as considerações precedentes – ao Estado (nas suas diversas vestes) um papel determinante no exercício da sua função de «garante dos direitos fundamentais»⁷⁶⁷ e se se concorda que tal papel deve manter⁷⁶⁸, tal não pode apagar, em absoluto, a autonomia da defesa da subordinação, em certos termos, dos comportamentos dos particulares aos

violações de direitos humanos perpetradas por entidades privadas, o Alto Comissariado entende que aqueles podem infringir as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos quando claudicam na adoção das medidas necessárias para evitar, investigar, punir e reparar os abusos praticados pelos privados. Assim, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, United Nations Human Rights/Office of the High Commissioner, New York/Geneva, 2011, p. 4.

⁷⁶⁵ ISENSEE, «Das Grundrecht...», cit., pp. 535 e ss., descrevendo as posições monograficamente desenvolvidas por Schwabe e Murswiek. Sobre esta perspetiva, v. a síntese do próprio SCHWABE, «Grundrechte und Privatrecht», in: *Archiv für die Zivilistische Praxis*, n.º 1, vol. 185, pp. 1 e ss. (em diálogo com a teoria de Canaris).

⁷⁶⁶ ISENSEE («Das Grundrecht...», cit., p. 539) utiliza uma expressão similar, ao testar a teoria exposta com a proteção do ambiente, enfatizando que a adoção daquela perspetiva transformaria os direitos fundamentais em padrões de um terrorismo ecológico.

⁷⁶⁷ ISENSEE, «Das Grundrecht...», cit., p. 416 (note-se que o Autor entende o Estado como desempenhando, sozinho, o papel de garante dos direitos fundamentais; concordamos, porém, com a existência de um leque distinto de ações que os poderes públicos podem desenvolver para tutela dos direitos: v. os diversos exemplos apresentados em *Op. cit.*, p. 541).

⁷⁶⁸ Cf. a proposta diferenciadora de Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 343 e s., anotação XXIV. A existência de específicos deveres de proteção, associados à ideia do Estado como entidade privilegiada para a tutela jusfundamental, sem perder de vista a discricionariedade legislativa, balizada entre os princípios da proibição do excesso e da proibição do défice) tem ocupado a jurisprudência constitucional portuguesa: cf., a propósito da fragmentante questão da proteção do direito à vida, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 25/84, de 19 de março (§§ V.1, e muito especialmente, a Declaração de Voto do Conselheiro Cardoso da Costa, §§ 3 e seguintes), 85/85, de 29 de maio (§ 2.2.), 288/98, de 17 de abril (§§ 28, a propósito do direito constitucional alemão, 43, 46; Declaração de Voto do Conselheiro Paulo Mota Pinto, § 2; Declaração de Voto do Conselheiro Cardoso da Costa, § 10), 617/2006, de 15 de novembro (§§ 29 e seguintes; Declaração de Voto do Conselheiro Rui Moura Ramos, § 3), e 75/2010, de 23 de fevereiro (§§ 11.1., 11.4.; Declarações de Voto do Conselheiro Borges Soeiro, § a), e da Conselheira Maria Lúcia Amaral].

direitos fundamentais. De algum modo, a posição que advogamos – alicerçada na ideia de ponderação entre valores jurídico-constitucionais – permite ultrapassar uma compreensão paternalista do Estado, responder à necessidade de circunscrever a atuação dos poderes públicos (consonante com a evolução no sentido do caráter mais incentivador e ativador do Estado, e menos prestador) e conferir aos cidadãos uma responsabilidade na realização dos direitos.

2.2. O(s) discurso(s) das capacidades e a autorresponsabilização

A centralidade assumida pelos atores públicos – diretamente relacionada com a conceção do Estado como destinatário dos direitos – não pode eliminar o relevo que os comportamentos dos sujeitos devem assumir no contexto da realização dos direitos fundamentais. Na verdade, a própria evolução dos direitos fundamentais (da sua *comprehensio* e, corresponsivamente, da sua *extensio*) dirige-se a viabilizar a integração da pessoa no seio social, demandando que esta também exerça uma ação de “cura” sobre a sociedade, assumindo uma postura intersubjetiva, interativa e ativista⁷⁶⁹. Eis-nos diante de uma conceção que acabou, de algum modo, por ficar suspensa em certas compreensões radicais do Estado social, que o transmudaram em Estado-providência, e que “[esvaziaram] espiritualmente o homem”, reduzindo-o em “*homo ludens* da sociedade do bem-estar à outrance”⁷⁷⁰.

Pelo contrário, os direitos assumem-se agora como “esperança constitucional” (*Verfassungserwartung*) dirigida aos cidadãos, comprometendo-os na realização do bem comum (ou, se preferirmos, dos valores públicos) – uma realização que, doravante, não se faz (nem se deve fazer) sem eles (isoladamente considerados ou coletivamente articulados)⁷⁷¹, e que favorece a liberdade, a cidadania e a iniciativa, já não sacrificadas nas aras da comodidade⁷⁷². Destarte, a solidariedade que intercede na relação Estado-cidadão não deve constituir um pretexto para a desresponsabilização da pessoa, tornando-a sempre dependente da alteridade, promovendo-se antes um modelo de «ajuda

⁷⁶⁹ CASADEI, *I Diritti...*, cit., p. 42.

⁷⁷⁰ Castanheira NEVES, «Entre o “Legislador”...», cit., p. 189.

⁷⁷¹ Cf. DENNINGER, «Sicherheit...», cit., pp. 106 e s..

⁷⁷² Numa reformulação das ideias subjacentes a Vieira de ANDRADE, «O Papel...», cit., p. 31.

para a autoajuda»⁷⁷³. Como enfatiza Vieira de Andrade⁷⁷⁴, uma adequada compreensão dos direitos (*maxime*, sociais) acentua “a sua qualidade humana de direitos fundamentais de cidadãos livres e responsáveis numa sociedade livre”.

Uma das posições mais impressionantes neste contexto consiste no designado *capabilities approach*, inaugurado, essencialmente, por Amartya Sen⁷⁷⁵, e que, à maneira kantiana⁷⁷⁶, põe a tónica na pessoa como um fim em si mesmo e avalia o bem-estar à luz das oportunidades disponíveis para cada indivíduo; neste sentido, o objetivo da sociedade há de consistir na promoção de um conjunto de oportunidades, respeitando o direito de cada um de as exercer ou não, e, como tal, encarecendo o respetivo poder de autodefinição^{777 778}. Por esse motivo, uma das principais preocupações da teoria consiste na identificação da injustiça social e da desigualdade (*hoc sensu*, falhas de capacitação), surgindo, por conseguinte, a pobreza associada à privação das *capabilities*⁷⁷⁹,

⁷⁷³ João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., p. 97, louvando-se na doutrina alemã.

⁷⁷⁴ Vieira de ANDRADE, «Repensar a Relação entre o Estado e a Sociedade», in: *Nova Cidadania*, n.º 31, ano VIII, janeiro/março 2007, p. 38.

⁷⁷⁵ V., v. g., um dos primeiros estudos de Amartya SEN sobre a matéria: «Equality of What?», in: SEN, *Choice, Welfare and Management*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 1997, pp. 353 e ss. (o estudo data de 1982), e *Commodities and Capabilities*, Oxford University Press, Oxford, 1999 (publicado originalmente em 1985); no primeiro, desenhando já o conceito de *basic capabilities* e a defesa de uma *basic capability equality* («Equality...», cit., pp. 367 e s.), neste último, pondo a tónica nas *functionings*, i. e., na capacidade que uma pessoa tem de estar/ser (*being*) ou fazer (*doing*) alguma coisa, identificando as *capabilities* com o conjunto de vetores entre os quais aquela pode escolher (sobre a noção de *functioning* enquanto *achievement* da pessoa e o seu confronto com as *capabilities*, v. *Commodities...*, cit., pp. 6 e ss.). Cf. posteriores desenvolvimentos em obras como *On Ethics and Economics*, Blackwell Publishing, Malden/Oxford/Victoria, 1988, ou *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1992.

⁷⁷⁶ Sobre os antecedentes histórico-filosóficos da conceção, v., por todos, NUSSBAUM, «Constitutions and Capabilities: “Perception” Against Lofty Formalism», in: *Harvard Law Review*, vol. 121, 2007, pp. 33 e ss..

⁷⁷⁷ Cf. a síntese de NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2001, pp. 4 e ss., e *Creating Capabilities*, cit., pp. 17 e ss. (ainda que o *capabilities approach* defendido pela Autora não se identifique, na totalidade, com o de Sen, como, aliás, se encontra expressamente demarcado na sua obra). Especialmente iluminada pela candeia da dignidade humana, a Autora identifica um conjunto de dez *central capabilities* que uma *decent political order* deve satisfazer (e que, nessa medida, traduzem objetivos a atingir, correspondentes a *entitlements* pré-políticos): vida (*life*); saúde física (*bodily health*); integridade física (*bodily integrity*); sentidos, imaginação e pensamento (*senses, imagination and thought*); emoções (*emotions*); razão prática (*practical reason*); afiliação ou relacionamento (*affiliation*); outras espécies (*other species*, no sentido de ser capaz de viver em relação com o mundo da natureza); divertimento (*play*); e controlo sobre o próprio ambiente (*control over one’s environment*) – v. NUSSBAUM, *Creating Capabilities*, cit., pp. 33 e s. (repare-se que a explicitação de cada uma das *capabilities* se inicia sempre com a expressão *being able to*, que poderemos traduzir como “ser capaz de”).

⁷⁷⁸ Para uma perspetiva global e crítica do *capabilities approach*, cf., v. g., ALEXANDER, *Capabilities and Social Justice: The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum*, Ashgate, Aldershot, 2008.

⁷⁷⁹ Cf. Amartya SEN, *Development...*, cit., pp. 87 e ss.. Uma das dimensões (não abordadas neste contexto) do cruzamento entre os direitos fundamentais e o *capabilities approach* reside precisamente na defesa de um conjunto maior (mas também diferente) de direitos humanos (com a qual não concordamos necessariamente), na possibilidade de captação e tradução dos direitos na linguagem das *capabilities*, e na proposta de uma perspetiva alternativa sobre os deveres (fundamentais): sobre

à amputação das possibilidades reais que as pessoas têm de ser ou fazer. Trata-se de uma visão que mergulha algumas das suas raízes mais próximas no humanismo renascentista, que, valorizando a autonomia e a liberdade, concebia o homem como sujeito-autor do seu destino e da sua história⁷⁸⁰. A liberdade não surge, todavia, encarada como valor único caracterizador da pessoalidade; pelo contrário, esta última encontra-se intimamente relacionada com a responsabilidade, que constitui, afinal, fundamento da própria liberdade: eis a razão pela qual à emergência das *capabilities* (expressão da liberdade externa do indivíduo) está subjacente a *capacity* (enquanto tradução da liberdade interna)⁷⁸¹. E é justamente neste ponto que assume relevância decisiva a defesa da autorresponsabilização das pessoas pela promoção dos direitos (dentro das *capabilities* de que se encontram dotadas, por si só ou em resultado da interferência positiva estadual que, neste horizonte, tem a seu cargo o desenvolvimento das potencialidades da pessoa).

Não andarás muito longe desta ideia de autorresponsabilização a defesa, com Dworkin⁷⁸², da dupla dimensão da dignidade humana – desdobrada no princípio do valor intrínseco (*principle of intrinsic value*) e no princípio da responsabilidade pessoal (*principle of personal responsibility*) –, a qual pressupõe simultaneamente que toda a vida humana possui um valor objetivo e intrínseco cujo potencial importa tutelar e que cada pessoa tem a responsabilidade de realizar esse valor, cabendo-lhe escolher, com autonomia e sem coerção, as opções para atingir esse desiderato. Trata-se de uma conceção com consequências não despiciendas: por um lado, pressupõe o reconhecimento *por todos* e a preocupação *de todos* de que a vida de *todas* as pessoas (e não apenas a sua) tem importância e não deve ser desperdiçada (*equal concern*) – dimensão que apela ao valor da igualdade; por outro lado, concebe a democracia como auto-governo, convocando o valor da liberdade (*self-government*)⁷⁸³. Neste sentido,

esta questão, v. a síntese de VIZARD/FUKUDA-PARR/ELSON, «Introduction...», cit., pp. 2 e ss..

⁷⁸⁰ V. DI FABIO, *Der Verfassungsstaat...*, cit., pp. 16 e s..

⁷⁸¹ Sobre esta questão, cf., v. g., BALLET/BAZIN/DUBOIS/MAHIEU, *Freedom, Responsibility and Economics of the Person*, Routledge, London/New York, 2014, pp. 39 e ss. (sobre a associação entre liberdade e responsabilidade), 56 e s. (sobre a contraposição *capabilities* e *capacity*, associando a última à responsabilidade).

⁷⁸² DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? – Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 9 e ss..

⁷⁸³ DWORKIN, *Is Democracy...*, cit., pp. 144 e ss.. Sem a pretensão de explorar a (e mergulhar na) complexidade do pensamento deste Autor (que, de resto, seria desajustada neste contexto), importa cruzar a dupla dimensão da dignidade humana avançada no texto com os dois princípios da dignidade humana – princípio do respeito próprio (*self-respect*) e princípio da autenticidade –, sintetizáveis na proposição “*good life and living well*”, que o Autor desenvolve em *Justice...*, cit., pp. 202 e ss.. Conjugados, estes princípios determinam (numa versão muito simplificada) que cada um tem a responsabilidade de considerar a sua vida como importante e de a viver de acordo com os valores que considera relevantes.

e fechando o círculo, se apenas a capacitação das pessoas (consequência direta da sua dignidade) torna efetivo o reconhecimento de direitos fundamentais, a realização destes últimos exige dos sujeitos uma atitude de autorresponsabilização (conjugando, assim, autonomia e responsabilidade) e de ativa concretização – numa complexa teia de relacionamentos, entre Estado e cidadãos, e no interior das próprias comunidades.

Neste cenário, urge defender, além da promoção de uma “cultura de deveres”⁷⁸⁴, a superação da passividade e o incremento do ativismo dos cidadãos, dispostos a empenhar-se na vida da *polis*, cabendo-lhes aproveitar as oportunidades para alcançarem realizações razoáveis⁷⁸⁵ (originando o *empowerment of citizens*, a que alguma doutrina se refere⁷⁸⁶). Como expressivamente salienta Dworkin⁷⁸⁷, a ignorância dos cidadãos leva a que os governantes os tratem como ignorantes, o que, por sua vez, determina que aqueles se tornem mais (ou, pelo menos, permaneçam) ignorantes. Uma renovada perspetivação do papel do setor público implica também uma reflexão sobre o sentido e o funcionamento das democracias atuais – metamorfoseadas em «contrademocracias», em que os cidadãos desconfiam dos respetivos representantes, num exercício de individualismo absentista relativamente aos atos públicos institucionalizados. O restauro da confiança nas instituições constitui uma das chaves para o empenhamento dos cidadãos e permite recuperar o relevo que conferimos aos valores no horizonte do Estado de direito: enquanto qualidade tão importante como a legitimidade, a confiança adiciona a esta

⁷⁸⁴ João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 21 e ss..

⁷⁸⁵ Assim, Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., pp. 463 e 466. Cf. também Helmut SCHMIDT, *Globalisierung – Politische, Ökonomische und Kulturelle Herausforderungen*, 2.ª ed., Wilhelm Goldmann Verlag, 2006, pp. 132 e ss..

⁷⁸⁶ TIMSIT, «Braibant Lecture...», cit., p. 171.

O reforço da participação esclarecida dos cidadãos na vida pública surge expressivamente refletido na proposta de ACKERMAN/FISHING, *Deliberation Day*, Yale University Press, New Haven/London, 2004 (independentemente das críticas que possa receber sob a ótica do direito eleitoral e da teoria da democracia participativa – cf. FLANDERS, «Deliberative Dilemmas: A Critique of Deliberation Day from the Perspective of Electoral Law», in: *Journal of Law and Politics*, vol. XXIII, 2007, pp. 147 e ss.): a criação de um novo feriado nacional, a ocorrer duas semanas antes de eleições nacionais, durante o qual os cidadãos eleitores se reuniriam para discutir as questões centrais emergentes das campanhas. Trata-se de uma aplicação/adaptação de um método específico de consulta dos cidadãos – o *deliberative polling* –, desenvolvido por Fishing (sobre o projeto, realizado no âmbito do *Center for Deliberative Democracy*, da Universidade de Stanford, cf. <https://cdd.stanford.edu/>), o qual consiste, genericamente, numa experiência social na qual, numa primeira fase, uma amostra da população responde a um questionário sobre determinado tema; em seguida, e após a distribuição de alguns materiais sobre esse tema, os respondentes reúnem-se durante um fim de semana para discutir (em pequenos grupos e em sessões plenárias, com participação de especialistas); no final do procedimento, a amostra deve responder novamente ao questionário inicial: as respostas agora obtidas demonstram uma alteração significativa de opiniões face às obtidas na primeira fase. Aplicando esta metodologia às eleições, o objetivo da proposta daqueles Autores reside em promover um mais esclarecido exercício do direito de voto, e, em geral, a difusão de informação sobre a vida política.

⁷⁸⁷ DWORKIN, *Is Democracy...*, cit., p. 128.

última uma dimensão simultaneamente moral e substancial, dinamizadora da busca pelo bem comum⁷⁸⁸.

Assim, a realização dos direitos fundamentais não se alcança apenas (*rectius*, nem sobretudo) através da adoção de uma “atitude de passiva preservação”, mas antes mediante uma “atitude activa de prossecução”⁷⁸⁹, que permita aos cidadãos libertarem-se da passividade – a “vassalagem moral” das sociedades democráticas contemporâneas⁷⁹⁰ – e deixarem de se comportar como “gerações desertoras”⁷⁹¹, incapazes de assumir a missão histórica a que se encontram comprometidas e pela qual são responsabilizadas.

Naturalmente, esta conceção vai ter impacto na própria configuração do Estado, que há de sofrer mutações para sustentar uma posição proativa nos cidadãos; se não vamos tão longe a ponto de defender uma governação partilhada (*shared governance*), a verdade é que não se pode ignorar que o(s) discurso(s) da capacitação e da autorresponsabilização apontam no sentido da autodeterminação⁷⁹² e da emergência de uma nova relação fiduciária entre

⁷⁸⁸ É esta perspetiva que se encontra subjacente à conhecida obra de ROSENVALLON, *La Contre-Démocratie: La Politique à l'Âge de la Défiance*, Seuil, Paris, 2006 (ed. Kindle). Repare-se, porém, que os cidadãos da contra-democracia nem sempre se revelam apaticamente indiferentes perante os destinos da *Res Publica*; todavia, a sua arena privilegiada de atuação passa a localizar-se ao lado das instituições, revelando-se nas estruturas sociais, através dos quais os cidadãos exercem poderes de vigilância (*surveillance*), de sanção (*sanction, empêchement*) e de julgamento (*judgement, peuple-juge*).

⁷⁸⁹ Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., p. 340 (embora o Autor se referisse apenas à sustentabilidade ambiental).

⁷⁹⁰ Cf. Adela CORTINA, *Los Ciudadanos...*, cit., pp. 23 e ss.. É neste sentido que a Autora se refere a uma «moral de responsabilidade», que impele os cidadãos a tomar a sério a construção da realidade social (*Op. cit.*, p. 79). Não nos parece, pois, que o cidadão passivo constitua um simples mito, ainda que, como refere ROSENVALLON (*La Contre-Démocratie...*, cit., ponto «Le mythe dy citoyen passif»), o problema da abstenção mereça uma análise mais detida, em termos de se apreciar em que medida corresponde a um efetivo afastamento das pessoas face aos problemas da *polis*, ou consiste antes numa particular tomada de posição.

⁷⁹¹ ORTEGA Y GASSET, «El Tema...», cit., p. 151; no mesmo sentido, o Autor alude ainda à “geração delinvente”, aquela “que se arrasta pela existência, em perpétuo desacordo consigo própria, vitalmente fracassada”. Esta condição poderá ser explicada pela designada «espiral do silêncio» (*Schweigespirale, spiral of silence*), convidando os cidadãos, determinados pelo “medo do isolamento” (*fear of isolation*), a uma atitude de passividade, eximindo-os de exprimirem as suas reais opiniões e, sobretudo, refreando-os na concretização de novos projetos a favor da *polis*. Sobre a teoria da espiral do silêncio e suas implicações em diversas áreas (nomeadamente, na política), cf. NOELLE-NEUMANN, *The Spiral of Science: Public Opinion – Our Social Skill*, 2.ª ed., University of Chicago Press, Chicago/London, 1993.

⁷⁹² A acentuação da nota da autodeterminação (para muitos, corolário e conteúdo essencial da própria dignidade humana – cf., v. g., NETTESHEIM, «Die Garantie...», cit., p. 98) revela-se de especial importância, pois que nem todas as políticas que promovem a assunção de deveres por parte dos cidadãos contribuem realmente para a sua capacitação. BRODIE («New constitutionalism...», cit., p. 255) oferece-nos um excelente exemplo desta distinção, comparando dois tipos de políticas de ativação do trabalho: por um lado, uma política que impõe ao desempregado o dever de trabalhar como *conditio* para a obtenção da prestação social de proteção no desemprego (a designada *work-fare*); por outro lado, uma política que, durante o período de duração da prestação social, confere ao desempregado uma formação, dando-lhe novas aptidões. Enquanto a primeira não permite uma verdadeira integração dos trabalhadores excluídos do mercado de trabalho, nem lhes proporciona uma razoável melhoria social, a segunda cria capacidades, fomenta a resiliência e viabiliza uma

público e privado, que se não pode pautar apenas pela ausência de desconfiança⁷⁹³. Além disso, a participação ativa na construção da vontade política representa – ela própria – uma expressão do reconhecimento da dignidade da pessoa, e, como tal, carece de ser incrementada pelo Estado. E esta «cidadania ativa» não se reconduz tão-só ao exercício dos direitos de participação, mas também à reivindicação dos demais direitos de natureza pessoal e social – inculcando autoconfiança e ultrapassando a ideia da impotência perante os desafios resultantes da escassez e da vulnerabilidade –, e pressupõe igualmente uma atitude de responsabilização traduzida no cumprimento dos deveres fundamentais – sem o qual a garantia dos direitos também se torna impossível⁷⁹⁴.

Por último, o facto de a realização dos direitos pelo poder político-legislativo depender (como já realçámos – cf., *supra*, 1.1., e, na Parte II, 3.2.2.), da definição de uma estratégia de distribuição de recursos escassos, e da decisão sobre quais os direitos fundamentais (ou quais as dimensões dos direitos fundamentais) a promover, implica uma maior abertura e transparência, de modo a permitir o exercício de cidadania verdadeiramente informada⁷⁹⁵ – que, em última análise, garanta a *accountability* do sistema.

Este discurso não impossibilita, contudo, que se siga uma posição próxima do designado «paternalismo libertário» (*libertarian paternalism*), defendido por Sunstein e Thaler⁷⁹⁶. Sem prejuízo de, numa primeira análise, a conciliação entre os dois termos aparentar consistir num oxímoro, esta proposta teórica visa equilibrar a ineliminável liberdade de escolha dos cidadãos com a possibilidade de as entidades públicas exercerem uma certa orientação, sugestão ou influência (ou “darem um empurrãozinho” – *nudge*) sobre essa escolha. Subjacente a esta doutrina encontra-se o pressuposto de que nem sempre as pessoas adotam a decisão que lhes é mais conveniente (e que, afinal, sempre tomariam se possuíssem uma informação completa, capacidades cognitivas ilimitadas e autocontrolo total), pelo que, e sem atentado

adequada transição entre o apoio social e a autonomia financeira.

⁷⁹³ Cf. TIMSIT, «Braibant Lecture...», cit., p. 171. Um aspeto que imporá, na perspetiva de Gomes CANOTILHO («A Crise...», cit., p. 1075), que levemos a sério os «cidadãos difíceis», cansados da demagogia, desolados da política e desconfiados dos políticos.

⁷⁹⁴ Cf. GREEN, *From Poverty...*, cit., pp. 12, 18 e ss..

⁷⁹⁵ Cf. HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost...*, cit., p. 227.

⁷⁹⁶ V. THALER/SUNSTEIN, «Libertarian Paternalism», in: *The American Economic Review*, n.º 2, vol. 93, 2003, pp. 175 e ss., e SUNSTEIN/THALER, «Libertarian Paternalism is not an Oxymoron», in: *The University of Chicago Law Review*, n.º 4, vol. 70, 2003, pp. 1159 e ss.; SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 175 e ss., e *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven/London, 2014. V. ainda, para uma compreensão mais aprofundada da teoria económica comportamental subjacente à posição dos Autores, THALER/SUNSTEIN, *Nudge: Improving Health, Wealth, and Happiness*, Penguin Books, London, 2009.

à liberdade, o *libertarian paternalism* pretende afirmar-se como responsivo face aos receios exagerados das pessoas (ou à total falta deles). Se nos quisermos socorrer (adaptando) de um exemplo paralelo ao avançado pelos dois Autores e com repercussão em matéria de direitos fundamentais, poderemos ilustrar a conceção com o seguinte comportamento: se o Estado pretender persuadir os cidadãos a efetuar poupanças que lhes permitam, ulteriormente, gozar de uma pensão por velhice mais elevada, é mais eficaz, em resultado do funcionamento da inércia, estabelecer como regra (*default rule*) o desconto de uma percentagem dos salários para esse efeito, abrindo a possibilidade de os trabalhadores dela se excluírem, do que, *a priori*, deixar à livre escolha a opção por um sistema ou por outro; na verdade, as regras *by default* tendem a ser “pegajosas” (*sticky*), pelo que, por norma, os seus destinatários não se afastam delas. Ou, agora sob o ponto de vista da promoção do direito à saúde, considerem-se as várias disposições normativas destinadas a evitar o consumo excessivo de sal (regulamentando, *v. g.*, a quantidade deste ingrediente no pão) ou dirigidas a travar a subida do número de fumadores (exigindo a afixação de mensagens nas embalagens de tabaco ou aumentando os impostos incidentes sobre estes bens).

A teoria do *libertarian paternalism* poderá conhecer aplicações em vários ramos jurídicos, permitindo a sua convocação em domínios tão distintos como o direito do consumo ou o direito administrativo da regulação⁷⁹⁷. Embora reconhecendo que, na sua mobilização fundamentadora de um comportamento orientador pelas entidades públicas, a teoria oferece mais resistência – com receio de um regresso do “Estado ama-seca” (*nanny state*)⁷⁹⁸ –, pretendemos, neste momento, invocá-la para explicitar que a defesa da capacitação das pessoas (para que, em última análise, estas não se tornem dependentes do sistema público e fiquem privadas da experiência e do natural processo de aprendizagem *learning-by-doing* que aquela propicia) e da importância da

⁷⁹⁷ Cf. os exemplos avançados em SUNSTEIN, *Laws...*, cit., pp. 197 e s. (reportando-se a soluções no âmbito da proteção dos trabalhadores e dos consumidores), e *Why Nudge?...*, cit., pp. 16, 20 e s. (especificamente sobre a importância da regulação económica para fazer face às falhas de mercado comportamentais – *behavioral market failures*).

⁷⁹⁸ Em diálogo com Stuart Mill, SUNSTEIN (*Why Nudge?...*, cit., pp. 88 e ss.) enfrenta diretamente este problema, considerando que o mesmo se revela solucionável através da ideia de legitimação do poder público. A reação contra um paternalismo exagerado (e inadmissível, por contrariar a autonomia privada) é efetuada quer mediante os mecanismos de responsabilidade política (difusa) e *accountability* (penalizando os titulares de cargos públicos/políticos em sede eleitoral), quer, sobretudo, mediante o reconhecimento da existência de um fundamento normativo para o exercício do poder. Assim, e em total consonância com a perspetiva já enunciada da vinculação axiológica do Estado, um comportamento dos poderes públicos nos termos da teoria do *libertarian paternalism* só é admissível na medida em que aquele não se encontre capturado por certos interesses privados (*v. também Op. cit.*, p. 100).

sua intervenção democrática (necessariamente enriquecedora, porque, numa época de globalização e diversidade, ineliminavelmente marcada pela heterogeneidade) não se revela incompatível com a ideia de que, em simultâneo, os poderes públicos podem exercer uma ação positiva sobre os comportamentos dos cidadãos, em especial quando essa ação visa que estes comportamentos correspondam a uma escolha que os cidadãos acabariam por fazer se julgassem por si próprios⁷⁹⁹. Além disso, e evidentemente, a autonomia privada nunca impediria que o Estado assumisse a função de promover políticas (designadamente, políticas sociais) – e tais políticas não têm de se restringir a um mínimo (com o receio da asfixia da liberdade pessoal), podendo ir até ao ponto em que se garanta realmente aos cidadãos a possibilidade de adquirirem capacidades para desenvolverem a sua vida autonomamente e optando pelas melhores escolhas.

2.3. Supletividade e fraternidade – Dois exemplos: responsabilidade social das empresas e terceiro setor

Numa sociedade marcada pelo afastamento ou distanciamento entre os indivíduos – dando corpo ao que a sociologia designa tradicionalmente como *estrangement* (*i. e.*, a deterioração dos laços sociais, a dificuldade em estabelecer relações interpessoais⁸⁰⁰) –, assumem especial relevância as estruturas intermédias quando se trata de proteger ou de promover os direitos, em especial, os direitos sociais. Nesta medida, a assunção de tarefas de concretização dos direitos pela sociedade permite revalorizar e reforçar o papel das solidariedades sociais⁸⁰¹ (anteriormente existentes e agora perimidas) e viabiliza a emergência da «cultura do cuidado»⁸⁰². Em certo sentido, as comunidades civis desenvolvem uma ação subjetivamente muito significativa; dir-se-ia que

⁷⁹⁹ Dir-se-ia que a conceção – defendida no ponto anterior – de que a dignidade humana se dirige também a defender os particulares contra si próprios, evitando que, mesmo com o seu consentimento, aqueles se vejam transformados em objetos, relevaria ainda de uma visão paternalista mais “protetora” que o *libertarian paternalismo*. Todavia, nestas hipóteses, entendemos que a liberdade de escolha da pessoa deve ser contrariada não apenas (ou não principalmente) para a defender contra si próprias, mas também (ou sobretudo) para evitar a vulneração do valor objetivo que a dignidade humana representa para o ordenamento jurídico. Cf., porém, NETTESHEIM, «Die Garantie...», cit., pp. 105 e s..

⁸⁰⁰ Cf., numa perspectiva clássica, ROSS, «Estrangement in Society», in: *American Journal of Sociology*, n.º 3, vol. 23, Novembro 1917, pp. 350 e ss..

⁸⁰¹ Vieira de ANDRADE, «O Papel...», cit., p. 31.

⁸⁰² Papa FRANCISCO, *Carta Encíclica...*, cit., p. 174 (n.º 231).

as mesmas desempenham o papel da rosa da metáfora de Ortega y Gasset⁸⁰³, ou dão expressão ao valor da solicitude de Paul Ricoeur⁸⁰⁴.

A referência ao problema da proteção dos direitos, e, em particular, ao da proteção social através de entidades distintas das autoridades públicas tem raízes profundas nos tempos⁸⁰⁵, incluindo na história nacional, como revela a criação das Misericórdias e a existência (por vezes obnubilada) de várias outras instituições assistenciais erigidas à sombra da Igreja⁸⁰⁶. Como é consabido, estávamos diante de períodos em que a resolução do problema assistencial se revelava oposta à que vigorou no Estado social, sobretudo quando transmutado em Estado-providência, e em que a questão da realização dos direitos (sobretudo, dos direitos sociais) começa por se conceber como um problema da sociedade – embora nem sempre totalmente desligado do poder público, quer através da atuação das autoridades locais, quer em resultado das estratégias políticas, interessadas em apresentar o Monarca como protetor dos mais desamparados e em unificar as instituições do Reino (também no campo da previdência social)⁸⁰⁷.

Ainda que hoje nos pareça evidente que o Estado tem a seu cargo a ineliminável tarefa de proteção dos direitos fundamentais, a verdade é que também as circunstâncias atuais justificam que, em certos termos, a respetiva atuação se desenvolva a título subsidiário, quando a sociedade se revele incapaz de, através dos seus próprios meios, oferecer mecanismos de tutela e promoção jusfundamental. Não estamos senão perante a afirmação, neste particular

⁸⁰³ Na sequência de um parágrafo que realça a importância e o valor das pequenas coisas, o Autor termina com esta metáfora: “parece-me muito humano o caso daquele que, desesperado, foi enforcar-se numa árvore e, quando se ia atirar, de corda ao pescoço, sentiu o aroma de uma rosa que estava ao pé do tronco e não se enforcou” (ORTEGA Y GASSET, «Meditaciones...», cit., p. 323).

⁸⁰⁴ A solicitude surge caracterizada como o “movimento de si em direção ao outro” (*mouvement du soi vers l'autre*), e encontra-se associada ao reconhecimento e à reciprocidade, que vê o outro como seu semelhante e a si mesmo como semelhante ao outro (RICOEUR, «Approches de la Personne», in: *Esprit*, n.º 160, março/abril 1990, p. 117).

⁸⁰⁵ V., por todos, no caso europeu, GEREMEK, *A Piedade e a Força: História da Miséria e da Caridade na Europa*, Terramar, Lisboa, 1995. Para uma síntese, especificamente voltada para o direito português, Licínio Lopes MARTINS, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 19 e ss..

⁸⁰⁶ Cf. as observações de Laurinda ABREU, «O Hospício e Irmandade de Nossa Senhora da Piedade, em Évora: Uma Experiência de Reclusão e Controlo de Pobres em Portugal», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Marques*, vol. III, Faculdade de Letras da Universidade de Porto, Porto, 2006, pp. 7 e ss., esp.^{te} pp. 8 e s..

⁸⁰⁷ Cf., a título meramente exemplificativo, o sistema assistencial desenvolvido em Évora: v. Laurinda ABREU, «Câmaras e Misericórdias: Relações Políticas e Institucionais», in: Mafalda Soares da CUNHA/Teresa FONSECA (eds.), *Os Municípios no Portugal Moderno: Dos Forais Manuelinos às Reformas Liberais*, Cídehus/Colibri, Lisboa, 2006, pp. 136 e ss. (o estudo, desenvolvido a partir das pp. 127 e ss., reflete sobre as relações – por vezes, tensas – entre a Coroa, as Misericórdias, o poder local e as instituições locais assistenciais).

contexto, da importância do princípio da subsidiariedade ou do princípio da supletividade do Estado, em que este se afirma seja como um «suplemento de ser» face às demais comunidades menores, seja como uma instância de auxílio dos restantes corpos sociais na prossecução dos interesses ou na satisfação das necessidades que estes, em princípio, assegurariam – com evidentes reflexos na autocontenção estadual e na promoção da responsabilização dos grupos sociais⁸⁰⁸. Se quisermos transpor este pensamento para a realização dos direitos fundamentais, poderemos, na síntese de Isensee⁸⁰⁹, afirmar que “a iniciativa própria tem a primazia sobre a intervenção estadual”; e, por este motivo, na senda do mesmo Autor, o Estado não tem apenas o dever de respeitar as ações privadas destinadas à realização dos direitos fundamentais, impondo-se-lhe também que as estimule e incentive.

A efetivação dos valores subjacentes aos direitos fundamentais e, em especial, à dimensão da socialidade do Estado de direito social também se encontra, assim, devolvida à Sociedade. As tarefas associadas à promoção da qualidade de vida (como a educação, a cultura, a saúde ou a assistência social) não revestem natureza exclusivamente pública, mas são partilhadas com outras instituições e organizações sociais⁸¹⁰. Neste sentido, o princípio da supletividade do Estado atua como um limite gradual à interferência estadual, erigido não evidentemente com o propósito de proibir a ingerência dos poderes públicos em matéria de satisfação dos direitos, mas estabelecido com a finalidade de abrir espaço para a sua prossecução no contexto da colaboração com a sociedade e da promoção da sua participação: o Estado surge agora como um «agente integrador da vida social»⁸¹¹.

Ademais, a valorização das ações da sociedade civil corresponde à verdadeira aceitação do último elemento da trilogia revolucionária: a fraternidade (ou solidariedade horizontal⁸¹²). A mobilização, neste horizonte, da fraternidade – para alguns, já erigida em princípio jurídico-constitucional⁸¹³

⁸⁰⁸ Vieira de ANDRADE, «Supletividade do Estado e Desenvolvimento», in: *Gaudium et Spes*, Rei dos Livros, Lisboa, 1988, p. 115. V. também Gomes CANOTILHO, «“Metodologia Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais», in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 112 e s. (sobre as atuais propostas “alternativas” da “auto-ajuda”).

⁸⁰⁹ ISENSEE, «Das Grundrecht...», cit., p. 543.

⁸¹⁰ Vieira de ANDRADE, «Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais, Três Décadas Depois», in: *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, 2006, p. 139, e «Repensar a Relação entre o Estado e a Sociedade», in: *Nova Cidadania*, n.º 31, ano VIII, Janeiro/Março 2007, p. 37.

⁸¹¹ Vieira de ANDRADE, «Supletividade...», cit., p. 118.

⁸¹² Entre nós, Casalta NABAI, «Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, 1999, p. 150.

⁸¹³ Cf. PIZZOLATO, *Il Principio Costituzionale di Fraternalità – Itinerario di Ricerca a Partire dalla Costituzione*

– pressupõe a contextualização do conceito nas ideias de «fraternidade revelada» (*fraternité révelée*), «fraternidade racionalizada» (*fraternité rationalisée*) e «fraternidade universal» (*fraternité universelle*), que remetem para as suas raízes teológicas judaico-cristãs, jusnaturalistas e franco-maçônicas⁸¹⁴. Na perspetiva política filosófica liberal de finais de setecentos, a fraternidade concebia-se, na senda de Rousseau, como elemento catalisador da união de todos os homens na sociedade (*rectius*, na nação, enquanto projeção da pátria), articulando-se com a liberdade e a igualdade, formando o húmus no qual se fundamenta a democracia⁸¹⁵ – conceito que, paulatinamente, a Revolução haveria de complementar com a solidariedade⁸¹⁶, o qual ganhou um fôlego decisivo, como se sabe, no final da I Grande Guerra. A revalorização atual da noção de fraternidade representa uma consequência das insuficiências manifestadas pelo princípio da solidariedade e da crise do Estado-providência: em primeiro lugar, a fraternidade acrescenta uma dimensão mais humanizante à solidariedade; em segundo lugar, a solidariedade, construída com o propósito de alicerçar direitos e deveres sociais, deixou na penumbra outras preocupações (como a intolerância ou a rejeição do outro) a que a fraternidade permite dar resposta, emergindo esta como princípio imprescindível à realização do Estado de direito democrático⁸¹⁷. A fraternidade encontra hoje subsídios a partir de um quadro de fontes mais amplo⁸¹⁸ e surge intrinsecamente relacionada com o apelo a valores enquanto elemento caracterizador do sentido atual da democracia⁸¹⁹ e da reconstrução da democracia social.

Italiana, Città Nuova, Roma, 2012.

⁸¹⁴ A construção dos apontados sentidos do conceito de fraternidade deve-se à elaboração dogmática de BORGETTO, *La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 19 e ss., 82 e ss..

⁸¹⁵ Cf., v. g., ROUSSEAU, *Du Contrat...*, cit., p. 61 (sobre a articulação entre liberdade e igualdade), e, sobretudo, *Discours sur L'Économie Politique*, Emmanuel Du Villard Fils, Genève, 1758, pp. 37 e ss.. Sobre a interpretação perfilhada no texto, v. BORGETTO, *La Devise «Liberté, Égalité, Fraternité»*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 17 e ss., e *La Notion...*, cit., pp. 29 e ss.; MATTIONI, «Solidarietà Giuridicizzazione della Fraternità», in: MARZANATI/MATTIONI (eds.), *La Fraternità come Principio del Diritto Pubblico*, Città Nuova, Roma, 2007, p. 17.

⁸¹⁶ Cf. BORGETTO, *La Notion...*, cit., pp. 95 e ss..

⁸¹⁷ V. BORGETTO, *La Notion...*, cit., p. 585. Neste mesmo sentido se orienta também o *Conseil Constitutionnel*, quando instado a densificar o princípio da fraternidade e a destrinchá-lo dos princípios da solidariedade e da justiça social: cf. «Rapport du Conseil Constitutionnel Français», in: *La Fraternité: 3e Congrès – Association des Cours Constitutionnelles Ayant en Partage l'Usage du Français*, ACCPUF, Ottawa, 2003, pp. 266 e s. (disponível em https://www.accpuf.org/images/pdf/publications/actes_des_congres/c3/II-RAPNAT/france.pdf, fevereiro 2017).

⁸¹⁸ V. João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 26 e ss..

⁸¹⁹ Assim, BOBBIO (*Il Futuro della Democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 29) concretiza a ideia de fraternidade mediante o apelo a três valores fundamentais – a tolerância, a não-violência e a renovação gradual da sociedade –, valores esses que, enquanto postulados do ideal democrático, permitiriam, respetivamente, que a democracia afastasse quaisquer formas de fanatismo, introduzisse regras de convivência entre os cidadãos, de molde a que os conflitos sociais e políticos fossem resolvidos

A fraternidade – e as suas manifestações – constituem, pois, o contraponto do «egoísmo pós-moderno»⁸²⁰ e satisfazem o desejo de coesão comunitária, conaturais ao homem *uti socius*⁸²¹.

Embora se possam identificar diversas expressões da satisfação de preocupações jusfundamentais e, sobretudo, sociais, através dos mecanismos próprios da Sociedade (e, por conseguinte, concretizações possíveis da articulação da ação pública com os princípios da supletividade e da fraternidade), escolhemos dois exemplos ilustrativos (correspondentes a um *crescendo* no compromisso pela satisfação dos direitos): por um lado, (I.) as medidas que traduzem a responsabilidade social das empresas (incluindo preocupações de proteção jusfundamental ao lado dos interesses egoísticos); por outro lado, (II.) a ação das entidades do terceiro setor (fazendo da realização dos direitos um *modus vivendi*).

I. A emergência da responsabilidade social das empresas representa uma resposta empresarial (privada) às questões relacionadas com a pobreza e a exclusão, surgindo, no panorama jurídico-dogmático e de forma mais ou menos institucionalizada, a partir dos anos '90 do século XX⁸²². Sem prejuízo da sua multidimensionalidade⁸²³, a convocação da responsabilidade social das empresas – ou, avançando um pouco mais, a sustentabilidade empresarial (*corporate sustainability*)⁸²⁴ – pretende acentuar a sua importância no que tange à

sem derramamento de sangue, fomentaria o livre de debate entre os cidadãos, cuja troca de conceções e de experiências transformaria paulatinamente as relações entre eles, e conduziria a uma verdadeira “revolução silenciosa”.

⁸²⁰ CASALTA NABAIS, «Algumas Considerações...», cit., p. 170.

⁸²¹ APOSTOLI, «Il Consolidamento...», cit., p. 4.

⁸²² Ainda que, durante o século XIX, se registassem já atuações empresariais dirigidas à melhoria das condições dos trabalhadores (não só no período de execução do trabalho, mas também nos momentos de lazer) e dos seus familiares, ou enquadrados no conceito de filantropia (individual, mas também corporativa): v., sobre a promoção de iniciativas sociais pelas empresas já antes dos anos '50 do século XX (e remontando mesmo ao século XIX), CARROL, «A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices», in: CRANE/MCWILLIAMS/MATTEN/MOON/SIEGEL (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 21 e ss.. Cf. também a perspetiva diacrónica desenvolvida por Catarina SERRA, «A Responsabilidade Social das Empresas – Sinais de um Instituto Jurídico Iminente?», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Studia Iuridica 95, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 837 e ss..

⁸²³ Cf., v. g., o estudo de SAHLIN-ANDERSSON, «Corporate Social Responsibility: A Trend and a Movement, but of what and for what?», in: *Corporate Governance*, n.º 5, vol. 6, 2006, pp. 595 e ss., que caracteriza o instituto como uma moldura regulatória que estabelece novas exigências às empresas, como uma mobilização dos atores empresariais para cooperarem com o Estado no contexto das tarefas públicas (o sentido a que nos referiremos, já a seguir, em texto), e como uma tendência de gestão (*management trend*), que, de algum modo, visa legitimar o poder das grandes multinacionais, tornando-as mais humanas.

⁸²⁴ Um conceito construído também para fazer face às meras operações de cosmética filantrópica e que, paulatinamente, conduziram a um vazio (ou mesmo à crítica) da noção de responsabilidade social das empresas [cf. MUÑOZ-MARTÍN, «Ética Empresarial, Responsabilidad Social Corporativa (RSC)

dinâmica da promoção de valores públicos, atuando também em cooperação com as autoridades. Deparamo-nos com uma ação que surge plenamente consonante com a força económica que possuem e que lhes permite, como salientámos logo na Parte I, desempenhar um papel de conformação global, de natureza política e social, de modo similar (ou até mais intenso) ao dos Estados nacionais. A esta realidade de poder – a que se adiciona o facto de as organizações utilizarem, em seu benefício, recursos que poderiam receber usos alternativos⁸²⁵ – deve, pois, corresponder uma equivalente responsabilidade de proteção e, sobretudo, de promoção dos direitos fundamentais e de construção do Estado de direito social⁸²⁶, e, em geral, da promoção da sustentabilidade⁸²⁷; estamos, pois, muito distanciados da visão que cometa às empresas tão-só a satisfação dos interesses dos seus sócios⁸²⁸, e cuja ultrapassagem vai exigir não só a atitude passiva de respeito pelos direitos, mas também a postura ativa da sua realização⁸²⁹. A tutela dos direitos humanos encontra um campo privilegiado quando as empresas operam em países em desenvolvimento, onde recrudescem as questões relacionadas com a tutela e, sobretudo, a melhoria das condições de vida das comunidades locais, com a reação contra práticas de corrupção e a adoção de medidas dirigidas ao reforço da transparência, ou com a necessidade de desenvolver mecanismos que diminuam o impacto ambiental (potencialmente nocivo) das atividades

y Creación de Valor Compartido (CVC)», in: *Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, n.º 3, vol. 7, Setembro/Dezembro 2013, pp. 77, 81 e s.].

Este conceito surge igualmente perfilhado pela *United Nations Global Compact* (a iniciativa internacional mais influente e mais abrangente nesta área), que associa a sustentabilidade empresarial à integridade, na qual inclui a observância de responsabilidades fundamentais em matéria de proteção de direitos humanos, adequação das condições de trabalho, tutela do ambiente e luta contra a corrupção, com o propósito de enfrentar problemas globais como a pobreza, os conflitos armados, a inexistência de mão-de-obra qualificada, e a escassez de recursos. Dentro do conjunto dos dez princípios subjacentes à sustentabilidade empresarial (e destinados a integrar as estratégias e os procedimentos adotados pelas corporações), os primeiros dois relacionam-se justamente com os direitos fundamentais, impondo o respeito e a promoção dos direitos humanos internacionalmente proclamados, e proibindo a cumplicidade com o abuso daqueles direitos. Cf. *Guide to Corporate Sustainability: Shaping a Sustainable Future*, United Nations Global Compact, New York, 2014.

⁸²⁵ Assim, Catarina SERRA, «A Responsabilidade...», cit., p. 836.

⁸²⁶ V. também SAHLIN-ANDERSSON, «Corporate Social Responsibility...», cit., pp. 600 e s., onde a Autora nos apresenta, inclusivamente, um exemplo de cooperação desta natureza na Suécia. Associando, expressamente, a responsabilidade social à tutela dos “princípios fundamentais”, dos “direitos, liberdades e garantias” e dos “direitos económicos, sociais e culturais”, talqualmente se encontram plasmados na CRP, v. Catarina SERRA, «A Responsabilidade...», cit., pp. 846 e s. (embora a Autora autonomize a responsabilidade social da responsabilidade ambiental).

⁸²⁷ Cf. ISO 26000:2010, § 2.18.

⁸²⁸ Enfatizando esta evolução (sob a ótica das sociedades anónimas), v. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa», in: RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, vol. II, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 851 e ss..

⁸²⁹ Identificando, a esta luz, vários patamares de responsabilidade social das empresas, cf. Catarina SERRA, «A Responsabilidade...», cit., p. 847.

desenvolvidas – o que sucede, muitas vezes, em cenários de pobreza extrema e de conflitos armados⁸³⁰.

A concretização desta responsabilidade social assume igualmente facetas variadas, razão pela qual variam as respetivas caracterizações⁸³¹, passando por ações internas (manifestadas, *v. g.*, na criação de códigos de conduta) e por ações externas (determinando desde a institucionalização da cooperação com o Estado, ao estabelecimento de parcerias com organizações não governamentais ou outros organismos/grupos sociais). Prosseguindo uma importante função de credibilidade e legitimação (sobretudo, social) do poder assumido pelas empresas multinacionais e apresentando evidentes vantagens competitivas para os operadores económicos⁸³², a sublimação da responsabilidade social – traduzida no conceito de sustentabilidade empresarial – tem por objetivo assegurar, em especial, a sustentabilidade social e ambiental, rumo à emergência da defesa de uma «ética nos negócios» ou «ética empresarial» e da criação de um «clima ético» integrado no *core business* nas empresas enquanto organizações, no contexto de uma equilibrada e eticamente comprometida *corporate governance*; é esta realidade que impõe às multinacionais também o dever de (efetivamente) zelar pela concretização dos valores públicos da comunidade e que assinala a existência de uma responsividade (*responsiveness*) das empresas às expectativas geradas nos agentes com os quais se relaciona, nos grupos de interesse e, em geral, na sociedade, aumentando a sua confiança⁸³³.

Trata-se de uma perceção que tem recebido o acolhimento das instituições internacionais e europeias. Na arena internacional, recorde-se a importância que os documentos das Nações Unidas conferem à articulação entre o Estado e a sociedade, sobretudo o polo empresarial, no que concerne à proteção dos

⁸³⁰ *V.*, sobre esta matéria, VOGEL, *The Market for Virtue*, Brookings Institution Press, Washington, 2005, pp. 139 e ss. (note-se, em especial, a visão tendencialmente pessimista – ou, provavelmente, realista – do papel da responsabilidade social das empresas em matéria de direitos humanos, em virtude de as empresas se escudarem na invocação da neutralidade política e na necessidade de se não aumentar a tensão e a conflitualidade entre as comunidades locais para justificarem uma posição passiva neste horizonte).

⁸³¹ *Cf.*, *v. g.*, os exemplos de noções distintas avançados por CRANE/McWILLIAMS/MATTEN/MOON/SIEGEL, «The Corporate Social Responsibility Agenda», in: CRANE/McWILLIAMS/MATTEN/MOON/SIEGEL (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 5 e s..

⁸³² HAHN/FIGGE/ARAGÓN-CORREA/SHARMA, «Advancing Research on Corporate Sustainability: Off to New Pastures or Back to Roots?», in: *Business & Society*, n.º 2, vol. 56, fevereiro 2017, pp. 158 e s..

⁸³³ *Cf.* RODIN, «Ethique des Affaires», in: *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n.º 185, 2005, pp. 1 e ss.; MUÑOZ-MARTÍN, «Ética...», *cit.*, pp. 77 e ss.. Alude-se hoje, inclusivamente, à medida da «pegada de sustentabilidade das empresas», a qual é aquilatada, *inter alia*, pelo respeito revelado pelos direitos humanos [cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de fevereiro de 2013, sobre a responsabilidade social das empresas: comportamento responsável e transparente das empresas e crescimento sustentável (2012/2098(INI)), § 22].

direitos humanos. A perspectiva desenvolvida neste horizonte privilegia, por um lado, a previsão de políticas públicas de estímulo à tutela jusfundamental pelas empresas privadas (em território nacional ou no estrangeiro), concretizáveis através de estratégias regulatórias que conjuguem instrumentos de natureza persuasiva e sancionatória. Mas valoriza igualmente, e por outro lado, a assunção voluntária, por parte das empresas, de um compromisso de proteção dos direitos, que envolve, à luz de um princípio de *human rights due diligence*, um dever de minorar (ou mesmo eliminar) quaisquer impactos negativos que a sua atuação possa causar nos direitos humanos e de desenvolver “remédios” para fazer face a eventuais lesões jusfundamentais⁸³⁴.

No âmbito europeu destaca-se, logo em 2001, a elaboração do *Livro Verde*, dirigido a *promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*⁸³⁵, que a caracteriza como o “conceito segundo o qual as empresas decidem, numa base voluntária, contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo”. Embora se reconheça que, na base deste instituto, se encontra um intento (de certo modo ainda) egoístico (porquanto estas medidas representam um valor económico direto⁸³⁶, pelo que os gastos com a sua execução se consideram como investimentos), a verdade é que a responsabilidade social das empresas traduz uma adequada simbiose entre o mundo económico e a vida das comunidades (locais ou globais⁸³⁷), trans-

⁸³⁴ Cf. *Guiding Principles...*, cit., *passim*. À sombra destes princípios, desenvolve-se uma série de ações e instrumentos na cena internacional, como sucede, *v. g.*, com a *Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social* (adotada no seio da Organização Internacional do Trabalho e, por esse motivo, mais vocacionada, embora não exclusivamente, para a defesa dos direitos dos trabalhadores) ou com a criação de uma norma internacional de qualidade em matéria de responsabilidade (a ISO 26000:2010, que consagra o respeito pelos direitos humanos precisamente como um dos seus «princípios de responsabilidade social» – cf. § 4.8.). Acolhendo expressamente a importância destes instrumentos, *v.* a Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de fevereiro de 2013, sobre responsabilidade social das empresas: promoção dos interesses da sociedade e via para uma retoma sustentável e inclusiva (2012/2097(INI)).

⁸³⁵ *Promover um Quadro Europeu para a Responsabilidade Social das Empresas – Livro Verde* (apresentado pela Comissão), COM(2001) 366 final, Bruxelas, 18.07.2001 (a citação em texto pertence à p. 4; cf. também p. 7).

⁸³⁶ Inclusive com impacto na qualidade dos trabalhadores, porquanto existem estudos que defendem que as empresas com mais ações de responsabilidade social tendem a atrair mão-de-obra mais qualificada e com mais talento: cf., *v. g.*, GREENING/TURBAN, «Corporate Social Performance as a Competitive Advantage in Attracting a Quality Workforce», in: *Business & Society*, n.º 3, vol. 39, Setembro 2000, pp. 254 e ss..

⁸³⁷ Já em 1999 se teve em consideração a importância em assegurar a vigência de uma proteção uniforme dos direitos humanos das empresas europeias, mesmo quando estas se encontram a operar fora da Europa. A *Resolução sobre as normas da UE para as empresas europeias que operam nos países em desenvolvimento: para um Código de Conduta Europeu* (in: JO, n.º C 104, 14.04.1999, pp. 180 e ss.) incentiva as empresas a criarem códigos de conduta, onde se incluam, no mínimo e inter alia, no âmbito dos direitos humanos, a Declaração sobre os Direitos do Homem e as várias Convenções das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem. Na mesma linha, a Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de junho de 2011, sobre a dimensão externa da política social e a promoção de normas laborais

formando-as em instrumentos proativos de realização jusfundamental, quer no plano dos direitos associados à prestação laboral (como a promoção da igualdade entre os trabalhadores, designadamente a igualdade de género, a segurança no trabalho, a luta contra o trabalho infantil, ou a concretização de aspetos relacionados com a educação e a cultura), quer no plano ambiental (prosseguindo a tutela do ambiente e uma exploração dos recursos naturais, e, neste horizonte, respondendo a uma parcela dos problemas relacionados com a crise intergeracional). Trata-se de considerações que têm reflexos em diversas políticas comunitárias, como sucede, designadamente, em matéria de divulgação de informações não financeiras das empresas⁸³⁸ ou de inclusão de fatores sociais e ambientais em matéria de contratação pública⁸³⁹.

Também se constata que a satisfação destes interesses pode, em alguma medida, aumentar, no imediato, os preços dos produtos oriundos dessas empresas,

e sociais e da responsabilidade social das empresas europeias (2010/2205 (INI)) (in: JO, n.º C 380 E, 11.12.2012, pp. 39 e ss.) apregoa que os elevados padrões da União Europeia em matéria de direitos humanos devem constituir um requisito a ter em conta aquando das negociações com países terceiros e que, portanto, se deverá incutir nas empresas sediadas na União o respeito pelos “direitos humanos, incluindo os direitos económicos e sociais, e o ambiente em todas as suas atividades à escala global, em especial as levadas a cabo pelas respetivas filiais e outras entidades jurídicas afins” (§ 35), precisamente na medida em que tais empresas (bem como as suas filiais ou subcontratantes), em virtude do seu peso no comércio internacional, “desempenham um papel crucial na promoção e difusão de normas sociais e laborais a nível mundial, e que o seu comportamento deve, pois, ser conforme com os valores europeus e com as normas reconhecidas internacionalmente” (§ 37). Os mesmos princípios (em matéria de respeito pelos direitos humanos e direitos dos povos indígenas, observância das normas ambientais, oferta de condições de trabalho dignas) são reafirmados, mais recentemente, pela Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Reforço do Papel do Setor Privado no Crescimento Inclusivo e Sustentável nos Países em Desenvolvimento (COM/2014/0263 final).

⁸³⁸ Tem-se a consciência de que a visibilidade destas ações de responsabilidade social das empresas se revelam especialmente importantes para todas as partes interessadas (acionistas, *stakeholders* e consumidores) justamente com o propósito de avaliar o seu contributo para a sustentabilidade global. O direito europeu prevê mecanismos de harmonização da divulgação de informações não financeiras, referentes, pelo menos, às questões ambientais, sociais e relativas aos trabalhadores, ao respeito dos direitos humanos, ao combate à corrupção e às tentativas de suborno, de molde a proporcionar um conhecimento da evolução, do desempenho, da posição e do impacto das atividades empresariais. Cf. Diretiva 2014/95/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2014, que altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos (in: JO, n.º L 330, 15.11.2014, pp. 1 e ss.).

⁸³⁹ Como decorre da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos (in: JO L 94, 28.03.2014, pp. 65 e ss.). Sobre esta questão, cf., v. g., DRAGOS/NEAMTU, «Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects», in: LICHÈRE/CARANTA/TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 301 e ss.; Pedro Cerqueira GOMES, «Políticas Estratégicas na Nova Diretiva 2014/24/UE – Objetivos Sociais e Ambientais», in: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, 2016, pp. 89 e ss.. Em geral, sobre a contratação pública como instrumento de políticas horizontais (em especial, de tutela do ambiente e proteção social), v., v. g., Maria João ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 415 e ss.; Nuno Cunha RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013, *passim*; Teresa Marques de ALMEIDA, *O Processo de Liberalização dos Mercados Públicos na União Europeia: Objectivos de Eficiência e a sua Coordenação com Finalidades de Política Industrial, Social e Ambiental*, polic., Coimbra, 2004, pp. 193 e ss.. Cf. ainda as observações que, a este propósito, tecemos em «Princípios da Contratação Pública», in: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, 2016, pp. 53 e ss..

razão pela qual os mesmos devem ser distinguidos pela introdução de rótulos sociais (ou ecológicos), que assinalem devidamente os bens e/ou serviços fabricados ou prestados de forma responsável. Eis-nos diante de um aspeto que cruza as questões da responsabilidade social das empresas com a autorresponsabilização dos cidadãos individuais na promoção dos direitos (que analisámos no ponto anterior), exigindo que estes últimos sejam responsivos aos esforços das primeiras no sentido da proteção dos direitos humanos, e optem, dentro das suas possibilidades, pela aquisição dos produtos rotulados⁸⁴⁰.

II. Um outro exemplo (mais aprofundado) de assunção, pela sociedade, de tarefas de promoção dos direitos fundamentais reside na ação das entidades do *terceiro setor* ou *setor da economia social*. E, repare-se, não é de todo desprovida de significado a própria designação deste setor – enquanto um *tertium genus*, algures entre o Estado e o mercado, não assumindo natureza pública, mas não se reconduzindo tão-só à prossecução de puros interesses privados⁸⁴¹,

⁸⁴⁰ Ainda que o sucesso dos rótulos sociais ou ecológicos dependa de outras variáveis, entre as quais se incluem a vontade dos consumidores de pagarem por um produto com esta identificação, e a consciência do significado daqueles rótulos, elaborados de modo a reduzir as assimetrias de informação entre produtores e consumidores quanto ao ciclo produtivo e ao modo como neste se incluíram ações destinadas a promover as condições sociais e/ou económicas. Cf., sobre esta questão, com a análise de várias hipóteses teóricas e um estudo de caso (no mercado vinícola norte-americano), DELMAS/LESSEM, «Eco-Premium or Eco-Penalty? Eco-Labels and Quality in the Organic Wine Market», in: *Business & Society*, n.º 2, vol. 56, fevereiro 2017, pp. 318 e ss., esp.¹⁶ pp. 323 e s.. V. também Catarina SERRA, «A Responsabilidade...», cit., pp. 854 e s..

⁸⁴¹ Cf., v. g., SEIBEL/ANHEIER, «Sociological and Political Sciences Approaches to the Third Sector», in: ANHEIER/SEIBEL (eds.), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, De Gruyter, Berlin/New York, 1990, pp. 7, 9 e s.. Estamos diante de uma taxonomia que, de certo modo, remonta à primígena conceção do setor da economia social, identificada, logo nos primeiros anos do século XX, no famoso *Rapport* de Charles Gide, apresentado do *Palais de l'Economie Sociale*, na Exposição Universal de Paris de 1900: sobre esta matéria, v. VIENNEY, *L'Economie Sociale*, La Découverte, Paris, 1994, pp. 5 e ss. Note-se, porém, que a noção de terceiro setor não se encontra inteiramente pacificada, desde logo em virtude da pluralidade e da diversidade das entidades aqui incluídas: para um confronto entre as várias perspetivas (essencialmente, entre as visões europeia e norte-americana), v. EVERS/LAVILLE, «Defining the Third Sector in Europe», in: EVERS/LAVILLE (eds.), *The Third Sector in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, pp. 11 e ss.. Distingue-se, por vezes, entre a economia social e a economia solidária, compreendendo a primeira categoria apenas entidades vocacionadas para a satisfação dos interesses socialmente relevantes dos seus membros ou afiliados, e envolvendo a segunda os entes que possuem finalidades exclusivamente altruísticas, prosseguindo os interesses de terceiros olhando criticamente para a destruição, v. ESPAGNE, «Sur l'Economie Sociale et Solidaire», in: *Revue Internationale de l'Economie Sociale*, n.º 286, 2001, pp. 15 e s..

A delineação de um conceito de terceiro setor ou setor da economia social não surge facilitada pelo legislador nacional. A *Lei de Bases da Economia Social* (Lei n.º 30/2013, de 8 de maio) caracteriza o setor da economia social por referência a dois critérios: um *critério subjetivo*, relacionado com a natureza jurídica das entidades (onde se incluem, nos termos do artigo 4.º, apenas as cooperativas, as associações mutualistas, as misericórdias, as fundações, as instituições particulares de solidariedade social não incluídas nas categorias anteriores, as associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local, as entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, constitucionalmente integrados no sector cooperativo e social, bem como, residualmente, outras pessoas coletivas públicas que respeitem os princípios orientadores da economia social previstos no artigo 5.º e constantes da base de dados da economia social); e um *critério objetivo*, relativo ao tipo e ao fim das atividades desempenhadas,

surgindo, nessa medida, como um «híbrido»⁸⁴², embora dotado de autonomia perante o público e o privado. Embora, por vezes, se associe o crescimento do setor da economia social à paulatina (mas intensa, sobretudo a partir da última década do século XX) liberalização das tarefas públicas, à redução das responsabilidades públicas e à crise do Estado social⁸⁴³, preferimos, neste momento, acentuar, numa visão positiva, a sua importância como mecanismo de superação do abandono a que a sociedade havia votado a realização dos direitos, e, sobretudo, dos direitos sociais, consubstanciando um importante instrumento de inclusão social e de sustentabilidade⁸⁴⁴.

A ideia de cooperação entre o Estado e o setor da economia social⁸⁴⁵ decorre, desde logo, do n.º 5 do artigo 63.º da Constituição: num preceito dedicado à segurança social e à solidariedade, o legislador constituinte não só consagra um direito à constituição de instituições particulares de solidariedade social⁸⁴⁶, como determina que o Estado apoie (e fiscalize) a atividade e o funcionamento daquelas e de outras organizações de reconhecido interesse público sem caráter lucrativo, quanto à prossecução dos objetivos de solidariedade social constitucionalmente previstos [em especial, no próprio artigo 63.º, mas também na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 67.º, na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 70.º, e nos artigos 69.º, 71.º e 72.º]⁸⁴⁷. Assim, vigora neste horizonte um princípio de cooperação, enquanto corolário da relação de complementaridade que se verifica entre

as quais revestem natureza económico-social e destinam-se a prosseguir o interesse geral da sociedade, quer diretamente, quer através da satisfação dos interesses dos seus membros, utilizadores e beneficiários, quando socialmente relevantes (cf. artigos 2.º).

Sobre os problemas da delimitação de um conceito de terceiro setor, v., entre nós, Licínio LOPES, *As Instituições...*, cit., pp. 209 e ss..

⁸⁴² Vital MOREIRA, *Auto-Regulação...*, cit., p. 33.

⁸⁴³ Cf., v. g., ANHEIER/SEIBEL, «Introduction», in: ANHEIER/SEIBEL (eds.), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, De Gruyter, Berlin/New York, 1990, p. 1, e «Sociological and Political Sciences Approaches...», cit., p. 8; ANHEIER, «The Third Sector in Europe: Five Theses», in: ZIMMER/STECKER (eds.), *Strategy Mix for Nonprofit Organizations: Vehicles for Social and Labour Market Integration*, Springer, New York, 2004, p. 287. Entre nós, cf., v. g., Vital MOREIRA, *Auto-Regulação...*, cit., p. 33.

⁸⁴⁴ Associando já o setor da economia social ao objetivo europeu da inclusão social e ao contributo para a criação de um modelo económico sustentável “em que as pessoas são mais importantes que o capital”, cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de fevereiro de 2009, sobre a economia social (2008/2250(INI)), §§ E e G (v. também §§ 18 e seguintes).

⁸⁴⁵ Cf. João LOUREIRO, *Adeus...*, cit., pp. 259 e ss..

⁸⁴⁶ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 820, anotação IX ao artigo 63.º.

⁸⁴⁷ Em geral, sobre a constitucionalidade da delegação da gestão e prestação de serviços de ação social em instituições particulares de solidariedade social, cf., por todos, Licínio LOPES, *As Instituições...*, cit., pp. 319 e ss.. Naturalmente, a incidência da fiscalização estadual (também contemplado no n.º 5 do artigo 63.º) depende do grau de relacionamento que mantêm com os poderes públicos, sendo mais intenso quando beneficiárias de apoios públicos ou quando exerçam tarefas delegadas pelo Estado (cf., v. g., Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 821, anotação X ao artigo 63.º).

estas entidades e os poderes públicos⁸⁴⁸, sem prejuízo da manutenção da sua identidade própria (como *tertium genus*), em termos de estrutura económica, na medida em que se encontram constitucionalmente enquadradas no setor cooperativo e social da economia [cf. artigo 82.º, n.º 4, alínea *d*)].

Reconhecendo que as instituições particulares de solidariedade social prosseguem “fins relevantes no nosso ordenamento jurídico”⁸⁴⁹ e desenvolvem atividades de interesse público⁸⁵⁰, também o Tribunal Constitucional entende que, embora a organização do sistema de segurança social constitua uma tarefa do Estado, a ação pública deve conjugar-se e articular-se com a atuação das instituições particulares de solidariedade social; neste sentido, “a atividade de assistência e beneficência, exercida por particulares, sem fins lucrativos, essencialmente dirigida a pobres, doentes e carenciados, com vista à satisfação das suas necessidades, não é, nem poderia ser, (...) estranha à própria actividade do Estado na prossecução de uma «*democracia social*»”⁸⁵¹. A solidariedade social assume-se como um princípio jurídico-constitucional, para cuja satisfação se pressupõe o contributo da sociedade civil – uma incumbência que, nos termos apontados, a Constituição coloca, em especial, a cargo das instituições particulares de solidariedade social, cuja atividade se desenvolve para a prossecução de fins sociais-constitucionais e que, deste modo, se encontram constitucionalmente envolvidas no “projecto colectivo” de “realização da justiça social”⁸⁵².

A valorização da ação do terceiro setor e o cumprimento do imperativo de cooperação e do fomento⁸⁵³, que deve reger as relações entre os poderes públicos e as entidades daquele setor, exigem que estas *não* sejam instrumentalizadas como forma alijar os custos dos direitos, e transformadas em expressões dos fenómenos de «descentralização da penúria» ou de subsidiariedade

⁸⁴⁸ Relativamente à complementariedade existente entre Estado social e solidariedade (sociedade civil), v. Casalta NABAIS, «Algumas Considerações...», cit., pp. 165 e s..

⁸⁴⁹ Acórdão n.º 39/88, de 9 de fevereiro, § 6.3.1..

⁸⁵⁰ Acórdão n.º 50/88, de 3 de março, § 6 – circunstância justificadora da previsão, em certas situações, de regimes jurídicos mais favoráveis – como sucedia no caso subjacente ao aresto (condições especiais no arrendamento).

⁸⁵¹ Cf. Acórdão n.º 309/2001, de 3 de julho, § 3.1. (também a propósito do regime especial do arrendamento).

⁸⁵² Assim, Licínio LOPES, *As Instituições...*, cit., pp. 132 e s., 135 e s., 139 (a citação pertence à p. 136).

⁸⁵³ Neste sentido, a *Lei de Bases da Economia Social* comete ao Estado o dever de estimular e apoiar a criação e a atividade das entidades do sector da economia social, cabendo-lhe também fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira destas entidades, em conformidade com o disposto no artigo 85.º da Constituição [cf. artigos 9.º, alínea *a*), e 10.º, alínea *b*)]; por outro lado, o mesmo diploma prevê que estas entidades beneficiem de um regime fiscal mais favorável (cf. artigo 11.º).

passiva, *i. e.*, de *downloading* de responsabilidades e competências sem atribuição de quaisquer meios para as assumir e exercer⁸⁵⁴. Para esta conclusão milita igualmente a mobilização do princípio da supletividade do Estado, na medida em que este impõe aos poderes públicos a criação de condições positivas para que as comunidades menores desempenhem as suas funções⁸⁵⁵, também no quadro da satisfação dos direitos fundamentais. Tal não significa, naturalmente, que se defenda a assunção, pelo Estado, do financiamento das entidades do terceiro setor – o que, aliás, comprometeria a sua intencionalidade última; simplesmente, demanda dos poderes públicos a adoção de medidas que viabilizem a emergência de condições (desde logo, financeiras, mas também administrativas) que permitam àquelas o desempenho das suas funções⁸⁵⁶, e que também não as coloquem, *in extremis*, na dependência de um clientelismo privado⁸⁵⁷, que faça perigar a satisfação dos valores públicos e a observância da fraternidade, em que assenta, a final, a sua *ratio essendi*.

⁸⁵⁴ KEATING, *Rescaling...*, cit., p. 188; BRODIE, «New constitutionalism...», cit., p. 255. Embora ambos os Autores se refiram precipuamente à descentralização administrativa e à necessidade de transferência de recursos financeiros para os entes públicos mais próximos da população, o conceito permite exprimir também a importância da assunção pelo Estado de uma atitude colaborativa com as entidades do terceiro setor, para que, no mínimo, não as impeça de alcançar os seus objetivos sociais.

⁸⁵⁵ Assim, Vieira de ANDRADE, «Supletividade...», cit., p. 121.

⁸⁵⁶ Dando, assim, pleno cumprimento à garantia institucional que emerge do n.º 1 do artigo 82.º da CRP, a qual assegura (e, sobretudo, impõe) a existência dos três setores económicos, incluindo, por conseguinte, o setor cooperativo e social, que o Estado não pode aniquilar ou deixar perecer. Cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 976 e s., 990, anotações II e XXIII ao artigo 82.º, respetivamente.

Trata-se de um aspeto a que a União Europeia também se vem mostrando sensível, apontando, por isso, no sentido da valorização dos modelos da economia social e considerando, em especial, que “a economia social só poderá prosperar e desenvolver todo o seu potencial se puder beneficiar de condições políticas, legislativas e operacionais adequadas” (cf. a já citada Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de fevereiro de 2009, § 3, que estabelece um conjunto de mecanismos de reconhecimento destas entidades).

Por este motivo, tem-se verificado a preocupação em lançar programas de incentivo (desde logo, financeiro) às entidades do terceiro setor. Considerem-se, *v. g.*, o *Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Economia Social* (PADES), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2010, de 4 de março, assim como uma das suas concretizações, vertida no *Programa de Apoio à Economia Social* (SOCIAL INVESTE), aprovado pela Portaria n.º 42/2011, de 19 de janeiro. Sobre estas medidas, *v. Ana Paula QUELHAS*, «O Financiamento da Economia Social – De Novo a “Meio Caminho”?», in: João LOUREIRO/Suzana TAVARES da SILVA (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 238 e ss.. Em geral, sobre os diversos tipos de apoios concedidos a estas entidades, *v. Licínio LOPES*, *As Instituições...*, cit., pp. 239 e ss., numa perspetiva de direito comparado.

⁸⁵⁷ Enfatizando estes perigos e refletindo sobre a importância do apoio dos poderes públicos, *v. Susan ROSE-ACKERMAN*, «Efficiency, Funding, and Autonomy in the Third Sector», in: ANHEIER/SEIBEL (eds.), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, De Gruyter, Berlin/New York, 1990, pp. 157 e ss..

3. A comunidade global: os direitos fundamentais entre a vocação universal e as especificidades regionais ou nacionais

A associação entre a dignidade humana (como o “princípio normativo”) e os direitos fundamentais tem como consequência a vocação universal dos direitos – e esta é uma consequência que se verifica, como também já acentuáramos (cf., *supra*, Parte II, 2.2.5.), sem sacrifício do pluralismo e sem a adoção de uma qualquer visão imperialista dos direitos humanos. Efetivamente, a universalidade dos direitos fundamentais corresponde à ultrapassagem da conceção estatocêntrica do direito e afeiçoa-se às modernas tendências da globalização⁸⁵⁸. Não se afigura, por isso, insignificante a designação conferida à Declaração *Universal* dos Direitos do Homem – testemunho (pelo menos, simbólico) da apontada vocação universal, axiologicamente fundamentada e com uma pretensão de aplicação igualmente ampla.

Renunciando embora a qualquer pretensão de hegemonia axiológica, não se pode ignorar o fenómeno da globalização dos direitos humanos – um aspeto que convive de perto com a tendência para que as violações de direitos humanos importem efeitos que vão muito para lá das fronteiras dos Estados. Se esta realidade implica uma universalização e mundialização das suas formas de tutela, a verdade é que uma tal proteção assume ainda um carácter necessariamente fragmentário e parcial⁸⁵⁹, dispersa por organizações internacionais (mais ou menos) especializadas em matéria de direitos humanos, sem prejuízo das preocupações assumidas por organismos dotados de outros âmbitos materiais mas que tocam lateralmente os problemas jusfundamentais. Alude-se hoje a uma “sociedade civil transnacional”⁸⁶⁰, constituída por organizações cujo raio de ação se expande para lá das fronteiras dos Estados (e por isso merecem o qualificativo de transnacional) e que se caracterizam como não estaduais e voluntárias (razão pela qual integram a sociedade civil). A comunidade global não se confunde, pois, com os sujeitos de direito internacional, e a globalização demanda uma ação coletiva, conjugando Estados e povos, com o propósito de resolver os problemas mundiais (de natureza económica, mas também ambiental, geracional, política e normativa) que

⁸⁵⁸ Nas palavras de DELMAS-MARTY (*Le Relatif...*, cit., p. 55), “o direito já não giraria à volta do Estado, mas à volta do homem”.

⁸⁵⁹ Cf. também BARTOLI, «“Chiaro e Oscuro”...», cit., p. 140.

⁸⁶⁰ MERTUS, «From Legal Transplants...», cit., pp. 1335 e ss., esp.^{te} p. 1338.

se tornam comuns⁸⁶¹. Destarte, a referência à comunidade global escapa à dicotomia entre Estado e sociedade, e pretende exprimir que a tutela dos direitos se efetua também através de redes transnacionais, as quais consubstanciam como que um *tertium genus* (não necessariamente organizado⁸⁶²) face àqueles dois polos tradicionais, situadas num plano distinto de ambos e transcendendo-os. Em causa está, em suma, a tomada de consciência de que existem problemas globais (*i. e.*, problemas comuns e partilhados) – e um deles consiste precisamente na violação dos direitos humanos –, cuja resolução se não compadece com soluções nacionais, mas demanda uma atitude coordenada entre os vários sujeitos do mundo⁸⁶³. A afirmação progressiva do constitucionalismo multinível radica justamente na compreensão de que a defesa e a promoção dos direitos são efetivadas por uma pluralidade de níveis de soberania e por uma multiplicidade de planos e mecanismos de tutela⁸⁶⁴.

Sem desconhecermos que, na comunidade global, emerge uma pluralidade de mecanismos (formais e, sobretudo, informais) de proteção dos direitos – cuja abordagem na totalidade se tornaria, neste trabalho, inviável⁸⁶⁵ –, optaremos por direcionar a nossa atenção para três aspetos, todos eles relacionados com a realização *jurisdicional* transnacional dos direitos, e que apenas de uma perspetiva dogmático-explicativa se podem cindir (mas que, na realidade, hão de ser compreendidos na sua recíproca interdependência): a consolidação do cânone da interpretação em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (3.1.), a utilização do elemento comparado e do diálogo interjurisdicional (3.2.), e a emergência de uma *global judicial review*, corporizada em instâncias judiciais internacionais

⁸⁶¹ Cf. também STIGLITZ, *Making Globalization...*, cit., p. 21.

⁸⁶² MERTUS («From Legal Transplants...», cit., pp. 1347 e s.) utiliza, a este propósito, a expressiva metáfora da “omeleta global”, que inclui, indiferenciadamente, Estados, atores não estaduais, de instituição estadual ou de criação independente destes, abrangendo grupos e redes transfronteiriças e transnacionais – envolvendo a concretização de uma plêiade de interesses distintos.

⁸⁶³ Cf. IRIYE, *Global Community: The Role of International Organizations in the Making of Contemporary World*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 2002, pp. 8, 9 e ss.. Num plano ideal (utópico), a comunidade global determinaria a superação dos egoísmos e interesses nacionais, pela união em torno de objetivos comuns transnacionais.

⁸⁶⁴ Assim, LUCIANI, «Costituzionalismo...», cit., ponto 5.

⁸⁶⁵ Sem prejuízo de reconhecermos a institucionalização de outros mecanismos de natureza distinta, criados a partir dos instrumentos normativos de proteção dos direitos humanos: considere-se, a título meramente exemplificativo, a *Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, criada pelo Regulamento (CE) n.º 168/2007, do Conselho, de 15 de fevereiro de 2007 (in: *JO*, n.º L 53, 22.02.2007, pp. 1 e ss.), com a finalidade de proporcionar às instituições europeias e aos Estados-membros as informações e a assistência que se revelem necessárias, no contexto da implementação do direito europeu, em matéria de tutela dos direitos fundamentais, designadamente através da emissão de pareceres.

ou supranacionais que desempenham uma “função constitucional” de proteção dos direitos, com pretensões de eficácia universal (3.3.).

3.1. Interpretação em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos

Um dos mecanismos que permite uma compreensão globalmente integrada dos direitos fundamentais consiste no cânone da interpretação em conformidade com os instrumentos internacionais que visam a sua proteção⁸⁶⁶. Avulta, pois, neste contexto, a necessidade de harmonização da interpretação das normas de direitos fundamentais, porquanto a existência daquelas fontes normativas (coadjuvada, naturalmente, pela existência de tribunais encarregados de as realizar nos casos concretos) viabiliza, sem prejuízo do desenvolvimento de especificidades e particularidades em cada um dos Estados, uma certa unidade na compreensão dos direitos fundamentais pelas várias ordens jurídicas nacionais⁸⁶⁷. Neste sentido, o cânone interpretativo agora em análise visa conciliar as duas faces do problema que surpreendemos já diversas vezes e que constituem o *punctum crucis* da temática dos direitos fundamentais quando perspetivados no cenário transnacional: o equilíbrio entre a universalidade (e a universalização) dos direitos humanos (garantido pela tendencial unidade de sentido, projetada na unidade da tutela) e as especificidades nacionais (cuja salvaguarda se revela indispensável para a eliminação de qualquer tentativa de imperialismo axiológico e que, por esse preciso motivo, representa uma *conditio* da efetividade da defesa dos direitos no plano transnacional).

⁸⁶⁶ Questão distinta desta é a da receção jurídico-constitucional de direitos fundamentais que se não encontrem positivados na constituição de um Estado. Eis justamente o que sucede com a cláusula aberta consagrada pelo n.º 1 do artigo 16.º da CRP, nos termos do qual “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Este inciso não corresponde a um cânone interpretativo das normas nacionais (desde logo, jurídico-constitucionais) sobre direitos, mas possui um escopo ainda mais amplo no sentido da abertura internacional do sistema jurídico português: o de reconhecer como materialmente constitucionais direitos contemplados em normas não formalmente constitucionais. Sobre o sentido da cláusula aberta e as questões que suscita, cf., v. g., Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 39 e ss., 73 e ss.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 403 e s.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 365 e ss., anotações I e ss. ao artigo 16.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 161 e s., e «Artigo 16.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290 e ss, anotações I e ss..

⁸⁶⁷ Cf. ORTEGA, «Global Citizenship...», cit., p. 257.

O cânone nos termos do qual as normas nacionais de tutela dos direitos fundamentais devem ser interpretadas tendo como pano de fundo os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não constitui senão uma concretização especial do princípio da unidade do sistema jurídico – talqualmente o surpreendemos já em momentos anteriores (cf., *supra*, 1.3.2.2., A.). Atento o seu objetivo metodológico (assegurar a coerência prático-normativa do sistema jurídico) e o seu propósito teleológico (garantir que a mobilização das normas consagradoras de direitos fundamentais para a resolução de um caso concreto é realizada à luz do sentido que, não implicando uma contradição insanável com a letra da disposição⁸⁶⁸, se revela mais generoso e mais próximo do sentido amplo conferido pelo direito internacional), a convocação do cânone da interpretação conforme não depende da resposta ao problema da localização daqueles instrumentos no esquema das fontes dos sistemas jurídicos nacionais. A este propósito revela-se esclarecedora a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*⁸⁶⁹: após (mas sem prejuízo de) haver afirmado o valor infraconstitucional da CEDH, este Tribunal entendeu que as normas constantes da *Grundgesetz* devem ser interpretadas de modo compatível com o direito internacional [em consonância com a “amizade para com o direito internacional” (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) revelada pela Constituição alemã e de modo a evitar a sua violação]; neste sentido, a Convenção (bem como a jurisprudência do TEDH) desempenha a função de elemento interpretativo coadjuvante (*Auslegungshilfe*) para a determinação do conteúdo e do alcance das normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais – o que se revela admissível até onde for metodologicamente possível e compatível com as demais prescrições da *Grundgesetz*, e desde que

⁸⁶⁸ Se tal acontecer, estão ultrapassados os limites da interpretação conforme, e suscita-se-á o problema de saber qual o destino da norma nacional que proteja um direito num patamar inferior ao dos instrumentos internacionais de tutela dos direitos humanos. Trata-se de uma questão que suscita problemas mais delicados que aquela outra abordada em texto, pois que pressupõe a determinação da específica fonte jus-internacional dos direitos em causa (mesmo que estes constem de uma convenção internacional, esta última pode ter-se limitado a codificar direito internacional geral ou, inclusivamente, normas de *ius cogens*) e a avaliação da(s) forma(s) de relacionamento entre as normas de direito internacional e as normas nacionais (concebidas como integrando um ordenamento separado ou incluídas no ordenamento nacional – a impor, neste último caso, uma tomada de posição sobre a sua localização no sistema nacional hierárquico das fontes.

⁸⁶⁹ Acórdão de 04.05.2011, 2 BvR 2365/09, in: *BVerfGE*, vol. 128, 2011, pp. 326 e ss., §§ 86 e seguintes (disponível em http://www.bverfg.de/e/rs20110504_2bvr236509.html); no § 86 encontram-se enunciados os princípios sobre o sentido da interpretação constitucional à luz da CEDH, sendo os mesmos desenvolvidos nos parágrafos subsequentes. Para um enquadramento desta decisão na evolução do relacionamento entre o Tribunal Constitucional alemão e o TEDH, v. MICHAELSEN, «“From Strasbourg with Love” – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights», in: *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 148 e ss..

não implique uma diminuição ou restrição da proteção dos direitos fundamentais assegurada pela Constituição alemã.

Pretende aproximar-se desta ideia o n.º 2 do artigo 16.º da CRP, que, consagrando o cânone da *interpretação em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*, determina que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Além de manifestar a inspiração do catálogo constitucional e a íntima relação que hoje se estabelece entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito nacional – a ponto de, por vezes, se encarecer a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) como uma das dimensões de um *ius commune* constitucional⁸⁷⁰ –, esta norma viabiliza a superação de dúvidas ou de dificuldades interpretativas das normas atinentes aos direitos fundamentais, permitindo uma perspetivação mais ampla e mais rica das normas constitucionais⁸⁷¹. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, o n.º 2 do artigo 16.º tem o alcance de incluir a DUDH dentro do parâmetro de controlo do juízo de inconstitucionalidade, na medida em que “é indubitavelmente admissível” que a mesma se assume como um “elemento relevante para se formular um juízo de inconstitucionalidade”⁸⁷².

Por outro lado, o n.º 2 do artigo 16.º da CRP possui ainda o significado de singularizar, autonomizar e reforçar a convocação da DUDH no âmbito da interpretação dos direitos fundamentais face ao direito internacional dos direitos humanos em geral. Recorde-se que este sempre vigoraria na ordem jurídica nacional ao abrigo dos n.ºs 2 ou 3 do artigo 8.º (consoante estejam em causa normas ou princípios de direito internacional geral ou comum, ou normas constantes de convenções internacionais que não codifiquem os primeiros, respetivamente) e do n.º 1 do artigo 16.º. Contudo, a referência específica à Declaração permite, desde logo, obviar ao surgimento de incertezas quanto à sua localização no quadro das fontes; mas, sobretudo, e quando a letra seja compatível com vários sentidos possíveis, impõe diretamente ao intérprete a opção pelas soluções interpretativas que se compatibilizem com a DUDH

⁸⁷⁰ Assim, Paulo OTERO, *Instituições...*, cit., p. 588: o Autor considera que o n.º 2 do artigo 16.º da CRP constitui uma expressão da imperatividade heterovinculativa da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que codifica normas de *ius cogens* e, como tal, se impõe às constituições dos Estados. Cf. também *infra*, em nota.

⁸⁷¹ Jorge MIRANDA, «Artigo 16.º», cit., pp. 296 e s., anotações XII e XIII, e *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 183 e ss., com exemplos muito significativos.

⁸⁷² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 222/90, de 20 de junho, §4. Reiterando esta jurisprudência e considerando a DUDH como “«parâmetro exterior» de validade constitucional das normas legais sobre direitos fundamentais”, v. F. Alves CORREIA, «Os Direitos...», cit., p. 86, e *Justiça...*, cit., p. 207.

(rejeitando as demais) e lhe confirmam maior eficácia⁸⁷³, permitindo igualmente a densificação dos conceitos indeterminados e das aberturas normativas dos preceitos relativos aos direitos fundamentais⁸⁷⁴.

Face ao propósito que assinalámos ao cânone da interpretação em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais – permitir a harmonização globalmente integrada da interpretação dos direitos, norteada por uma bússola ampliadora do sentido já conferido pelas constituições nacionais –, importa fazer referência ao problema, tão versado pela doutrina nacional, sobre a aplicação do n.º 2 do artigo 29.º da DUDH⁸⁷⁵. Em causa está avaliar se esta norma, ao aludir à admissibilidade de limitações (ao exercício dos direitos) impostas pela lei, com o intuito de a satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática, está a prever mais restrições aos direitos que as consentidas pela Constituição portuguesa (em especial, pelo n.º 2 do artigo 18.º⁸⁷⁶). Desde logo, sempre se poderia afirmar que o n.º 2 do artigo 29.º se destina a autorizar os ordenamentos nacionais a prever restrições com determinados fundamentos⁸⁷⁷, ainda que não deixe de estabelecer alguns limites a tal possibilidade. Além disso, a “amizade pelos direitos fundamentais” manifestada pela nossa Constituição sempre apontará no sentido de que a eficácia interpretativa e integrativa daquele documento se destina a ampliar e aprofundar a tutela jusfundamental garantida pelos instrumentos normativos nacionais, incluindo a assegurada pelas normas constitucionais – uma conclusão que emerge das exigências de sentido do princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado⁸⁷⁸.

⁸⁷³ Cf. também Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 39 e ss. (sobre a integração dos direitos fundamentais internacionais no direito português) e 45 e ss. (relativo ao princípio de interpretação em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem).

⁸⁷⁴ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 367 e s., anotação IV ao artigo 16.º.

⁸⁷⁵ Nos termos do n.º 2 do artigo 29.º, “no exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”.

⁸⁷⁶ Ainda que, por vezes, a jurisprudência assimile ambos os preceitos – cf., v. g., Acórdão n.º 6/84, de 18 de janeiro. Cf. a apreciação crítica deste aresto formulada por Casalta NABAIS, «Os Direitos...», cit., p. 22.

⁸⁷⁷ Assim, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 368 e s., anotação VI ao artigo 16.º. Embora partindo de uma perspetiva diferente, Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo IV, cit., p. 191, e «Artigo 16.º», cit., pp. 300 e s., anotação XVI) sublinha que o n.º 2 do artigo 29.º não constitui “nova fonte de restrições de direitos, liberdades e garantias”; pelo contrário, as referências às “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” hão de ser concebidas não como limites dos direitos, mas antes como limites *das restrições* (Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 194).

⁸⁷⁸ Invocando especificamente este princípio para sustentar que não pode a interpretação conforme a DUDH prevalecer quando conduza a uma solução menos favorável para os direitos fundamentais,

Por último, importa salientar que o n.º 2 do artigo 29.º pressupõe uma leitura conjugada com as demais disposições da DUDH e, nessa medida, talvez se encontrem desprovidos de fundamento os receios de que a sua mobilização conduza a uma diminuição da tutela dos direitos⁸⁷⁹.

O n.º 2 do artigo 16.º suscita, por fim, as dificuldades emergentes da questão de saber se, existindo uma incompatibilidade entre as normas constitucionais e a DUDH, tal implicaria a invalidade das primeiras, permitindo o respetivo afastamento pelos poderes públicos, em especial pelos tribunais. Embora esta problemática revista hoje contornos mais teóricos que práticos, deverá entender-se que, quando se considere assumirem os princípios emergentes da Declaração a natureza de *ius cogens*, os mesmos impõem-se ao poder constituinte (originário e derivado), pelo que a sua ofensa originará o fenómeno da designada «insupraconstitucionalidade»⁸⁸⁰.

Resta saber se, na ausência de uma disposição com uma referência tão expressa como o n.º 2 do artigo 16.º, também outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos são mobilizáveis como elementos densificadores da interpretação das normas nacionais sobre direitos fundamentais. O problema regista-se, em especial, quanto à CEDH que, em alguns ordenamentos, surge justamente com este estatuto⁸⁸¹, ainda que, entre nós, se

cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 368, anotação IV ao artigo 16.º.

⁸⁷⁹ Assim, Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 191, e «Artigo 16.º», cit., p. 300, anotação XVI.

⁸⁸⁰ Cf., sobre a noção de «insupraconstitucionalidade» e de inconstitucionalidade atípica neste sentido, Fausto de QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 565; e, na senda deste Autor, Paulo OTERO, *Lições...*, cit., p. 197, e *Legalidade...*, cit., pp. 570 e 588. Considerando que a prevalência das normas da DUDH sobre as normas constitucionais depende de as primeiras terem a natureza de *ius cogens* (dotado de carácter supraconstitucional), v. Jorge MIRANDA, «Artigo 16.º», cit., p. 298, anotação XIII, e *Manual...*, tomo IV, cit., p. 187. Defendendo, em geral, o valor supraconstitucional da DUDH (impondo-se à Constituição), Paulo OTERO, «Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais», in: *O Direito*, n.ºs III-IV, ano 122.º, julho/dezembro 1990, pp. 609 e s., e *Instituições...*, cit., pp. 587 e s.. Contornos mais delicados revestiria a possibilidade do afastamento das normas constitucionais insupraconstitucionais pelos poderes públicos, em especial, pela Administração: refletindo sobre o problema, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 661, n. 1009) responde hoje em sentido afirmativo, louvando-se na força heterorrevocativa autónoma da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁸⁸¹ O britânico *Human Rights Act* de 1998 (secção 3, §1) veio criar uma nova regra da *statutory interpretation*, ao estabelecer que “quando possível, a legislação primária e a legislação subordinada devem ser lidas e aplicadas de forma compatível com os direitos da Convenção”. Como salienta a doutrina, esta cláusula visou a integração ou incorporação (embora indireta, por meio da *statutory interpretation*) da Convenção, tendo em conta que, atenta a natureza dualista da Constituição inglesa, as convenções internacionais não são concebidas, nos tribunais, como fontes de direito (cf. FELDMAN, *English Public Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 20; mais desenvolvidamente, FATIMA, *Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, Portland, 2005, pp. 229 e ss.). As maiores dificuldades suscitadas por esta disposição prendem-se com o significado a atribuir à locução “quando possível” (*so far as it is possible to do so*, no original), perfilando-se duas orientações opostas quanto ao problema: de um lado, a defesa de que o cânone da interpretação em conformidade com os direitos humanos é sempre mobilizável, ainda quando a letra da lei não ofereça qualquer ambiguidade; de outro lado, a posição segundo a qual aquele cânone não

tenha rejeitado a inclusão no texto constitucional de uma fórmula similar à consagrada para a DUDH⁸⁸². Naturalmente, os argumentos convocados para fundamentar a utilização dos instrumentos internacionais de tutela de direitos humanos legitimam a que, estando o nosso País internacionalmente vinculado à sua observância, interprete as normas nacionais em conformidade com eles, sempre com a finalidade de permitir a ampliação da tutela jusfundamental, mas já não se restringir a tutela consagrada pela nossa Constituição. Esta mesma ideia parece estar acolhida pelo Tribunal Constitucional português que, sem, todavia, rejeitar liminarmente (embora também não aceitando...) a possibilidade de os princípios jurídico-internacionais em matéria de direitos fundamentais recebidos *in foro domestico* se poderem considerar como parâmetros diretos para a formação de um juízo de (in)constitucionalidade, afirma sem reboço tal não significar que não se devam relevar úteis como “elemento coadjuvante da clarificação do sentido e alcance” quer dos preceitos constitucionais, quer das normas da DUDH⁸⁸³.

A questão complexifica-se quando se interroga se o parâmetro interpretativo dos catálogos nacionais de direitos (ou das fontes nacionais consagradoras de direitos) abrange, para além dos instrumentos normativos internacionais, também a interpretação que as jurisdições internacionais previstas naqueles instrumentos perfilham sobre as respetivas normas. Trata-se de um problema

prejudica a soberania do Parlamento, impondo-se um especial cuidado em distinguir até onde vai a interpretação e começa a alteração (*amendment*). Sobre esta matéria, cf., v. g., ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., pp. 184 e ss.; BENNION, *What Interpretation is “Possible” under Section 3(1) of the Human Rights Act 1998?*, in: *Public Law*, primavera 2000, pp. 77 e ss.; AMOS, *Human Rights Law*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014, pp. 121 e ss..

⁸⁸² Em Portugal, chegou a equacionar-se a introdução, no n.º 2 do artigo 16.º, de uma referência também à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ficando o preceito com a seguinte redação: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”). A alteração foi rejeitada, por se haver entendido que a proteção oferecida pela Convenção ficava aquém da que resultava do texto constitucional português, não só por não incluir os direitos sociais, mas também por admitir restrições não permitidas pela nossa Constituição (como sucedia com a pena de morte). Cf., a este propósito, a intervenção de Jorge Miranda na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, aquando dos debates da primeira revisão, in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 108 (Suplemento), 08.10.1981, p. 3332-104.

⁸⁸³ V. Acórdão n.º 222/90, cit., § 4. Muito mais explícito, o Acórdão n.º 281/2011, de 7 de junho, § 4.4., afirma o seguinte: “para clarificar o sentido dos direitos fundamentais previstos na Constituição, nos termos do artigo 16.º da CRP, interessa analisar o que dispõe a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Contudo, o Tribunal Constitucional não deixa de enfatizar que, com frequência, não se justifica o recurso à CEDH, porquanto a Constituição já abrange todos os direitos aí consagrados; destarte, podendo retirar-se da nossa Lei Fundamental o alcance e o sentido que resultam daquela Convenção, não fará sentido recorrer à mesma (cf., v. g., Acórdão n.º 352/98, de 12 de maio, § 4, e 223/95, de 26 de abril, § 8.4., com citação de outras espécies jurisprudenciais). Quando tal não sucede na sua integralidade (e, por conseguinte, a CEDH encerre alguma novidade), as revisões constitucionais têm procurado transpor esses direitos para o texto da Constituição (assim aconteceu com o direito a um processo equitativo – v. Acórdão n.º 345/99, de 15 de junho, § 4.2.).

que estabelece uma conexão muito íntima com os dois pontos subsequentes, quer porque pressupõe um autêntico diálogo interjurisdicional (neste contexto, entre os tribunais nacionais e os tribunais internacionais), quer na medida em que acaba por transmudar as jurisdições internacionais (sobretudo, aquelas que têm a seu cargo especificamente a tutela jus-fundamental) em instâncias dotadas de uma certa superioridade na definição do sentido, conteúdo e alcance dos direitos humanos.

Tome-se o exemplo contido no britânico *Human Rights Act*, o qual prevê expressamente que os tribunais nacionais, quando se encontrem a apreciar questões que possuam uma ligação com a CEDH, devem tomar em consideração qualquer julgamento, decisão, declaração ou recomendação do TEDH [cf. secção 2, n.º 1, alínea a)]. Ainda que tal *não* signifique, mesmo para o panorama jurídico inglês típico da *common law*, que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo assume a natureza de *binding precedent*, a citada norma tem o alcance de nortear os tribunais nacionais para a finalidade última da adoção daquele *act of Parliament*: se o *Human Rights Act* se destinou a garantir uma tutela dos direitos humanos a nível nacional, evitando que os queixosos apresentassem os seus casos perante o TEDH, então, os tribunais ingleses devem seguir a orientação decisória deste último na medida em que exista uma jurisprudência nítida e constante que aponte no sentido de que o queixoso venceria a causa, na hipótese de a vir a apresentar perante aquela Alta Jurisdição⁸⁸⁴.

Mesmo na ausência de uma norma similar, também entre nós se poderá (deverá) acolher a função orientadora da jurisprudência do TEDH para a interpretação dos direitos fundamentais, designadamente daqueles que também têm assento na CEDH⁸⁸⁵. Para esta solução concorrem, uma vez mais, os argumentos da unidade do sistema jurídico, mas, sobretudo, a ideia de harmonização da proteção dos direitos no plano internacional, no sentido do incremento da respetiva tutela. Embora não efetuando uma densificação

⁸⁸⁴ Cf., por todos, HALE, «*Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*», in: *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, p. 69. Sobre a génese da cláusula (e o debate que lhe sucedeu), v. McCrudden, «*Common Law...*», cit., pp. 503 e s..

⁸⁸⁵ Eis o que decorre igualmente da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que acentua justamente a existência, *de facto*, de uma função orientadora (*faktische Orientierungs- und Leitfunktion*) da jurisprudência do TEDH (cf. Acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 04.05.2011, 2 BvR 2365/09, cit., §§ 86, 88 e 89, e jurisprudência aí citada). Trata-se de um rumo especialmente aplaudido (*et pour cause*) pelo próprio TEDH, que já saudou o Tribunal Constitucional alemão pelo facto de interpretar as prescrições da *Grundgesetz* à luz da CEDH e da jurisprudência daquela Alta Jurisdição, demonstrando que o *Bundesverfassungsgericht* assume um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais não só a nível nacional, mas também no plano europeu (cf. Acórdão «*Mork/Alemanha*» de 09.09.2011, Recs. 31047/04 e 43386/08, § 54).

do problema, trata-se de uma posição que merecerá o acolhimento do nosso Tribunal Constitucional que, em diversos momentos, tem invocado a jurisprudência do TEDH quando se encontra a analisar questões jurídico-constitucionais que tocam matéria de direitos fundamentais⁸⁸⁶.

Em suma, a interpretação em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (e a eventual aceitação pelos tribunais nacionais do sentido interpretativo destes instrumentos efetuadas pelas jurisdições internacionais) possui um propósito ampliador da tutela jusfundamental e assim há de ser compreendido. Evidentemente, tal não impedirá que as autoridades dos Estados acolham as suas especificidades e, sobretudo, assegurem a proteção dos direitos num patamar mais exigente que o resultante dessas convenções internacionais⁸⁸⁷.

3.2. Diálogo internormativo: *Rechtsvergleichung*, *transjudicial communication* e *global judicial dialogue*

A paulatina internacionalização e europeização dos ordenamentos jurídicos, acompanhada de uma progressiva globalização dos problemas relacionados com os direitos fundamentais, exigem que também a respetiva realização espelhe essa realidade⁸⁸⁸. Se, recordando as célebres palavras de Kahn-Freund⁸⁸⁹, a comparação jurídica constitui não um tópico, mas um método, impõe-se sublinhar que este assume, no contexto do atual policentrismo normativo e regulador, uma importância não negligenciável, enquanto catalisador das diversas experiências jurídicas de concretização e realização política e normativa do direito. Repare-se, aliás, que a comparação no âmbito do

⁸⁸⁶ Cf., entre muitos outros, Acórdãos n.ºs 121/97, de 19 de fevereiro, §§ 10 e 11; 345/99, cit., § 4.2; 660/2006, de 28 de novembro, § 12; 281/2011, cit., §§ 4.4. e 4.5.; 187/2013, de 5 de abril, § 61; 176/2014, de 19 de fevereiro, § 15.3; 545/2014, de 15 de julho, § 6.

F. Alves CORREIA («Os Direitos...», cit., p. 89) alude, a este propósito, a uma “relação de complementaridade entre as jurisprudências do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal Constitucional português em matéria de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos”.

⁸⁸⁷ Por exemplo, os juizes ingleses vêm-se arrogando essa prerrogativa, ampliando a proteção dos direitos com fundamento nos valores próprios do sistema jurídico britânico: v. o exemplo avançado por HALE («*Argentoratum Locutum...*», cit., pp. 74 e s.) quanto ao alcance do princípio da igualdade e do direito a constituir família, a propósito de um diploma da Irlanda do Norte que restringia a adoção conjunta a pessoas casadas.

⁸⁸⁸ Trata-se de uma temática à qual não tem sido alheia a jurisprudência constitucional portuguesa – cf. MOURA RAMOS, «Le Recours aux Précédents Etrangers par le Juge Constitutionnel», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XC, tomo I, 2014, pp. 31 e ss..

⁸⁸⁹ KAHN-FREUND, *Comparative Law as an Academic Subject*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 4.

Direito Constitucional nem constitui uma total novidade, remontando, desde logo, a Montesquieu, cuja obra *De L'Esprit des Lois* se encontra perpassada por relevantes elementos comparativos – como atesta paradigmaticamente o citadíssimo capítulo sobre a Constituição inglesa, onde se encontra delineado o princípio da separação de poderes⁸⁹⁰. De um ponto de vista institucional, e avançando para o presente, a importância do conhecimento (agora) da jurisprudência oriunda de vários sistemas nacionais, mas também de tribunais internacionais, surge reconhecida pela Comissão de Veneza (Comissão Europeia para a Democracia através do Direito), que periodicamente publica o seu *Bulletin on Constitutional Case-Law*, contendo sumários de decisões das jurisdições constitucionais (ou equivalentes) de cerca de sessenta Estados, bem como do TEDH e do TJUE⁸⁹¹.

Não é, então, por acaso que Häberle⁸⁹² elege a comparação jurídica (*Rechtsvergleichung*) como “o quinto método de interpretação constitucional”, e Ossenbühl⁸⁹³ a considera como inevitável. A interpretação comparativa mobiliza para a tarefa hermenêutica os contributos de outros ordenamentos jurídicos, estaduais e internacionais, de natureza doutrinal e jurisprudencial. Se a convocação da comparação jurídica (ou, como prefere Gomes Canotilho, da interpretação comparativa⁸⁹⁴) tem uma filiação claramente germânica enquanto elemento de interpretação constitucional, a realidade não é desconhecida do panorama doutrinal anglo-saxónico, onde se reflete sobre o problema da ótica do cruzamento das decisões jurisprudenciais⁸⁹⁵, da comunicação transjudicial

⁸⁹⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Garnier-Frères Libraires-Editeurs, Paris, s.d., pp. 142 e ss.. Livro XI, Capítulo VI, com a epígrafe “De la Constitution d'Angleterre”. TUSHNET [«Comparative Constitutional Law», in: REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1226] considera, inclusivamente, que esta obra constitui uma verdadeira reflexão sobre direito constitucional comparado e um predecessor da atual escola comparatista jusconstitucional.

⁸⁹¹ Cf. a página institucional do *Bulletin*, onde se podem consultar todos os números ordinários e especiais: http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins.

⁸⁹² HÄBERLE, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „Fünfter“ Auslegungsmethode», in: *Juristen Zeitung*, n.º 20, ano 44, outubro 1989, p. 913 e ss., esp.^{te} pp. 916 e ss., salientado a importância da interpretação comparativa desde Savigny. V. também Baptista MACHADO, *Âmbito...*, cit., pp. 397 e s., acentuando a natureza analógica da interpretação comparativa, e exigindo, como pressuposto do funcionamento, uma identidade de valorações jurídicas e um paralelismo dos problemas/questões jurídicas ou de contextos teleológico-problemáticos subjacentes às normas envolvidas.

⁸⁹³ OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., p. 614.

⁸⁹⁴ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1214.

⁸⁹⁵ Neste horizonte, assume caráter pioneiro o artigo 39 da Constituição da África do Sul: de acordo com a alínea c) do n.º 1 deste preceito (sistematicamente localizado no final do Capítulo 2, dedicado ao *Bill of Rights*), na interpretação do catálogo de direitos, os tribunais (*court, tribunal ou forum*) podem [ainda que não estejam a isso vinculados, como sucede no caso do direito internacional – v. alínea b) do mesmo n.º 1 do artigo 39] ter em consideração o direito estrangeiro (*may consider foreign law*).

(*transjudicial communication*) rumo a um diálogo judicial global (*global judicial dialogue*)⁸⁹⁶. Esta «fertilização constitucional cruzada» (*constitutional cross-fertilization*)⁸⁹⁷ envolve quer a instituição de mecanismos de cooperação natureza formal e informal, quer a emergência de relações entre tribunais, no plano horizontal e no plano vertical⁸⁹⁸, e tem um campo especial de aplicação na matéria dos direitos humanos, comungando do objetivo de incrementar a sua tutela, a nível nacional, regional e internacional⁸⁹⁹.

Esta descrição demonstra como são plúrimos e heterogéneos os mecanismos que traduzem a realidade de que agora nos ocupamos. Em causa estão instrumentos que permitem fortalecer o enquadramento argumentativo das soluções, fornecer alguma estabilidade interpretativa, desenvolver princípios e normas de direito interno ou solucionar questões que envolvem o direito internacional e europeu⁹⁰⁰. Se o quisermos indicar de uma forma sinóptica, necessariamente esquemática e parcialmente sobreponível, temos que a interpenetração normativa:

Sobre esta matéria, cf. RAUTENBACH, «South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks?», in: ANDENAS/FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 353 e ss..

⁸⁹⁶ A exceção mais significativa a esta tendência encontra-se representada pela jurisprudência da *Supreme Court* norte-americana – que, em regra, ignora os desenvolvimentos constitucionais estrangeiros, ainda que, paulatinamente, alguns dos *Justices* comecem a demonstrar maior abertura nas questões atinentes aos direitos humanos, em especial, nas relativas à pena de morte (cf. também, *supra*, Parte II, 2.2.5.). Ainda assim, aquele Tribunal já fundamentou a reversão de um precedente também com recurso à jurisprudência do TEDH, como sucedeu, a propósito do problema da criminalização das relações homossexuais, no Acórdão «Lawrence vs. Texas», de 26.06.2003, in: *United States Reports*, vol. 539, 2003, pp. 558 e ss.: a alusão à jurisprudência do TEDH – em concreto, ao Acórdão «Dudgeon/Reino Unido» – consta da p. 573; cf., porém, a *dissenting opinion* subscrita pelo *Chief Justice* Rehnquist, bem como pelos *Justices* Scalia e Thomas, a páginas 598, considerando que o recurso aos pontos de vista estrangeiros constitui *meaningless dicta* ou mesmo *dangerous dicta*.
⁵⁰⁸re esta matéria, cf., v. g., HARDING, «Comparative Reasoning and Judicial Review», in: *The Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 410, 417 e ss., afirmando inclusivamente que a *Supreme Court* oscila entre a indiferença e a hostilidade na sua reação aos ordenamentos estrangeiros (mesmo que pertencentes à família anglo-saxónica) e internacionais-europeus (*Op. cit.*, p. 417); v. ainda McCRUDDEN, «Common Law...», cit., pp. 508 e ss., 511, n. 59, 530, e «Human Dignity...», cit., pp. 695 e s.. Criticando esta visão redutora da *Supreme Court*, cf. a interessante exposição de TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 3 e ss., sobre o valor e os métodos do direito constitucional comparado.

⁸⁹⁷ Slaughter, «Judicial Globalization», in: *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 1104, 1116 e ss., «Typology...», cit., pp. 117 e ss.; «A Global Community of Courts», in: *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 194 e ss..

⁸⁹⁸ BUXBAUM, «From Empire to Globalization...and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism», in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, 2003, pp. 184, 188.

⁸⁹⁹ SLAUGHTER, «Typology...», cit., p. 102.

⁹⁰⁰ Sobre as funções da comparação jurídica, e embora não adirmos a todas as situações de utilização deste método identificadas pelos Autores, v. ANDENAS/FAIRGRIEVE, «Courts and Comparative Law: In Search of a Common Language for Open Legal Systems», in: ANDENAS/FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 12 e ss..

- a) verifica-se nos estratos das *normas, dos precedentes judiciais e da dogmática doutrinal*⁹⁰¹ – considerem-se, por um lado, os instrumentos de direito internacional e europeu (convenções internacionais e atos de organizações internacionais, e, em especial, das instituições europeias), e as constituições de outros Estados; por outro lado, a jurisprudência dos tribunais internacionais e dos tribunais constitucionais (*lato sensu*) de outros Estados; e, por fim, o relevo assumido pelos contributos dos cultores do direito comparado;
- b) ocorre no contexto do *direito internacional e europeu* e no panorama dos *diversos ordenamentos nacionais* – atente-se, respetivamente, e em especial, na invocação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por um lado, e na convocação das normas constitucionais e das decisões dos tribunais constitucionais estrangeiros⁹⁰², por outro lado;
- c) reveste natureza *formal e informal* – do ponto de vista estrutural-institucional, importa diferenciar as situações em que existem mecanismos formais de enquadramento do diálogo internormativo, face às restantes: pense-se, por um lado, na convocação da Declaração Universal dos Direitos do Homem ao abrigo do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição e, por outro lado, na utilização de instrumentos internacionais a que Portugal não esteja vinculado ou de normas de outros textos constitucionais; também no plano da jurisprudência, urge distinguir entre, de uma banda, a vinculatividade assumida pelas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (em especial, nos casos de reenvio prejudicial) ou pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na sequência de recurso das decisões dos tribunais nacionais⁹⁰³, e, de outra banda, a

⁹⁰¹ Para a caracterização destes estratos do sistema jurídico, v. Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 650 e ss. (normas), 658 e ss. (jurisprudência judicial), 660 e ss. (dogmática).

⁹⁰² V., a este propósito, a análise desenvolvida em *Co-Operation between Constitutional Courts*, Bulletin on Constitutional Case-Law, número especial, Secretariado da Comissão de Veneza/Conselho da Europa, Strasbourg, 2015 (disponível em: <http://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-CECC-e.pdf>).

⁹⁰³ A vinculatividade e, por conseguinte, a existência de mecanismos de interpenetração normativa formais leva alguma doutrina a afastar estes instrumentos de um conceito estrito de diálogo judicial, na medida em que extravasam o campo da mera comparação jurídica – cf., v. g., GROPPI/PONTHOREAU, «Introduction – The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial

citação e convocação (facultativas) de precedentes jurisdicionais provenientes de outros tribunais constitucionais (*lato sensu*);

d) em especial, quando estamos perante um diálogo informal, este assume *funções distintas* no contexto das decisões judiciais – numa perspetiva material, a convocação das experiências estrangeiras pode dirigir-se a enquadrar normativamente o caso decidendo, consubstanciando uma «tela de fundo», a qual surge dotada de especial relevo quando a argumentação das partes se revela dogmaticamente insuficiente, ou, em alternativa, desempenhar a função de arrimo para suportar determinada posição jurisprudencial, que invoca o direito comparado quando este já fornece soluções mais ou menos estabilizadas para o problema em causa⁹⁰⁴.

A primeira manifestação desta interpenetração sistemática encontramos-la pela mão do direito internacional – em consonância com o acolhimento que recebe a matéria dos direitos humanos, integrada, em regra, no direito internacional geral ou comum e, em algumas das suas dimensões, compreendida no *ius cogens*. Aliás, já nos debruçámos sobre uma das manifestações do fenómeno em análise: a imposição constitucional de interpretação em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Independentemente da particular posição que a Declaração ocupa no contexto constitucional português, sempre se poderá afirmar que o recurso a instrumentos de direito internacional contribui para a definição do conteúdo e dos limites das normas consagradoras de direitos fundamentais. Do mesmo modo, o contributo do Direito da União Europeia, em especial da Carta de Direitos Fundamentais e da jurisprudência do Tribunal de Justiça neste horizonte, desempenha um papel decisivo, sobretudo quando se tem em conta a constrição externa que o mesmo apresenta em virtude do princípio da efetividade.

Mas a comparação e o diálogo estendem-se para além dos contributos propiciados pelos direitos internacional e europeu, abrangendo os sistemas jurídicos da mesma família (v. g., o sistema romano-germânico) ou de famílias próximas (como o sistema anglo-americano). Este cotejo tem a virtualidade de estender os horizontes de solução dos problemas, viabilizando um mais completo (mas também mais complexo) terreno de experimentação dos argumentos e de

Communication?», in: GROPPH/PONTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2013, p. 5.

⁹⁰⁴ Cf. Moura RAMOS, «Le Recours...», cit., pp. 39, 46 e ss..

teste para plausibilidade das soluções, e permitindo um reforço da retórica persuasiva das decisões judiciais, rumo a uma «deliberação judicial coletiva»⁹⁰⁵, e, especificamente no âmbito jurídico-constitucional, a uma «união jurisdicional constitucional» (*Verfassungsgerichtsverbund*)⁹⁰⁶. Assistimos, v. g., à influência determinante das decisões do *Bundesverfassungsgericht* em Portugal, mas também na África do Sul; ou à aceitação da *auctoritas* do Tribunal Constitucional português em alguns países lusófonos⁹⁰⁷.

Em particular, na matéria dos direitos fundamentais, os fenómenos da comparação jurídica e do diálogo judicial global (considerados ainda como filhos da globalização) conduzem a uma extensão muito significativa do carácter universal da proteção dos direitos humanos – a ponto de se aludir, não sem algum exagero, a um “direito constitucional genérico” (*generic constitutional law*), de conteúdo universal com especial ênfase na matéria dos direitos fundamentais⁹⁰⁸. Independentemente de estes integrarem o *ius cogens*, ou se encontrarem consagrados num instrumento de direito internacional, ou ainda de estarem positivados em constituições nacionais, o cruzamento de perspectivas normativas e jurisprudenciais implica, sem prejuízo das especificidades nacionais (ou regionais), um entendimento comum e um reforço da tutela dos direitos a nível global (ou, se quisermos, do constitucionalismo global)⁹⁰⁹. Não andamos muito longe de algumas asserções do transconstitucionalismo, sobretudo quando este propugna a reconstrução das ordens constitucionais nacionais através a convocação de outros ordenamentos (*i. e.*, a redefinição da identidade através da alteridade), apontando para a necessidade de “enfrentamento dos *problemas-hidraconstitucionais* mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial” e para a construção de “pontes de transição flexíveis” entre os sistemas,

⁹⁰⁵ Cf. SLAUGHTER, «Typology...», cit., pp. 119 e ss., 123. A influência recíproca dos diversos sistemas jurídicos em matéria de direitos fundamentais vai, todavia, para lá das fronteiras do diálogo interjurisdicional e atinge a própria consagração dos catálogos – v. os exemplos avançados por McCrudden, «Common Law...», cit., p. 501.

⁹⁰⁶ *Co-Operation...*, cit., pp. xxxiii e ss.; a noção pretende apontar precisamente para a prática dos tribunais constitucionais nacionais, reconduzida a uma interpretação complexa das normas das constituições, num cenário de abertura europeia e internacional, traduzida quer na cooperação (mais ou menos institucionalizada) entre duas (ou mais) jurisdições, quer no recurso ao direito comparado, quer na referência cruzada a decisões constitucionais estrangeiras, quer no reconhecimento da jurisprudência constitucional dos Estados pelo TEDH e pelo TJUE.

⁹⁰⁷ Procurando explicar as razões que levam determinados sistemas jurídicos a serem mais recetivos a esta realidade, cf. Luís Roberto BARROSO, «Here...», cit., pp. 343 e ss..

⁹⁰⁸ Cf. HIRSCHL, «From Comparative Constitutional Law...», cit., p. 1.

⁹⁰⁹ Cf. também SLAUGHTER, «Typology...», cit., pp. 133 e s., 136.

sob pena de se assistir à respetiva paralisia⁹¹⁰. Na verdade, a proliferação de jurisdições constitucionais tem dado origem a uma pluralidade de visões interpretativas sobre os direitos. Enquanto a sua consideração isolada, ao invés de contribuir para o desenvolvimento constitucional, pode determinar o fechamento dos sistemas sobre si e a desvalorização das mutações exteriores, a abertura ao diálogo fomenta a evolução dos próprios textos constitucionais, reconstituídos através da partilha da tarefa interpretativa, enquanto parcela mais ampla do problema da realização jurisdicional da Constituição. Para a utilidade deste diálogo contribui a natureza eminentemente controversa da interpretação das normas consagradoras de direitos, resultado direto das respetivas abertura e indeterminação⁹¹¹.

Não obstante reconhecermos as significativas vantagens resultantes da comparação jurídica e do diálogo judicial global, não ignoramos que o método expõe os tribunais a desafios consideráveis e comporta certos perigos. Algumas das perplexidades decorrem já da hipercomplexidade dos atuais sistemas jurídicos e não constituem um problema específico do método comparativo ou da comunicação transjudicial: atente-se, *v. g.*, nas questões atinentes à relação entre o direito internacional e o direito interno, ou à execução por tribunais nacionais de sentenças proferidas por tribunais internacionais ou europeus. Além disso, as relações entre as diversas jurisdições podem, por vezes, crispar-se e reconduzir-se mais ao confronto que ao diálogo, pelo que parece não fazer muito sentido a celebração (*acrítica e à outrance*) de um «constitucionalismo irénico», *i. e.*, um constitucionalismo dirigido à saudação candidamente otimista do triunfo dos direitos fundamentais, graças à atuação dos tribunais – mesmo que oriundos de diversos quadrantes⁹¹². Todavia, as

⁹¹⁰ Marcelo NEVES, «(Não) Solucionando Problemas...», cit., pp. 208 e 211. O Autor não deixa, contudo, de enfatizar que as referidas “pontes de transição” não assumem apenas uma vertente cooperadora, mas podem ser também contenciosas; por esse motivo, Marcelo NEVES (*Op. cit.*, pp. 214 e s.) acentua a diferença entre o transconstitucionalismo e o diálogo (designadamente, o diálogo judicial), constituindo este apenas uma parcela incluída naquele.

⁹¹¹ *V. também* McCrudden, «Common Law...», cit., p. 500.

⁹¹² Cf. LUCIANI, «Costituzionalismo...», cit., ponto 5, e exemplos apresentados (ns. 83 e 84), e ponto 6. Deve-se a este Autor a contraposição entre «constitucionalismo irénico» (típico da mais arregada doutrina do constitucionalismo multinível, e com o sentido explicitado no texto) e «constitucionalismo polémico» (enquanto constitucionalismo que “se mede com os poderes”). Naturalmente, e como ressalta McCrudden («Common Law...», cit., pp. 517 e ss.) a invocação bem-sucedida de precedentes oriundos de jurisdições de outros Estados (e, por conseguinte, o cumprimento da função «persuasiva» do precedente) depende de um conjunto de fatores: *inter alia*, proximidade dos regimes políticos, comunidade a que se dirige (audiência relevante), existência de alianças ou projetos políticos comuns, necessidade de preencher um vazio temporário de solução jurisprudencial nacional, compreensão da constituição, estrutura constitucional, teorias da interpretação, ou percepção da competência do tribunal estrangeiro na matéria em causa.

dificuldades mais acentuadas emergem dos “*empréstimos constitucionais*”⁹¹³ ou “*transplantes normativos*”⁹¹⁴ malsucedidos, também designados como “*contrabandos jurídicos*”⁹¹⁵, enquanto metáforas para a mera *transferência* de figuras, institutos ou princípios originários de uma cultura e sistema jurídicos para outro ordenamento que lhes é refratário, em virtude das suas especificidades sociais, políticas, económicas, mundividenciais e mesmo jurídicas⁹¹⁶. A forma de solucionar estas questões passará por compreender que a comparação e o diálogo exigem como método a reflexão dialógico-analógica⁹¹⁷ e não têm necessariamente de (*rectius*, não devem) produzir um efeito uniformizador, mas, pelo contrário, podem (devem) apontar para um efeito multiplicador de índole enriquecedora, viabilizando, assim, uma organização global dos discursos jurídico-normativos que, mesmo quando estrutural ou conceptualmente

⁹¹³ V., por exemplo, TUSHNET, «Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law», in: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n.º 2, vol. 1, 1998, pp. 325 e ss.; EPSTEIN/KNIGHT, «Constitutional Borrowing and Nonborrowing», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2, vol. 1, 2003, pp. 196 e ss..

⁹¹⁴ A matéria dos *legal transplants* (que traduzimos, na senda de Suzana Tavares da SILVA, *Direitos...*, cit., pp. 18 e ss., esp.º 24 e s., de modo não literal, como transplantes normativos) deve-se, no essencial, à elaboração dogmática da doutrina anglo-saxónica, embora não exista unanimidade quanto à figura: cf., v. g., o estudo clássico de WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.ª ed., University of Georgia Press, Athens/London, 1993, e a posição totalmente discordante de LEGRAND, «The Impossibility of “Legal Transplants”», in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 111 e ss.. Como decorre do texto, o facto de não concebermos os transplantes normativos como simples transposições de enunciados textuais de um ordenamento para outro (transplantes legais *proprio sensu*), mas antes como uma metáfora para exprimir a interpenetração de institutos e princípios entre culturas e sistemas, permite superar as críticas de Legrand e responder a algumas propostas do Autor (*Op. cit.*, pp. 116 e ss.).

⁹¹⁵ Fernando José BRONZE, “*Continentalização*” do Direito Inglês ou “*Insularização*” do Direito Continental: *Proposta para uma Reflexão Macro-Comparativa do Problema*, Suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 22, 1982, p. 104, n. 313, e «O Direito...», cit., p. 445.

⁹¹⁶ Pense-se no que sucedeu com a tentativa de introdução do *Code Civil* napoleónico no Japão (cf. Marnoco e SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3.ª ed., França Amado, Coimbra, 1910, p. 10), ou com o empréstimo, após a I Guerra Mundial, do sistema norte-americano de proteção das minorias à Constituição polaca de 1921 (sobre este tema, v. OSIATYNSKI, «Paradoxes of Constitutional Borrowing», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2, vol. 1, 2003, pp. 262 e s.), ou ainda com os transplantes do direito norte-americano no direito constitucional da Europa do leste nos anos ’90 do século XX (sobre esta questão, cf. MERTUS, «From Legal Transplants to Transformative Justice: Human Rights and the Promise of Transnational Civil Society», in: *American University of International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 1382).

Sobre os defeitos que podem atingir as comparações, v. a expressiva e original imagem e respetiva explicitação de Fernando José BRONZE, «A Problemática da Reflexão Jus-Comparatística (Uma Rápida Visita, ou... Algumas Notas para o Roteiro de uma Peregrinação)», in: *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 396 e ss.. A ideia de que a evolução das instituições obedece a uma «lei do ambiente» – a demandar que aquelas se conformem com as necessidades da sociedade à qual se dirigem – já havia sido aflorada, entre nós, por Marnoco e SOUZA (*História...*, cit., pp. 9 e s.), na sequência das propostas de D’AGUANNO (*La Genesi e l’Evoluzione del Diritto Civile seconda le Risultanze delle Scienze Antropologiche e Storico-Sociali con Applicazioni Pratiche al Codice Vigente*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1890, esp.º pp. 118 e ss., sobre as “leis que governam a vida do direito”).

⁹¹⁷ Cf., entre nós, paradigmaticamente, Fernando José BRONZE, «A Problemática...», cit., pp. 410 e s., e «O Direito...», cit., p. 431.

distintos, assumem um propósito comum (*in casu*, a proteção dos direitos humanos)⁹¹⁸. Neste sentido, e parafraseando Fernando José Bronze⁹¹⁹, a tarefa comparatista necessita sempre que o jurista (em qualquer das suas vestes) se assuma como “visitante crítico de outras realidades normativas”, empenhado em compreender distintos horizontes socioculturais e prático-normativos, de molde a conciliar a “assimilação do *alienum*” com a “projectão do *proprium*”. Ou, se quisermos mobilizar a síntese de Marnoco e Souza⁹²⁰, “[l]eis excellentes para um povo, podem ser más para outro”⁹²¹.

3.3. *Global judicial review*: em especial, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Num certo sentido, a *global judicial review* resulta já da *judicial dialogue* e da postura transnacional adotada pelos tribunais constitucionais nacionais e que pode (poderá?) contribuir, eventualmente, para minorar os efeitos da natureza fragmentária do direito (e das jurisdições) decorrente da globalização⁹²². Neste momento, pretendemos, contudo, olhar o conceito sob a ótica da emergência de tribunais que constituem instituições de organizações internacionais ou supranacionais (beneficiárias da alienação de parte da soberania estadual) e que, enquanto tal, mobilizam contributos normativos que não só provêm de várias origens nacionais, como sobretudo se encontram para

⁹¹⁸ Em termos parcialmente similares, cf. já LEGRAND, «The Impossibility...», cit., pp. 123 e s..

⁹¹⁹ Fernando José BRONZE, «A Problemática...», cit., pp. 398 e s., e 403.

⁹²⁰ Marnoco e SOUZA, *História...*, cit., p. 10.

⁹²¹ Não andarás muito longe desta perspetiva a reconstrução sociológica do conceito de «glocalização». Como acentua ROBERTSON [«Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity», in: FEATHERSTONE/LASH/ROBERTSON (eds.), *Global Modernities*, Sage, London, 1995, pp. 25 e ss., esp.¹⁶ pp. 28 e ss.], a noção tem na sua génese o conceito japonês de *dochakuka* (que consubstancia o princípio oriundo da agricultura segundo o qual se devem adaptar as técnicas agrícolas às condições locais), mas depressa passou a integrar o léxico da economia e do *marketing*, designando a necessidade de adaptação da produção e da publicidade dos produtos e serviços fornecidos e prestados a nível global/mundial às características específicas dos mercados locais. A utilização deste conceito pela sociologia implica uma retematização dos confrontos (ou das contraposições) entre universal e particular, entre homogeneidade e heterogeneidade, e uma articulação ou interpenetração (e não uma oposição) entre globalização e localização. Transpondo para o nosso universo problemático, trata-se de enfatizar a ideia de que a convocação de experiências jurídicas (*lato sensu*) estrangeiras se revelará profícua enquanto (e na medida em que) se compatibilizar com as especificidades dos sistemas jurídicos de destino.

⁹²² Conferindo este sentido à *global judicial review*, v. GINSBURG, «Constitutional Courts», cit., p. 252. Sobre as relações do instituto com a fragmentariedade, v. BENEDETTI, «Global Judicial Review: A Remedy Against Fragmentation?», in: CANANEIA/SANDULLI (ed.), *Global Standards for Public Authorities*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 177 e ss..

além das normas dos Estados nacionais⁹²³, podendo, em certos casos, assumir competência para apreciar a legitimidade das decisões destes últimos, num exercício muito especial de afirmação de prioridades normativas e de diálogo interjudicial⁹²⁴. No campo que nos ocupa, afirma-se, cada vez mais, que os tribunais assumem o papel de protagonistas no contexto jurídico global⁹²⁵ e que a função constitucional é desempenhada por juízes não nacionais, chamados à definição (vertical) do relacionamento entre as várias ordens jurídicas e à integração (horizontal) dos vários sistemas de regulação setorial – e que, no final, permitem o desenvolvimento de um conjunto de princípios comuns, como sucede justamente com a proteção dos direitos fundamentais⁹²⁶. Numa palavra, e independentemente da tendência para a jusfundamentalização do discurso também na arena internacional, não só existem jurisdições especificamente vocacionadas para a defesa dos direitos fundamentais – de que é exemplo privilegiado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem –, como ainda a assunção progressiva da garantia dos direitos por organizações cuja vocação inicial a ela não se reconduzia leva a que os respetivos tribunais passem a assumir funções de controlo nesta matéria – como acontece com as instâncias jurisdicionais europeias, em especial, após a adoção da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Assim, e sem prejuízo da manifestação de outras experiências⁹²⁷, o sistema europeu de *proteção multinível de direitos* constitui um exemplo paradigmático desta realidade – intrinsecamente marcado pela internormatividade, pela presença (coexistência) de ordens jurídicas autónomas, e pela assunção de uma pretensão muito significativa de aplicação universal. Na verdade, a ideia de *global judicial review* encontra uma conexão muito especial com a emergência de

⁹²³ Cf. KOCH JR., «Judicial Review and Global Federalism», in: *Administrative Law Review*, vol. 54, 2002, p. 502.

⁹²⁴ Cf. URUEÑA HERNANDEZ, «Global Administrative Law and the Global South», in: CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Elgar, Cheltenham/Southampton, 2016, p. 404.

Não se trata, aliás, de um fenómeno específico dos direitos fundamentais; diversamente, a sobrevivência de um conjunto de ordenamentos internacionais depende da existência de estruturas jurisdicionais que fiscalizem a conformidade das decisões nacionais com determinadas normas: eis o que sucede, por excelência, no âmbito económico, designadamente com as decisões de certos órgãos da Organização Mundial do Comércio ou instituídas no âmbito do NAFTA. Cf., v. g., HALBERSTAM, «Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World», in: DE BÜRCA/WEILER (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 153 e ss..

⁹²⁵ FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 560.

⁹²⁶ CASSESE, «La Funzione Costituzionale dei Giudici Non Statali: Dallo Spazio Giuridico Globale all'Ordine Giuridico Globale», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2007, pp. 609 e ss..

⁹²⁷ Um primeiro nível de vocação universalizante encontramos-lo, por exemplo, na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se caracteriza pela conjugação das várias experiências jurídico-normativas estaduais e/supranacionais e, sobretudo, pela interiorização das *rationes decidendi* dos tribunais com os quais argumentativamente dialoga. É também esta a percepção subjacente à posição de CAROZZA, «“My Friend...”», cit., p. 1034.

um verdadeiro *ius commune* dos direitos humanos na Europa – uma metáfora histórica⁹²⁸ que, relevando da existência de um substrato axiológico comum, pretende traduzir a articulação entre a proteção transnacional oferecida pelos organismos regionais-europeus de proteção dos direitos e a tutela oferecida pelas diversas constituições nacionais e pelas decisões da Justiça Constitucional dos Estados. Este *ius commune* assoma, de um modo muito particular, da conjugação entre os instrumentos normativos e jurisprudenciais de proteção dos direitos oriundos do Conselho da Europa (CEDH e TEDH) e da União Europeia (CDFUE e Tribunal de Justiça). A circunstância de estas ordens jurídicas serem dotadas de autonomia (e, neste sentido, se não encontrarem integradas, desde logo, numa estrutura unitária) exige das jurisdições um trabalho acrescido de lançar pontes (ou, na conhecida expressão de Cassese, de estabelecer *passerelles*) entre elas, conferindo ao juiz a tarefa de criar um tecido normativo suscetível de mobilização para a decisão dos casos concretos⁹²⁹.

No que tange ao Conselho da Europa, impõe-se sublinhar que a CEDH⁹³⁰ veio dar resposta, no espaço europeu, à necessidade de criação de um catálogo de direitos fundamentais, dotando os Estados europeus⁹³¹ de um *Bill of Rights* transnacional; na verdade, e ao contrário do que sucederia com as nascentes Comunidades Europeias (recorde-se que as assinaturas do Tratado instituidor

⁹²⁸ A metáfora (com o sentido explicitado no texto) pertence a CAROZZA, «“My Friend...”», cit., p. 1040. Utilizando uma expressão similar (a propósito da proteção institucional oferecida no seio do Conselho da Europa), v. SALVIA, «L’Elaboration d’un “Ius Commune” des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales dans la Perspective de l’Unité Européenne: L’Œuvre Accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l’Homme», in: MATSCHER/PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda* | *Protection des Droits de l’Homme: Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymann, Köln, 1988, pp. 555 e ss.. Considerando já que a proteção dos direitos humanos a nível europeu (pelo Tribunal de Justiça e pelo TEDH) representa uma manifestação de duas tendências atuais – o constitucionalismo e o transnacionalismo –, v. CAPPELLETTI, «Nécessité...», cit., pp. 653 e ss..

⁹²⁹ CASSESE, «La Funzione...», cit., *passim*; na ausência de um direito global (que seria caracterizado pela unidade e não pela fragmentariedade das ordens, e pela continuidade e não pela contiguidade de sistemas autónomos), o Autor refere, concretamente, a importância da criação, *por via judiciária*, de uma ordem jurídica global, embora, em simultâneo, lhe reconheça algumas debilidades.

⁹³⁰ Que teve a particularidade de constituir um tratado multilateral dirigido (não, como habitualmente, a disciplinar relações jurídicas internacionais, mas antes) a regular situações internas dos Estados signatários, consubstanciando agora a ordenação jurídica *de fonte internacional* das mesmas: nestes termos e refletindo sobre esta especificidade, v. Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., pp. 102 e ss..

⁹³¹ Esta particularidade justifica que, não obstante a universalidade dos direitos protegidos pela CEDH, o cumprimento das suas normas se possa circunscrever aos Estados contratantes (e aos respetivos territórios?) – como, aliás, o TEDH já assinalou: cf. Decisão sobre a admissibilidade «Banković e outros/Bélgica e outros», de 12.12.2001, Rec. 52207/99, § 80 (explicitando a posição emergente do Acórdão «Chipre/Turquia», de 10.05.2001, Rec. 25781/94, § 78). Sobre os problemas resultantes da aplicação extraterritorial da CEDH e os respetivos limites, cf., v. g., WILDE, «Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights», in: *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2005, pp. 739 e ss., esp.¹⁶ pp. 792 e ss.; MILANOVIC, *Extraterritorial Application...*, cit., pp. 21 e ss. (sobre as deficiências que um conceito estrito de «jurisdição» pode importar na diminuição da tutela dos direitos fundamentais, e propondo uma conceção alternativa).

da CECA e da CEDH ocorrem com um intervalo de cerca de cinco meses) – dotadas, nesta altura inicial (e por um período que se prolongou demasiado⁹³²), de objetivos precipuamente económicos –, o Conselho da Europa detinha já órgãos com competências no âmbito da proteção dos direitos.

Com efeito, embora concebido como uma resposta aos totalitarismos que haviam mergulhado a Europa na Segunda Grande Guerra, o projeto da construção europeia através da criação das três Comunidades Europeias teve, no seu início, uma índole especificamente económica (assim traduzida nos tratados), em termos distintos do que sucedeu com a criação do Conselho da Europa (o berço da CEDH), dotado (desde as suas raízes) de uma vocação vincadamente jusfundamental. Ainda assim, foi bastante cedo que se reconheceu revestirem os direitos fundamentais a natureza de “princípios gerais de direito comunitário” e se assumiu a importância da CEDH na interpretação dos direitos efetuada pelas instâncias comunitárias⁹³³. Esta evolução culminou na receção, *expressis verbis*, da Convenção pelo n.º 3 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, e com a aprovação da CDFUE (e a sua equiparação, em termos de valor jurídico, aos Tratados – cf. artigo 6.º, n.º 1, do TUE). Um tal avanço representou um aprofundamento da tutela dos direitos fundamentais no contexto da União, e traduziu uma “elevação” da cidadania europeia, de início tendencialmente circunscrita à garantia das liberdades e do princípio da igualdade, na vertente de não discriminação em razão da nacionalidade, e agora voltada para o reconhecimento de pertença

⁹³² Assim, Moura RAMOS, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 968.

⁹³³ Cf. os Acórdãos seminais «Erich Stauder/Cidade de Ulm – Sozialamt», de 12.11.1969, P. 29/69, § 7 (sobre a integração dos direitos fundamentais nos “princípios gerais de direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal”), e «Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel», de 17.12.1970, P. 11/70, § 4 (salientando que a salvaguarda dos direitos fundamentais “deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade”). Numa articulação entre as “tradições constitucionais comuns aos Estados-membros” e os “instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboram ou a que aderiram” (os quais “podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário”), cf. Acórdão «J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung/Comissão das Comunidades Europeias», de 14.05.1974, P. 4/73, § 13. V. ainda «Roland Rutili/Ministro do Interior», de 28.10.1975, P. 36/75, § 32 (invocando diretamente a CEDH para a densificação dos limites à invocação da ordem pública como fundamento das restrições nacionais às liberdades comunitárias), e «Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary», de 15.05.1986, P. 222/84, § 18 (sobre o relevo da CEDH neste horizonte). V. também Acórdãos *ERT*, cit., § 41; «Friedrich Kremzow/Republik Österreich», cit., § 14; «Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich», de 12.06.2003, P. C112/00, § 71; «Ordre des barreaux francophones et germanophone e outros/Conseil des Ministres», de 26.06.2007, P. C305/05, § 29.

a uma determinada comunidade de direito, também unificada em torno da proteção jusfundamental⁹³⁴.

A Carta e a Convenção constituem, ademais, instrumentos interdependentes, na medida em que, como a própria União reconhece, aquela confirma os direitos fundamentais garantidos por esta, assim como os resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros⁹³⁵. A recente questão jurídica sobre a adesão da União Europeia à CEDH⁹³⁶ exterioriza, com total nitidez, a filigrana que entretece a tutela dos direitos fundamentais no contexto europeu e, muito especialmente, as dificuldades suscitadas pela articulação entre as jurisdições nacionais e supranacionais nesta matéria.

A par e em complemento deste(s) cruzamento normativo(s), quer o sistema emergente da CEDH, quer o direito da União Europeia possuem, *no plano institucional*, mecanismos típicos da *global judicial review*. Com o propósito de assegurar o cumprimento dos compromissos resultantes da CEDH, foi criado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com competência para, com eficácia vinculativa, apreciar todas as questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção e dos respetivos Protocolos, recebendo petições apresentadas pelos Estados (assuntos interestaduais) ou pelos particulares e organizações não governamentais que se considerem vítimas da violação dos direitos por qualquer Parte Contratante (petições individuais)⁹³⁷. No contexto

⁹³⁴ Cf. também HALTERN, «On Finality», cit., p. 230; KIRCHHOF, «Der Deutsche Staat...», cit., p. 307. Trata-se de um caminho que surge primeiramente percorrido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que atinge o clímax com a Carta dos Direitos Fundamentais e que se vem desenvolvendo paulatinamente nos arestos proferidos por aquela Alta Instância.

⁹³⁵ Cf. a *Declaração sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Declaração 1. anexa à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa.

⁹³⁶ Na sequência das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, o n.º 2 do artigo 6.º do TUE veio prever expressamente que “a União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”. O Protocolo n.º 8 vem densificar esta previsão normativa com disposições destinadas, sobretudo, a salvaguardar as especificidades do direito europeu, exigindo que o acordo inclua cláusulas que preservem as características próprias da União e do respetivo ordenamento jurídico, não afete as suas competências e as atribuições das suas instituições, e não contenda com o artigo 344.º do TFUE (preceito que impede os Estados-Membros de submeterem qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos). Os mesmos desígnios presidiram à *Declaração ad n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia*, cuja primeira parte refere que “a Conferência acorda em que a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União”.

⁹³⁷ Cf. artigos 19.º e seguintes da CEDH, na redação introduzida pelos Protocolos n.ºs 11 e 14. Existem, naturalmente, limites decorrentes à submissão dos litígios ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (cf. artigo 35.º da CEDH). Desde logo, e em conformidade com os ditames do princípio da subsidiariedade, aquela Alta Instância intervém tão-só após a exaustão das vias de recurso internas, em conformidade com os ditames do princípio da subsidiariedade; por outro lado, e quando está em causa uma petição individual, exige-se, para além da violação do(s) direito(s), a existência de um prejuízo significativo sofrido pelo autor da petição (salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na

da arquitetura jurisdicional da União Europeia – encimada pelo Tribunal de Justiça – e da panóplia de meios processuais previstos pelos Tratados, destaca-se, ao lado dos processos dirigidos a aquilatar da validade dos atos das instituições europeias, o reenvio prejudicial como um instrumento paradigmático da articulação entre tribunais, dirigido a acentuar a supremacia do Tribunal de Justiça [ou, no mínimo, a exclusividade da sua competência para a interpretação (*latissimo sensu*) do direito da União Europeia]: além de constituir um dos arrimos fundamentais do princípio da efetividade do sistema jurídico europeu (na medida em que propicia uma aplicação harmonizada dos respetivos princípios e normas), o reenvio consubstancia um exemplo importante do diálogo interjurisdicional e da *global judicial review*⁹³⁸.

É neste contexto normativo e institucional que o Tribunal de Justiça da União Europeia se vai assumir⁹³⁹, no *plano substantivo*, como um dos elementos estruturantes da garantia dos direitos em redes transnacionais⁹⁴⁰. Eis-nos diante de um aspeto que só surpreenderá quem ignorar que um dos momentos lapidares do surgimento do direito constitucional global se reconduz justamente a um caso julgado por aquela instituição. O Tribunal de Justiça vem enfatizando a centralidade que os direitos fundamentais assumem no exercício da sua tarefa, nomeadamente no que tange ao controlo da legalidade dos atos comunitários, considerando que se revela inadmissível a vigência de quaisquer medidas incompatíveis com aqueles direitos⁹⁴¹ – o que importa, como consequência, o reconhecimento de que os direitos

Convenção e nos respetivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno).

⁹³⁸ Neste sentido, também FERRARESE, «Globalizzazione...», cit., p. 558. Para uma perspetiva muito interessante do diálogo a estabelecer entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional português com o propósito de assegurar a unidade do ordenamento comunitário, v. Cardoso da COSTA, «O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1376 e ss.; adotando uma posição similar, cf. Alves CORREIA, *Justiça...*, cit., pp. 180 e s..

⁹³⁹ Num processo progressivo: cf., entre nós, a iluminadora síntese de Moura RAMOS, «A Carta...», cit., pp. 968 e ss..

⁹⁴⁰ BIGNAMI, «Individual Rights...», cit., p. 634. Ainda que nem sempre a doutrina se revele tão otimista quanto à *ratio* subjacente à defesa dos direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça, considerando que a mesma constituiu um pretexto para invadir domínios anteriormente incluídos no âmbito dos tribunais nacionais e, deste modo, para expandir a aplicação do direito europeu e, concomitantemente, o âmbito da sua própria jurisdição: assim, COPPEL/O'NEILL, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», in: *Legal Studies*, n.º 2, vol. 12, julho 1992, p. 227.

⁹⁴¹ V. Acórdão «Hubert Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft», de 13.07.1989, P. 5/88, §§ 18 e seguinte – suma posição recuperada e explicitada em jurisprudência constante: cf., v. g., Acórdãos «Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE e Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas e Nicolaos Avdellas e outros» (ERT), de 18.06.1991, P. C-260/89, § 41; «Friedrich Kremzow/Republik Österreich», de 29.05.1997, P. C-299/95, ponto 14; «Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Republik Österreich», cit., § 73.

fundamentais (inspirados nas tradições constitucionais dos Estados-membros e nos instrumentos internacionais de proteção aos quais os Estados-membros aderiram, em especial, a CEDH) incorporam o *rule of law* europeu⁹⁴². E esta afirmação assume uma importância tão decisiva que, nos termos do Acórdão *Kadi* de 2008⁹⁴³ – pra(gma)ticamente marcado pela luta antiterrorismo e dogmaticamente decisivo no plano das relações entre o direito internacional e o direito europeu⁹⁴⁴ –, nem mesmo as obrigações jurídico-internacionais podem justificar a violação dos direitos fundamentais. Quer dizer, no confronto entre o ordenamento jurídico-internacional e o sistema jurídico europeu, o Tribunal de Justiça assume-se como *a* instância responsável pela garantia da tutela jusfundamental da União, ainda quando tal possa implicar a anulação de normas europeias destinadas a implementar resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Embora o Tribunal apresente sempre o cuidado em salientar que não fiscaliza (por extravasar, naturalmente, o seu âmbito de jurisdição) a juridicidade de atos internacionais, nem mesmo no que tange à eventual violação de *ius cogens*⁹⁴⁵, a verdade é que, na prática, a tarefa do juiz europeu se volve numa autêntica realização dos direitos a nível global, visando desenvolver mecanismos autónomos de garantia da sua efetividade, no patamar de proteção assegurado pelos

⁹⁴² Cf. também WIENER/LANG JR./TULLY/MADURO/KUMM, «Global Constitutionalism...», cit., p. 1.

⁹⁴³ Acórdão «Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias», de 03.09.2008, Ps. 402/05 e 415/05, esp.^{te} §§ 285, 303 e seguintes, 316 e seguintes. Sem prejuízo das várias questões versadas, este aresto reporta-se à apreciação da validade de atos normativos europeus destinados a implementar várias resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que impunham aos Estados o congelamento dos fundos e outros recursos financeiros que fossem propriedade dos talibãs, da organização Al-Qaida ou de Osama Bin-Laden, ou por estes (direta ou indiretamente) controlados. O recurso de anulação daqueles atos fundamentava-se no facto de estes atentarem contra os direitos fundamentais dos cidadãos e das empresas concretamente afetados pelas medidas, em particular, nos seus direitos de audição.

O problema já tinha constituído objeto de um aresto do Tribunal de Primeira Instância, que (se quisermos simplificar em muito a complexidade) decidira em sentido diverso, declinando a sua competência para apreciar, ainda que de forma indireta ou incidental, a validade de um ato do Conselho de Segurança (Acórdão «Yassin Abdullah Kadi/Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias», de 21.09.2005, P. T-315/01, esp.^{te} §§ 176 e seguintes).

Para uma elucidação dos processos *Kadi*, cf., por todos, FONTANELLI, «Kadiou: Connecting the Dots – From Resolution 1267 to Judgement C-584/10 P: The Coming Age of Judicial Review», in: AVBELJ/FONTANELLI/MARTINICO (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Oxon/New York, 2014, pp. 7 e ss..

⁹⁴⁴ Numa atitude – coerente com todas as orientações seguidas, ao longo dos tempos, pelo Tribunal de Justiça – de afirmação clara da autonomia e da supremacia (senão mesmo de superioridade) do direito europeu: sobre esta questão, v. a original análise de EECKHOUT, «Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC», in: *European Journal of International Law Talk!*, 2009, disponível em <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/> (note-se que o Autor expressamente assume que integrava a equipa de defesa de Yassin Kadi).

⁹⁴⁵ Acórdão «Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias», cit., §§ 286 e seguinte, e 314.

instrumentos normativos da União – solidificando a (auto-)compreensão desta última como “ator internacional virtuoso” e a “prioridade constitucional” do direito europeu⁹⁴⁶, bem como fortalecendo a sua legitimação e a sua fundamentação ética através dos direitos fundamentais⁹⁴⁷. Eis-nos diante de um aspeto que não pode deixar de suscitar questões adicionais (que apenas aqui enunciamos), relacionadas com o próprio sentido da integração europeia, que cada vez mais se aproxima de uma ordem jurídico-constitucional, com as finalidades próprias do constitucionalismo moderno, designadamente no que tange à tutela dos direitos fundamentais.

A evolução decorrente deste processo significa igualmente, olhando para o reverso da medalha, que o alcance global assumido pelos (diversos) mecanismos de protecção dos direitos humanos manifesta uma atitude de desafio perante estratégias defendidas por outros agentes (estaduais ou não estaduais) da cena internacional e abalam, com frequência, as posições dominantes⁹⁴⁸. Na verdade, e por um lado, o Acórdão *Kadi* de 2008 teve por efeito uma revisão das *smart sanctions* pelo Conselho de Segurança, justamente com o propósito de assegurar o respeito pelos direitos fundamentais procedimentais que tinham levado ao juízo de censura por parte do Tribunal de Justiça. Todavia, e por outro lado, também não se revela absolutamente indiferente que, ainda no contexto do caso *Kadi*, mas em aresto posterior (de 2013)⁹⁴⁹, o Tribunal de Justiça haja salientado que a fiscalização da validade dos atos europeus de implementação de resoluções do Conselho de Segurança “tem apenas por intuito assegurar a conformidade necessária da aplicação das resoluções do Conselho de Segurança na União com os princípios fundamentais do direito da União. Mais especificamente, esta fiscalização contribui para que seja alcançado um equilíbrio entre

⁹⁴⁶ Assim, mas numa perspectiva crítica, DE BÚRCA, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», in: *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 3 e 7 (23 e s.), respectivamente.

⁹⁴⁷ Sobre a mobilização dos direitos fundamentais e, em especial, a emanação da Carta dos Direitos Fundamentais como fatores de legitimação da União, cf. as perscrutantes observações de HALTERN, «On Finality», cit., pp. 219 e s..

⁹⁴⁸ Tal como pressupõem as doutrinas do *contested multilateralism*: cf., por todos, MORSE/KEOHANE, «Contested Multilateralism», in: *The Review of International Organizations*, n.º 4, vol. 9, 2014, pp. 385 e ss.; no contexto da explicitação do *institution-led regime shifting* (um dos tipos de *contested multilateralism*) os Autores referem expressamente o exemplo do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando desafia a política anti-terrorista das Nações Unidas, tornando-se num elemento-chave para a compreensão dos mecanismos globais de luta contra o terrorismo (*Op. cit.*, pp. 392, 394 e ss).

⁹⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça «Comissão Europeia e outros/Yassin Abdullah Kadi», de 18.07.2013, Ps. C-584/10, C-593/10 e C-595/10 (a transcrição do texto pertence ao § 87); para compreender a sequência de acontecimentos ocorridos após a prolação do Acórdão «Kadi» de 2008, v. §§ 27 e seguintes. Este Acórdão foi proferido em sede de recurso do Acórdão do Tribunal Geral «Yassin Abdullah Kadi/Comissão Europeia», de 30.09.2010, P. T-85/09.

os imperativos de paz e de segurança internacionais, por um lado, e a proteção dos direitos fundamentais, por outro”. O repto ao sistema sancionatório das Nações Unidas sobe de tom, e a Corte do Luxemburgo continua a pretender o papel de jurisdição global de direitos humanos, impedindo (no mínimo) a aplicação pelos Estados europeus das resoluções do Conselho de Segurança, embora não deixando de, em última análise, defender os mesmos direitos e com a mesma intensidade pressuposta pela ordem jurídica internacional⁹⁵⁰.

Esta vocação globalizante do TJUE encontra respaldo também no confronto com os tribunais nacionais (incluindo os tribunais constitucionais). Ainda que nem sempre se revele este relacionamento, poderemos afirmar que, em matéria de direitos fundamentais, o reconhecimento do nível de proteção tendencialmente assegurado pelo direito europeu permite alguma pacificação. Eis o que resulta hoje da célebre jurisprudência *Solange II* e das posteriores decisões complementadoras⁹⁵¹ do *Bundesverfassungsgericht*, transposta para a *Grundgesetz* (cf. artigo 23.º, n.º 1) e hoje já seguida por outros Estados⁹⁵², a qual se encontra, de certo modo, subjacente ao sentido do artigo 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Tal significa que a *global judicial review* também se afirmará pela via do reconhecimento do nível mais elevado de proteção garantido pelos sistemas jurídicos nacionais, reforçando uma relação de cooperação e, sobretudo,

⁹⁵⁰ Saliendo justamente que o processo *Kadi*, mais que desafiar a ordem jurídica internacional, interioriza os objetivos dessa ordem, no que à defesa de direitos humanos concerne, cf. YANG, «Constitutional Dimensions of Administrative Cooperation», in: AVBELJ/FONTANELLI/MARTINICO (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Oxon/New York, 2014, pp. 176 e s..

⁹⁵¹ Desde o Acórdão *Maastricht* (1993) ao Acórdão *Bananenmarktordnung* (2000) e, mais tarde, ao Acórdão *Lissabon* (2009) – cf., v. g., HOFMANN, «Zurück zu Solange III!...», cit., *passim*; numa perspectiva de síntese, SABEL/GERSTENBERG, «Constitutionalising an Overlapping Consensus...», cit., pp. 517 e s.; em termos monográficos, OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht und Europa: Von Solagen über Maastricht zu Lissabon und Euro-Rettung*, 5.ª ed., Nomos, 2014.

⁹⁵² Cf. o primeiro parágrafo do artigo 6 do Capítulo 10 do *Regeringsformen* (Instrumento de Governo) – um dos quatro diplomas que compõem a Constituição da Suécia [a par da *Successionsordningen* (Lei de Sucessão), da *Tryckfrihetsförordningen* (Lei de Liberdade de Imprensa) e da *Yttrandefrihetsgrundlagen* (Lei Fundamental sobre Liberdade de Expressão)]. Aquele preceito destina-se a enquadrar os limites à transferência de poderes no âmbito da cooperação europeia, estabelecendo, como condição para essa transferência, que esteja assegurada a proteção dos direitos e liberdades num nível correspondente ao constante do próprio Instrumento de Governo e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. V. a versão oficial em língua inglesa *The Constitution of Sweden: The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Sveriges Riksdag, Stockholm, 2016 (disponível em <http://www.riksdagen.se/en/SysSiteAssets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf/>). Sobre a aceitação da doutrina *Solange* pela Constituição da Suécia, cf., com referências bibliográficas e jurisprudenciais, GRABENWARTER, «National Constitutional Law Relating to the EU», in: BOGDANDY/BLAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed., Hart/Beck/Nomos, Oxford/München, 2010, p. 88.

Parece inclinar-se também neste sentido a leitura substancial que o Tribunal Constitucional espanhol faz da cláusula de integração constante do artigo 93.º da Constituição, o que leva a doutrina a considerá-la como a “versão espanhola de *Solange II*”, num clima de «tolerância constitucional»: nestes termos, ALONSO GARCÍA, «The Spanish Constitution and the European Constitution: The Script of Virtual Collision and Other Observations on the Principle of Primacy», in: *German Law Journal*, n.º 6, vol. 6, 2005, p. 1024.

de confiança⁹⁵³ entre as jurisdições nacionais e europeia – ao bom estilo do sentido último da *europeização* dos ordenamentos⁹⁵⁴.

Também a jurisprudência do TEDH pretende conferir-lhe uma espécie de estatuto de «Super Tribunal Constitucional»⁹⁵⁵ em matéria de direitos fundamentais, em consonância com a conceção que tem da CEDH enquanto “instrumento constitucional da ordem pública europeia”⁹⁵⁶. Não se ignora que a evolução tendencial do sistema de proteção dos direitos humanos conferido pela CEDH aponta no sentido de conceder alguma *deferência* às jurisdições nacionais – ou, nas palavras do recente Protocolo n.º 15⁹⁵⁷, de reconhecer que as Partes Contratantes gozam de uma *margem de apreciação* no que se refere à tarefa de assegurar os direitos consagrados na Convenção, ainda que “ *sob a supervisão* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. A doutrina da *margem de apreciação* ⁹⁵⁸ apresenta uma tradição sólida no contexto da jurisprudência dedicada aos direitos humanos, em particular do TEDH, constituindo um meio para definir as relações entre este e as autoridades estaduais nacionais⁹⁵⁹. Na sua aplicação prática, a concessão de maior ou menor *deferência* aos Estados tem em linha de conta aspetos relacionados com a legitimidade democrática, a prática habitual e presente dos Estados, e a *expertise* ⁹⁶⁰ – o que permite, respetiva e exemplificativamente, *não considerar incompatíveis* com

⁹⁵³ Cf. HOFMANN, «Zurück zu Solange III!...», cit., p. 1223, considerando que a confiança entre o Tribunal de Justiça e os tribunais superiores e/ou constitucionais nacionais representa uma condição indispensável ao desenvolvimento e aprofundamento do processo de integração europeia.

⁹⁵⁴ Enquanto fenómeno que opera igualmente uma *modelação* – ou *mutação* ? – (do sentido) dos textos constitucionais dos Estados europeus (também em matéria de direitos fundamentais), mas que reconhece a importância da preservação e da conservação da capacidade ou qualidade normativa das constituições nacionais. V. também CRUZ-VILLALÓN, «Europeización...», cit., pp. 40 e 44.

⁹⁵⁵ OSSENBÜHL, «Grundsätze...», cit., p. 615.

⁹⁵⁶ Cf., v. g., Acórdão «Loizidou/Turquia (Exceções Preliminares)», de 23.03.1995, Rec. 15318/89, § 75; Acórdão «Al-Skeini e outros/Reino Unido», de 07.07.2011, Rec. 55721/07, § 141 (*instrument constitutionnel de l'ordre publique européenne*).

⁹⁵⁷ Este Protocolo ainda não entrou em vigor, porquanto a sua vigência depende da manifestação de todas as Partes Contratantes em ficarem por ele vinculadas (cf. artigo 7.º). Sobre o estado atual das vinculações, cf. http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=Iq0yNptJ (último acesso em 23.03.2017). O Protocolo n.º 15 foi aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 231/2016 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 101/2016. Cf. também Aviso n.º 48/2017, de 11 de maio.

⁹⁵⁸ Entre a inúmera bibliografia nesta temática, v., sobre as origens da doutrina da *margem de apreciação* como princípio interpretativo das normas da CEDH, v. a síntese de GREER, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?», in: *UCL Human Rights Review*, vol. 3, 2010, pp. 2 e ss.; e, agora com um olhar crítico, designadamente quanto à forma (mais ou menos indeterminada) com que o TEDH aplica o critério da *margem de apreciação* , cf. DELMAS-MARTY, *Le Relatif...*, cit., pp. 66 e ss..

⁹⁵⁹ Cf., v. g., Acórdão «A. e outros/Reino Unido», de 19.02.2009, Rec. 3455/05, § 184.

⁹⁶⁰ Trata-se da posição defendida por LEGG (*The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 69 e ss.) e que aqui seguimos de perto.

a CEDH medidas provenientes de Estados democráticos que, fundamentadas por razões de interesse público, não sejam manifestamente desprovidas de razoabilidade (ou proporcionalidade)⁹⁶¹, ou que se encontrem em conformidade com os critérios desenhados pelo próprio TEDH⁹⁶², admitindo ainda (e em homenagem à ideia de subsidiariedade, mas também, de ponderação e de imparcialidade em sentido objetivo) que as autoridades nacionais dos Estados, por terem um conhecimento direto da situação local, da sociedade e das suas necessidades, estejam em melhores condições de decidir que o juiz internacional (tornando desnecessário, salvo se existirem razões ponderosas, que o TEDH se substitua ao juízo das jurisdições nacionais)⁹⁶³.

Os problemas complexificam-se quando esta jurisprudência – típica de um tribunal constitucional com pretensão de vinculação de todo o espaço europeu (ou, pelo menos, do território de todas as suas Partes Contratantes) a um determinado *standard* de tutela dos direitos – reflete sobre a relação entre a CEDH e o direito da União Europeia, e, especificamente, entre o TEDH e o Tribunal de Justiça. No caso *Bosphorus*⁹⁶⁴, a Corte de Estrasburgo, fazendo, de certo modo, apelo à doutrina *Solange II*, enfrentou diretamente o problema do relacionamento com as instituições da União Europeia no que concerne ao nível de proteção jusfundamental assegurado pelos Estados nacionais. Principiando por assinalar que a CEDH não proíbe a transferência de parcelas da soberania para organizações supranacionais (embora tal transferência nunca pudesse eximir, *in totum*, o Estado-parte do respeito pelas normas da Convenção), o Tribunal entende que as ações estaduais adotadas em cumprimento das obrigações impostas pela pertença a uma organização (supranacional) apenas se justificam *enquanto* se considerar que aquela organização protege os direitos fundamentais (quer sob a perspetiva das garantias oferecidas, quer sob o ângulo dos mecanismos de tutela) num modo que deve ser, no mínimo, *equivalente* (no sentido de *comparável*) ao emergente da

⁹⁶¹ Cf. Acórdão «Janh e outros/Alemanha», de 30.06.2005, Recs. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 116 e 125; utilizando o critério da razoabilidade, mas agora para recusar deferência às autoridades nacionais, cf. Acórdão «Chassagnou e outros/França», de 29.04.1999, Recs. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, §§ 112, 113, 118 e 121.

⁹⁶² Cf. Acórdãos «MGN Limited/Reino Unido», de 18.01.2011, Rec. 39401/04, § 155; «Palomo Sánchez e outros/Espanha», de 12.09.2011, Recs. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, § 57; «von Hannover/Alemanha (n.º 2)», de 07.02.2012, Recs. 40660/08 e 60641/08, § 107.

⁹⁶³ Cf., *v. g.*, Acórdãos «Hatton e outros/Reino Unido», de 08.07.2003, Rec. 63022/97, § 88, e «Janh e outros/Alemanha», *cit.*, § 91.

⁹⁶⁴ Acórdão «Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi/Irlanda», de 30.06.2005, Rec. 45036/98, esp.^{te} §§ 152 e seguintes (aquilo que poderemos designar como cláusula *Solange* encontra-se no § 155; a argumentação específica relativa aos *standards* de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia decorre dos §§ 159 e seguintes).

Convenção; se a organização dispuser, em abstrato, dessa proteção equivalente, presume-se que, quando implementa as obrigações decorrentes da sua qualidade de membro, o Estado não se afastou dos padrões da Convenção, salvo se, no caso concreto, se demonstrar que tal tutela se revelou manifestamente insuficiente.

Repare-se, porém, e no que toca especificamente à relação com o direito da União, que, longe de se conformar com a apreciação do nível de proteção concedido, em abstrato, pela União Europeia (como acontece com a doutrina *Solange*), o TEDH efetua uma avaliação da tutela jusfundamental *concretamente* concedida no caso⁹⁶⁵. Como salienta alguma doutrina⁹⁶⁶, a posição assumida pela Corte de Estrasburgo não briga necessariamente com a unidade pretendida pela integração europeia: ao invés do que sucederia se se admitisse que a validade dos atos da União Europeia fosse apreciada pelos tribunais (mesmo os tribunais constitucionais) dos Estados-membros (o que, consubstanciando entidades territorialmente menores face àquela, importaria o perigo da fragmentação do direito europeu), a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem abrange, *ratione loci*, mais que o território da União. Todavia, se a postura daquele não contende com a unidade territorial desta, não deixa de afetar a sua *autonomia*.

Foi, aliás, este último motivo que esteve na base de uma das objeções principais suscitadas pelo Tribunal de Justiça ao projeto de acordo de adesão da União Europeia à CEDH⁹⁶⁷. Na verdade, a Corte do Luxemburgo considerou que, nos termos daquele projeto, todas as instituições europeias (incluindo o próprio Tribunal de Justiça) ficariam sujeitas ao escrutínio do Tribunal

⁹⁶⁵ Ainda que, no citado caso *Bosphorus*, o Tribunal tenha acabado por concluir que a tutela dos direitos fundamentais por oferecido pela União Europeia seria equivalente à resultante do sistema da CEDH.

⁹⁶⁶ UERPMANN-WITZACK, «The Constitutional Role...», cit., p. 153.

⁹⁶⁷ Cf. Parecer n.º 2/2013, do Tribunal de Justiça, de 18.12.2014, §§ 181 e seguintes.

As posições propugnadas neste Parecer já se encontravam antecipadas no *Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspectos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, adotado em 5 de maio de 2010 (disponível em http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pt_2010-05-21_08-58-24_524.pdf). Incidindo especificamente sobre o sistema jurisdicional da União, e chamando à colação o princípio da subsidiariedade (que, como vimos, também rege as relações entre o TEDH e os tribunais nacionais), o TJUE sublinhou que não só a fiscalização externa operada por aquele há de ser precedida da fiscalização interna pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros e/ou as jurisdições da União, como também o TEDH só poderá decidir sobre a conformidade de um ato da União com a CEDH depois de o TJUE haver tido a oportunidade de se pronunciar definitivamente a esse respeito. Sobre o delicado problema da articulação entre ambos os Tribunais, v. também a posição comum emitida pelos respetivos Presidentes, em 24 de janeiro de 2011: *Communication commune des présidents Costa et Skouris* (disponível em http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_francais.pdf).

Europeu dos Direitos do Homem. Se esta possibilidade não implica, automaticamente, uma contrariedade com o direito da União, a situação concreta resultante do projeto de protocolo determinava, no dizer do Tribunal de Justiça, um atentado à autonomia e especificidade da ordem jurídica europeia, na medida em que o sistema instituído pela CEDH e pelo projeto de protocolo de adesão acabaria não só por impor às instituições da União uma determinada interpretação das suas próprias normas, como também por alterar o esquema jurisdicional próprio da União Europeia, em especial, a competência do Tribunal de Justiça enquanto instância jurisdicional última de apreciação dos conflitos que envolvem a mobilização do direito comunitário (*hoc sensu*)⁹⁶⁸.

A posição do TEDH perante outros atores internacionais já não é tão nítida, nem comparável, desde logo, à atitude assumida pelo TJUE no Acórdão *Kadi*. Assim sucedeu nos casos *Behrami* e *Saramati*⁹⁶⁹, onde se suscitava a questão da violação dos direitos fundamentais (em concreto, dos artigos 2.º e 6.º da CEDH, respetivamente) no contexto da intervenção no Kosovo autorizada pelas Nações Unidas. Considerando que, nesta hipótese, os Estados em causa não atuaram por si só, o TEDH declinou a sua competência *ratione personæ* para apreciar a eventual ofensa dos direitos em causa que, a ter ocorrido, seria imputável à ONU, afastando, assim, a jurisprudência *Bosphorus*⁹⁷⁰. Destarte, e – reiteramos – diversamente do que sucedeu no Acórdão *Kadi* –, o TEDH acabou por, invocando razões de natureza teleológica, reconhecer alguma deferência às Nações Unidas, com os argumentos de que a CEDH se destina a complementar o sistema de proteção de direitos humanos inaugurado pela Declaração Universal (filiando-se, por conseguinte, no direito internacional

⁹⁶⁸ Para esta conclusão militaram os argumentos da ausência de articulação entre o artigo 53.º da CEDH e o artigo 53.º da Carta (no sentido de prever uma limitação da possibilidade de invocação da faculdade contemplada pelo primeiro), da incompatibilidade com princípio da confiança mútua (por exigir que, nas suas relações recíprocas, os Estados-membros verificassem o respeito pelos direitos fundamentais uns pelos outros) e da lesão do processo do reenvio prejudicial (em virtude de se não estabelecer a sua articulação com o pedido de parecer consultivo contemplado pelo Protocolo n.º 16). As objeções do Tribunal de Justiça foram mais longe e atingiram a própria defesa da sua competência: por um lado, considerou-se contrária ao artigo 344.º do TFUE a possibilidade de os Estados-membros, abrigo do artigo 33.º da CEDH, submeterem um litígio (entre eles ou entre eles e a União) ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no âmbito de aplicação material do direito da União; por outro lado, a forma como se encontrava previsto o processo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça também não permitiria acautelar a exclusividade da sua competência de, a título definitivo, interpretar o direito originário e o direito derivado, e decidir sobre a validade deste último.

⁹⁶⁹ Cf. Decisão sobre a admissibilidade «Behrami e Behrami/França» e «Saramati/França, Alemanha e Noruega», de 02.05.2007, Recs. 71412/01 e 78166/01, respetivamente, §§ 144 e seguintes.

⁹⁷⁰ Em concreto, o TEDH afasta a sua competência, na medida em que as ações em causa não podem ser imputadas aos Estados partes da Convenção, não decorrem de atuações das suas autoridades e não ocorreram no seu território (cf. § 151).

geral⁹⁷¹) e de que convém conferir um peso acrescido ao caráter imperativo da finalidade primeira da ONU (manutenção da paz e da segurança internacionais) e aos poderes do Conselho de Segurança, para cuja efetividade concorre a contribuição dos Estados. Por esse motivo, e sob pena de se ingerir (ou inclusivamente pôr em causa) esta missão, entendeu que não se pode interpretar a CEDH no sentido de permitir ao TEDH o controlo das ações ou omissões dos Estados levadas a cabo ao abrigo de uma resolução do Conselho de Segurança. Embora se revele nítida a preocupação do TEDH em evitar qualquer intromissão no funcionamento das ações conduzidas pelas Nações Unidas, não pode deixar de se questionar se a deferência concedida abrirá uma brecha no sistema de proteção dos direitos fundamentais operada pela CEDH e no âmbito da jurisdição do próprio Tribunal⁹⁷² – uma questão que não possui apenas reflexos dogmáticos, mas se projeta, de imediato, no próprio sentido último da Convenção, e da respetiva ambição em submeter os Estados contratantes (diríamos, independentemente do local em que atuam e das vestes em que o fazem⁹⁷³) ao respeito pelos direitos aí consagrados, permitindo-lhes escapar (sob condições muito específicas, concedemos) ao escrutínio da Corte de Estrasburgo, eliminando assim a sua responsabilização e *accountability*⁹⁷⁴.

Sem se obliterarem as vantagens, sob a ótica da constitucionalização do ordenamento jurídico internacional e do fortalecimento da proteção dos direitos humanos, que a emergência da *global judicial review* proporciona, não tomemos a nuvem por Juno. Este mesmo instituto desvela as diferenças (inclusivamente, os contrastes) entre os vários sistemas de tutela jusfundamental, assim como uma certa sobreposição das jurisdições (*lato sensu*) com competência nestas áreas – o que potencia os problemas relacionados com

⁹⁷¹ Acentuando a circunstância de que, em última análise, o TEDH acaba por fazer derivar a sua própria autoridade da fonte comum do direito internacional geral (tal como a ONU), e que, por conseguinte, as deliberações emanadas pelo Conselho de Segurança nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas constituem uma fonte hierárquica superior que vincula a CEDH e impede o TEDH de exercer jurisdição indireta sobre os efeitos daquelas deliberações, cf. DE BÜRCA, «The European Court...», cit., p. 28.

⁹⁷² Perfilhando uma postura muito crítica sobre esta matéria, cf., v. g., SARI, «Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami* and *Saramati* Cases», in: *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 151 e ss., esp.^{te} pp. 158 e ss..

⁹⁷³ Aliás, no aresto em análise, o TEDH eximiu-se a colocar a questão sob esta perspetiva (obrigações extraterritoriais dos Estados contratantes). Neste sentido, cf. também MILANOVIĆ/PAPIĆ, «As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights's *Behrami* and *Saramati* Decision and General International Law», in: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, p. 272.

⁹⁷⁴ Pondo já a tónica na *accountability* e na incongruência que a sua falta provoca no sistema geral de responsabilidade internacional, v. MILANOVIĆ/PAPIĆ, «As Bad as It Gets...», cit., pp. 268, 281 e ss..

o pluralismo axiológico (a que nos reportámos anteriormente – cf., *supra*, Parte II, 2.3.), bem como os conflitos entre jurisdições e os conflitos entre instituições internacionais distintas⁹⁷⁵. Mas também demonstra, em certas hipóteses, alguma tibieza ou fragilidade dos mecanismos existentes para viabilizar uma proteção integrada e sem lacunas dos direitos. A competição entre as instituições, em geral, e entre as várias jurisdições, em especial, acaba por desviar a atenção do *punctum saliens* constituído pela tutela dos direitos humanos. Neste contexto, a chave para que a *global judicial review* se revista do interesse dogmático (e também prático) imprescindível para a sua conexão como mecanismo efetivo ao serviço dos direitos fundamentais reside, uma vez mais (e, como de alguma forma, o acolhimento da jurisprudência *Solange* deixa entrever), na promoção do diálogo e da cooperação também entre instituições dotadas de uma pretensão de jurisdição global em matéria de direitos fundamentais – um diálogo ou uma cooperação que podem ser vertidos no “dever de tomar em consideração” (*duty to take into account*)⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ Cf. também DE BÜRCA, «The European Court...», cit., pp. 8 e ss.. Sublinha, contudo, esta Autora (*Op. cit.*, p. 30) que não foi totalmente uniforme o modo como se desenvolveram os desafios entre instituições internacionais: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem encara as relações entre os vários ordenamentos (e as respetivas instâncias decisórias) como verticais, hierárquicas e integradas, enquanto a posição do Tribunal de Justiça aponta no sentido de que aquelas se caracterizam como horizontais, heterárquicas e segregadas (ou autónomas). DE BÜRCA (*Op. cit.*, pp. 38 e s.) aponta ainda caminhos de solução para o relacionamento entre as várias instâncias decisórias, que passam por uma interessante abordagem neokantiana radicada no que designa como um constitucionalismo suave (*soft constitutionalism approach*), que conjuga o reconhecimento de uma comunidade internacional, a suscetibilidade de universalização e a existência de normas ou princípios comuns de comunicação prestáveis para a resolução de conflitos.

⁹⁷⁶ A propósito deste dever, v. YANG, «Constitutional Dimensions...», cit., pp. 175 e s.; trata-se de um dever que possui contornos mais amplos que os avançados no texto, pois que envolve não apenas os tribunais, mas outras instituições, designadamente administrativas e, neste último caso, com maiores vantagens, visto que, em termos diversos do que sucede com a jurisdição, as autoridades administrativas têm poderes para negociar estrategicamente e, em certo sentido, para serem imediatamente responsivas (*Op. cit.*, p. 178).

Em certos momentos, o TJUE já chegou a admitir a importância de “ter em conta” ou “tomar em consideração” a jurisprudência do TEDH, numa posição que conjuga a compatibilidade com a autonomia entre as ordens (nestes termos SABEL/GERSTENBERG, «Constitutionalising Overlapping Consensus...», cit., pp. 530 e s.). Cf. Acórdãos «Comissão das Comunidades Europeias/SGL Carbon AG», de 29.06.2006, P. 301/04, § 43 (aludindo à jurisprudência do TEDH, “que o tribunal comunitário deve ter em conta para a sua interpretação dos direitos fundamentais”), e «Meki Elgafaji e Noor Elgafaji/Staatssecretaris van Justitie», de 17.02.2009, P. C-465/07, § 28 (referindo-se ao facto de a “jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [ser] tomada em consideração para efeitos da interpretação do alcance de tal direito [garantido pelo artigo 3.º da CEDH] na ordem jurídica comunitária”, embora, no final, acabe por alicerçar o direito numa disposição comunitária, cuja interpretação deve ser concretizada de forma independente, ainda que tendo como pano de fundo os direitos humanos talqualmente os protege a CEDH). Genericamente, sobre a importância de “tomar em consideração” os “instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos”, v. Acórdão «J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung/Comissão das Comunidades Europeias», cit., § 13.

Por sua vez, o TEDH entende também que a CEDH não pode ser interpretada “no vazio”: sem prejuízo de não poder abandonar o seu caráter específico de “tratado colectivo de garantia dos direitos humanos”, deve “ter em conta” os princípios pertinentes de direito internacional, pelo que a sua interpretação se deverá conciliar também com as normas jusinternacionais. Cf., v. g., Acórdãos

Em termos sintéticos, estes juízes da emergente «comunidade global de tribunais» assumem-se como expoentes da resolução de problemas transnacionais, capazes de aprender com as experiências alheias, e cooperantes na resolução de litígios específicos, mas comuns⁹⁷⁷.

Em total consonância com a compreensão espacial e temporalmente universalista mas axiologicamente tolerante que se encontra na base das reflexões anteriores, a globalização da *judicial review* em matéria de direitos fundamentais não há de conduzir à afirmação da supremacia de uma instância sobre outra, mas à convivência e coordenação saudável entre as jurisdições com o propósito último (embora sempre primeiro!) de garantir a efetividade da proteção dos direitos fundamentais na comunidade global. Trata-se de uma ambição que ainda se encontra subjacente ao propósito da adesão da União Europeia à CEDH: na verdade, a *Declaração ad n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia*⁹⁷⁸ já “[constatava] a existência de um diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção”. O que nos faz regressar, agora pela via da jurisdição global (e do alcance global da jurisdição), a um dos eixos da evolução do constitucionalismo, fundamentador de uma «ordem constitucional coordenada» (*coordinate constitutional order*), de natureza poliárquica, assente num rawlsiano «consenso de sobreposição» – apontando, assim, para uma concordância que abrange princípios fundamentais como a dignidade humana, mas reconhece diferentes formas de concretização⁹⁷⁹.

«Loizidou/Turquia», de 18.12.1996, Rec. 15318/89, § 43 (com outras indicações jurisprudenciais), e, mais expressivamente, «Fogarty/Reino Unido», de 21.11.2001, Rec. 37112/97, § 35 (de onde são retiradas as citações).

⁹⁷⁷ Cf. Slaughter, «A Global Community...», cit., pp. 193 e s., 215 e ss..

⁹⁷⁸ Declaração 2. anexada à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa.

⁹⁷⁹ SABEL/GERSTENBERG, «Constitutionalising an Overlapping Consensus...», cit., pp. 513, 543 e ss..

Reflexões Finais

The most important species that is in danger of extinction is not the bald eagle or some species of beetle, of which there are millions; it is the human race⁹⁸⁰.

O percurso encetado nas páginas anteriores desvela em que medida as recentes tendências de evolução do direito público se projetam especificamente na matéria de direitos fundamentais. A globalização substituiu a territorialidade das ordens; se a rígida hierarquia das fontes foi destronada pela desordem normativa, a atual poliarquia tende a organizar-se segundo imperativos de coordenação; à tutela jurisdicional (exclusiva ou, pelo menos, tendencialmente) estadual segue-se a emergência de redes jurisdicionais transnacionais com pretensões de aplicação (quase) universal, mas com horizontes sobreponíveis; à uniformidade valorativa (se ela alguma vez existiu...) sucede o pluralismo axiológico, que, aliado à tolerância como *Grundnorm*⁹⁸¹, não deixa de con-

⁹⁸⁰ BECKERMAN, «The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice», in: TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, p. 68.

⁹⁸¹ Referindo-se ao *ethos* da tolerância como *Grundnorm* espiritual definidora da Europa, v. WEILER,

viver (*rectius*, não pode deixar de conviver!) com o reconhecimento de um *minimum* comum consubstanciado na dignidade humana.

A análise empreendida revela ainda que relação entre dignidade humana e direitos fundamentais pressupõe uma estreita cumplicidade entre ambos polos: a dignidade humana constitui o fundamento dos direitos; os direitos permitem a realização da dignidade humana. Assim, e por um lado, o princípio da dignidade humana desemboca no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais. Apenas esta tutela permite o tratamento da pessoa como tal, pelo que a satisfação dos direitos constitui uma “*condição de possibilidade*”⁹⁸² da *pessoalidade*: sem a colocação das suas exigências de sentido, dificilmente se poderia respeitar e reconhecer o outro como pessoa. Os direitos fundamentais não encontram, pois, o seu fundamento nas normas (constitucionais) autoritariamente impostas, mas numa axiologia fundamentante metaconstitucional. Enquanto *decorrência do princípio da dignidade humana*, os direitos fundamentais assumem-se como um momento da juridicidade do Estado e da ordem jurídica e, em especial, da estadualidade constitucional.

Por outro lado, também só a proteção dos direitos fundamentais permite uma adequada defesa da dignidade da humana, assumindo-se agora como *condição de efetividade do princípio da dignidade humana*. Paraphrasing Gomes Canotilho⁹⁸³, deve entender-se que incumbe ao direito – e ao direito constitucional, em especial – fornecer instrumentos para “impedir que a dignidade da pessoa seja pervertida, degradando o homem em objecto”. Por esse motivo, quando um direito é violado (por ação ou omissão), o sentimento adequado reconduzir-se-á à indignação (e não ao mero desapontamento), porquanto os direitos, por se radicarem na dignidade humana, integram o estatuto da pessoa como tal e exigem uma defesa perante agressões à altura⁹⁸⁴.

Estamos, porém, diante de uma efetividade que não depende apenas de um comportamento passivo dirigido à sua preservação, mas carece sobretudo de uma posição ativa de realização, tanto pelos poderes públicos, como pelos atores privados. A tutela da dignidade pressupõe, então, o que designámos

«On the Power...», cit., p. 190.

⁹⁸² Adela CORTINA, «Concepto de Derechos Humanos y Problemas Actuales», in: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 1, ano I, 1993, p. 39. Atente-se, porém, em que a Autora não reconduz o fundamento dos direitos humanos à invocação da dignidade humana, mas radica-os numa racionalidade típica da ética discursiva (*Op. cit.*, pp. 41 e ss.).

⁹⁸³ Gomes CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 159.

⁹⁸⁴ VINCENT, «The Idea of Rights in International Ethics», in: NARDIN/MAPEL (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 252. Também João LOUREIRO [«Crise(s)...», cit., p. 99] contrapõe as questões jusfundamentais às simples acções de beneficência do Estado – em concreto, a propósito da realização dos direitos sociais.

como a realização dos direitos fundamentais, a envolver também a sua promoção. Tal não significa o retorno a uma concepção estatocêntrica, que cometa aos poderes públicos a responsabilidade exclusiva na satisfação dos direitos. Diversamente, e na senda de Vieira de Andrade⁹⁸⁵, deverá entender-se que o “desenvolvimento integral do homem” apenas se encontra assegurado numa “sociedade aberta, onde haja liberdade de escolha, de opinião e de crítica, sem as quais não há alternativas criadoras”.

É, afinal, a dimensão axiológica do Estado de direito que suporta “o direito a ter direitos”⁹⁸⁶ ou a afirmação de um “direito a direitos humanos”⁹⁸⁷; na verdade, a universalização que devemos reconhecer a estes direitos radica no entendimento de que eles, à maneira kantiana, se dirigem à pessoa, como fim em si mesmo, desprovida de qualquer preço, porque dotado de um valor ineliminável⁹⁸⁸. Naturalmente, no vasto oceano em que se consubstancia a dignidade humana, os diversos direitos fundamentais constituem expressão de uma ou outra das suas precipitações: se os tradicionais direitos de primeira geração estão mais próximos da liberdade e da igualdade, os direitos sociais encarnam o valor da solidariedade, e a atual concepção omnicompreensiva dos direitos humanos apaga a distinção entre homem e cidadão, para se concentrar na pessoa, na sua unicidade e singularidade. Os direitos possuem hoje, sobretudo, uma dimensão de relacionamento, que se exprime na importância

⁹⁸⁵ Vieira de ANDRADE, «Supletividade...», cit., p. 124.

⁹⁸⁶ Na conhecida expressão de Hannah ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Harvest Book/Harcourt, Orlando/Austin/New York/San Diego/London, 1996, p. 296; atente-se, contudo, na especificidade do pensamento perfilhado pela Autora, em que (simplificando em muito a complexidade) aquele problema surge como uma consequência da total “civilização” do mundo, da qual resultou que a perda do estatuto político passou a equivaler à perda da própria humanidade – criticando a abstração com que os direitos humanos são tratados, questionando a sua ligação à natureza do homem, e equacionando a sua base na relação de pertença a uma determinada comunidade (*Op. cit.*, pp. 295 e ss., sobre a concepção dos direitos humanos, na perspetiva daqueles que deles estão privados). A expressão no texto acaba por estar mais próxima do sentido que lhe confere RODOTÁ, *Il Diritto...*, cit., *passim*, que entende o “direito a ter direitos” como uma proclamação da dimensão da pessoa e da sua dignidade como elementos fundantes de proteção contra qualquer forma de totalitarismo (ou, como preferimos, de absolutização de dimensões políticas, económicas e sociais, que põem em causa a autonomia do direito ou da juridicidade predicativa do Estado).

⁹⁸⁷ KÖHLER, «Das Recht auf Menschenrechte», in: BRUNKHÖRST/KÖHLER/LUTZ-BACHMANN (orgs.), *Recht auf Menschenrechte: Menschenrechte, Demokratie und Internationale Politik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, pp. 106 e ss.

⁹⁸⁸ Trata-se, aliás, da concepção perfilhada pelos Autores a quem pertencem as referidas expressões: v., em especial, KÖHLER, «Das Recht...», cit., p. 124.

A parte final é, indubitavelmente, uma paráfrase ao conhecido trecho da filosofia kantiana: “quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade” (KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Porto Editora, Porto, 1995, pp. 71 e s.).

assumida pelo valor da reciprocidade⁹⁸⁹, concretizado na dimensão da responsabilidade e no reconhecimento da retórica dos deveres.

A vocação universal que esta compreensão transporta convive de perto com a pluralidade pela mediação da tolerância, no contexto da emergência de uma «comunidade de comunidades»⁹⁹⁰. Só a tolerância global viabiliza que a universalização dos direitos fundamentais – enquanto decorrência do seu étimo axiológico fundamentante (a dignidade humana) – não se torne num “imperialismo dos direitos fundamentais”. Este espírito surge associado ao “destino da tolerância constitucional”⁹⁹¹, em perfeita conexão com o entendimento de que a Constituição se não reconduz a um mero instrumento político, mas especifica uma conceção valorativa, incorpora uma *ethos* constitucional e possui uma dimensão axiológico-normativa fundamentante – reconduzível aos princípios e aos direitos fundamentais. A associação entre estes e a tolerância permite desvelar uma nova perceção da relação com o “outro”, convidado (não a ser um de nós, tornando-se como nós, mas antes) a estabelecer pontes, sem eliminar as fronteiras da diferença, e a permitir a sua integração na comunidade, fortalecendo os laços de coesão social.

Esta ideia sugere uma outra. A de que o valor da igualdade, além de não se poder conceber em termos meramente formais, também não se revela compreensível em termos absolutos, apagando as especificidades. Neste sentido, e com Denninger⁹⁹², poderemos substituir, na trilogia revolucionária, a igualdade pela multiplicidade (*Vielfalt*), avançando um novo ideal de coexistência entre as diferenças culturais, étnicas ou sociais, com consequências não apenas na proteção das minorias (com o propósito de tutelar a respetiva identidade), mas também na sua promoção do reconhecimento da diferença (com o desígnio de criar estruturas de integração, que fomentem uma mente aberta perante as particularidades do outro). Bem andaram, *v. g.*, as Constituições de alguns *Länder* alemães em explicitamente estabelecer como objetivos da política de educação das crianças e dos jovens o livre desenvolvimento da personalidade, que é preparado (*bereit*) no respeito pela vida e no espírito

⁹⁸⁹ Sobre a relevância do valor da reciprocidade, *v. CASADEI, I Diritti...*, cit., pp. 8 e s..

⁹⁹⁰ Ana GAUDÊNCIO, «Fraternity...», cit., p. 850.

⁹⁹¹ WEILER, «On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography», in: *International Journal Constitutional Law*, n.º 2 e 3, vol. 3, Maio 2005, pp. 184 e ss., que seguimos de perto. O Autor encontra no princípio da tolerância o radical da organização política da União Europeia, adotando uma perspectiva institucional, axiológica, sociológica e mesmo psicologicamente muito sedutora da integração europeia (*Op. cit.*, pp. 188 e ss.).

⁹⁹² DENNINGER, «Sicherheit...», cit., passim, esp. te pp. 109 e ss., referindo-se à emergência de um “novo desejo pela multiplicidade” (*neue Lust an der Vielfalt*), e interligando esta conceção com a passagem da igualdade como justiça comutativa à igualdade como justiça distributiva.

da tolerância, para assumir a responsabilidade pela sociedade com as outras pessoas e povos, e relativamente às gerações futuras⁹⁹³.

É que a promoção da dignidade humana constitui, por si só, um fator de desenvolvimento: o crescimento económico de um Estado e o aumento das respetivas receitas públicas têm de ser *responsavelmente* mobilizados para, em consonância com o imperativo da justiça distributiva, permitir a adoção das medidas (sociais) que garantam algum equilíbrio na distribuição da riqueza⁹⁹⁴ – equilíbrio esse que hoje não compara apenas grupos distintos de pessoas, mas que também confronta gerações, grupos etários em diferentes estágios da vida⁹⁹⁵.

Avançando um passo, mas regressando ao ponto de origem, surge agora plena de sentido a associação entre a dimensão ética do direito (e a condição ética da sua emergência), vertida em valores públicos que se impõem à *publica potestas* e aos cidadãos, aos Estados e à *societas* global. A existência de uma comunidade de direito pressupõe o respeito pelos direitos fundamentais, em termos de, qualquer que seja a justificação, considerar absolutamente intangível a dignidade da pessoa.

Salvar a pessoa é salvar a circunstância.

⁹⁹³ Assim dispõem os artigos 27 da Constituição de Sachsen-Anhalt (Alta Saxónia) e 15 da Constituição de Mecklenburg-Vorpommern (Meclenburgo-Pomerânia Ocidental), cujas redações são praticamente iguais (este último preceito acrescenta o “respeito pela vida”).

⁹⁹⁴ Cf. já Amartya SEN, *A Ideia...*, cit., pp. 456 e ss., propugnando um conceito amplo de desenvolvimento – que não passa, em exclusivo, por realidades como o incremento da industrialização ou o aumento do produto interno bruto –, em resposta às compreensões segundo as quais a democracia seria inimiga do crescimento económico. V. ainda Papa FRANCISCO, *Exortação...*, cit., p. 46 (n.º 54).

⁹⁹⁵ V. também Suzana Tavares da SILVA, «O Problema da *Justiça Intergeracional* em Jeito de Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», in: *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 0, abril/junho 2013, p. 9.

Bibliografia Citada

- ABREU, Laurinda, «Câmaras e Misericórdias: Relações Políticas e Institucionais», in: CUNHA, Mafalda Soares da/ FONSECA, Teresa (eds.), *Os Municípios no Portugal Moderno: Dos Forais Manuelinos às Reformas Liberais*, Cidehus/Colibri, Lisboa, 2006, pp. 127 e ss..
- , «O Hospício e Irmandade de Nossa Senhora da Piedade, em Évora: Uma Experiência de Reclusão e Controlo de Pobres em Portugal», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Marques*, vol. III, Faculdade de Letras da Universidade de Porto, Porto, 2006, pp. 7 e ss..
- ACKERMAN, Bruce, «Beyond *Carolene Products*», in: *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, pp. 713 e ss..
- , «The New Separation of Powers», in: *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 633 e ss..
- ACKERMAN, Bruce/FISHING, James S., *Deliberation Day*, Yale University Press, New Haven/London, 2004.
- ALEINIKOFF, T. Alexander, «Constitutional Law in the Age of Balancing», in: *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 843 e ss..
- ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 1960.
- ALEXANDER, John M., *Capabilities and Social Justice: The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum*, Ashgate, Aldershot, 2008.

- ALEXANDRINO, José de Melo, «Sim ou Não ao Recurso de Amparo?», in: *Julgar*, n.º 11, 2010, pp. 41 e ss..
- ALEX, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. por Julian RIVERS, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- , «Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, pp. 511 e ss..
- ALKADRY, Mohamad G./BLESSETT, Brandi/PATTERSON, Valerie L., «Public Administration, Diversity, and the Ethic of Getting Things Done», in: *Administration & Society*, vol. 49, 2017, pp. 1191 e ss..
- ALMEIDA, Luís Nunes de, «A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado, Vista à Luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 32, ano 8.º, outubro/dezembro 1987, pp. 7 e ss..
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, «The Spanish Constitution and the European Constitution: The Script of Virtual Collision and Other Observations on the Principle of Primacy», in: *German Law Journal*, n.º 6, vol. 6, 2005, pp. 1001 e ss..
- AMARAL, Diogo Freitas do, «Limites Jurídicos, Políticos e Éticos da Actuação do “Ombudsman”», in: *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Provedoria da Justiça, Lisboa, 2003, pp. 28 e ss..
- , *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- ALKADRY, Mohamad G./Blessett, Brandi/Patterson, Valerie L., «Public Administration, Diversity, and the Ethic of Getting Things Done», in: *Administration & Society*, vol. 49, 2017, pp. 1191 e ss..
- AMARAL, Maria Lúcia, «O Provedor de Justiça e o Poder Judicial», in: *O Provedor de Justiça – Estudos (Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição)*, Provedoria da Justiça, Lisboa, s.d., pp. 41 e ss..
- , «O Provedor de Justiça: Garantia Constitucional de uma Instituição ou Garantia de uma Função?», in: *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2002, pp. 53 e ss..
- , *A Forma da República (Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- , «Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de “Direito Público Comparado”)», in: *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 473 e ss.
- , «O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in: *Liber Amicorum José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 947 e ss..
- AMOS, Merris, *Human Rights Law*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014.

- ANDENAS, Mads/FAIRGRIEVE, Duncan, «Courts and Comparative Law: In Search of a Common Language for Open Legal Systems», in: ANDENAS, Mads/FAIRGRIEVE, Duncan (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 3 e ss..
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, «A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, ano L, 1974, pp. pp. 219 e ss..
- , «Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pp. 1 e ss..
- , «O Ordenamento Jurídico Administrativo Português», in: *Contencioso Administrativo (Breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga)*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 33 e ss..
- , «Supletividade do Estado e Desenvolvimento», in: *Gaudium et Spes*, Rei dos Livros, Lisboa, 1988, pp. 113 e ss..
- , «Interesse Público», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, s. n., Lisboa, 1993, pp. 275 e ss..
- , «O Provedor de Justiça e a Protecção Efectiva dos Direitos Fundamentais», in: *O Provedor de Justiça – Estudos (Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição)*, Provedoria da Justiça, Lisboa, s.d., pp. 55 e ss..
- , «A Fiscalização da Constitucionalidade das ‘Normas Privadas’ pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133.º, n.º 3921, abril 2001, pp. 357 e ss..
- , «O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, janeiro/março 2004, pp. 21 e ss..
- , «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Março de 2006», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 135.º, julho/agosto 2006, pp. 369 e ss..
- , «Repensar a Relação entre o Estado e a Sociedade», in: *Nova Cidadania*, n.º 31, ano VIII, janeiro/março 2007, pp. 36 e ss..
- , *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- , «A Nulidade Administrativa, Essa Desconhecida», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3957, ano 138.º, julho/agosto 2009, pp. 333 e ss..
- , *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- , «O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade», in: LOUREIRO, João/SILVA, Suzana Tavares da (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 23 e ss..
- , *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.
- ANHEIER, Helmut K., «The Third Sector in Europe: Five Theses», in: ZIMMER, Annette E./STECKER, Christina (eds.), *Strategy Mix for Nonprofit Organizations: Vehicles for Social and Labour Market Integration*, Springer, New York, 2004, pp. 285 e ss..

- APOSTOLI, Adriana, «Il Consolidamento della Democrazia Attraverso la Promozione della Solidarietà Sociale all'Interno della Comunità», in: *Costituzionalismo.it*, n.º 1, ano XIII, 2016, pp. 1 e ss..
- AQUINO, São Tomás de, *Suma de Teología*, tomo IV, reimp., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2009.
- ARAÚJO, António de/PEREIRA, J. A. Teles, «A Justiça Constitucional nos 30 Anos da Constituição Portuguesa», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, abril/junho 2005, pp. 15 e ss..
- ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harvest Book/Harcourt, Orlando/Austin/New York/San Diego/London, 1996.
- ARGYRIADES, Demetrios, «Good Governance, Professionalism, Ethics and Responsibility», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, pp. 155 e ss..
- ARISTÓTELES, *Política*, ed. bilingue, trad. por AMARAL, A. Campelo, e GOMES, Carlos Carvalho, Vega, Lisboa, 1998.
- ASCENSÃO, José Oliveira, «A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 103, janeiro/dezembro 2008, pp. 277 e ss..
- AUBY, Jean-Bernard, «Contracting Out and “Public Values”: A Theoretical and Comparative Approach», in: ROSE-ACKERMAN, Susan/LINDSETH, Peter L. (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 511 e ss..
- AUER, Karl Heinz, *Der Menschenbild als Rechtsethische Dimension der Jurisprudenz*, Lit Verlag, Wien, 2005.
- BACCELLI, Lucca, «Machiavelli, the Republican Tradition and the Rule of Law», in: COSTA, Pietro/ZOLO, Danilo (eds.), *The Rule of Law – History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 387 e ss..
- BACHOF, Otto, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz», in: *Archive des Öffentlichen Rechts*, vol. 87, 1962, pp. 1 e ss..
- , «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», in: HÄBERLE, Peter (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, pp. 285 e ss..
- , *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. por Cardoso da COSTA, Atlântida Editora, Coimbra, 1977.
- , «Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política», trad. por COSTA, José Manuel Cardoso da, in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVI, 1980, pp. 9 e ss..
- BAL, Salman, «International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT», in: *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 10, 2001, pp. 62 e ss..

- BALLET, Jérôme/BAZIN, Damien/DUBOIS, Jean-Luc/MAHIEU, François-Régis, *Freedom, Responsibility and Economics of the Person*, Routledge, London/New York, 2014.
- BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- , *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- BARBER, Sotirios A./FLEMING, James E., *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, New York, 2007.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, «Dignidade e Autonomia a Propósito do Fim da Vida», in: *O Direito*, n.º II, ano 148.º, 2016, pp. 233 e ss..
- BARKOW, Rachel E., «Institutional Design and the Policing of Prosecutors: Lessons from Administrative Law», in: *Stanford Law Review*, vol. 61, 2009, pp. 869 e ss..
- BARROSO, Luís Roberto, «Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse», in: *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, pp. 331 e ss..
- BARTOLI, Roberto, «“Chiaro e Oscuro” dei Diritti Umani alle Luce del Processo di Giurisdizionalizzazione del Diritto», in: MECCARELLI, Massimo/PALCHETTI, Paolo/SOTIS, Carlo (eds.), *Il Lato Oscuro dei Diritti Umani: Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio nella Tutela Giuridica del Individuo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 137 e ss..
- BAXI, Upendra, «Geographies of Injustice: Human Rights at the Altar of Convenience», in: SCOTT, Craig (ed.), *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001.
- BECK, Ulrich, *Risk Society: Towards a New Modernity*, trad. por Mark RITTER, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Dehli, 1992.
- , «Risk Society and the Provident State», in: LASH, Scott/SZERSZYNSKI, Bronislaw/WYNNE, Brian (eds.), *Risk, Environment & Modernity: Towards a New Ecology*, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Dehli, 1996, pp. 27 e ss..
- , «Die Eröffnung des Welthorizontes: Zur Soziologie der Globalisierung», in: *Soziale Welt*, n.º 1, ano 48, 1997, pp. 3 e ss..
- , «Die Brasilianisierung Europas», in: DÖNHOF, Marion/SOMMER, Theo (eds.), *Was Steht Bevor Uns? Mutmaßungen über das 21. Jahrhundert. Aus Anlaß des 80. Geburtstages von Helmut Schmidt*, Siedler, Berlin, 1997, pp. 157 e ss..
- , *The Brave New World of Work*, trad. por Patrick CAMILLER, Polity Press, Cambridge/Malden, 2000.
- , *What is Globalization?*, Polity Press, Cambridge, 2000.
- , *The Cosmopolitan Vision*, trad. por Ciaran CRONIN, Polity Press, 2006.
- , *Das Deutsche Europa*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2012.

- BELLAMY, Alex J., «Responsibility to Protect or Trojan Horse? The Crisis in Darfur and Humanitarian Intervention after Iraq», in: *Ethics & International Affairs*, n.º 2, vol. 19, setembro 2005, pp. 31 e ss..
- BENEDETTI, Mariangela, «Global Judicial Review: A Remedy Against Fragmentation?», in: CANANEIA, Giacinto della/SANDULLI, Aldo (ed.), *Global Standards for Public Authorities*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 177 e ss..
- BENNION, Francis, «What Interpretation is “Possible” under Section 3(1) of the Human Rights Act 1998?», in: *Public Law*, Primavera 2000, pp. 77 e ss..
- BERMAN, Paul Schiff, «Global Legal Pluralism», in: *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, pp. 1155 e ss..
- BETTERMANN, Karl August, *Hypertrophie der Grundrechte: Eine Streitschrift*, Hamburgischer Anwaltverein, Hamburg, 1984.
- BIGNAMI, Francesca, «Individual Rights and Transnational Networks», in: ROSE-ACKERMAN, Susan/LINDSETH, Peter L. (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 632 e ss..
- BIRNBACHER, Dieter, «Grenzen der Verantwortung», in: BAYERTZ, Kurt (org.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995, pp. 143 e ss..
- , «Responsibility for Future Generations – Scope and Limits», in: TREMMEL, Joerg Chet (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 23 e ss..
- BIRNBACHER, Dieter/SCHICHA, Christian, «Vorsorge statt Nachhaltigkeit – Ethische Grundlagen der Zukunftsverantwortung», in: BIRNBACHER, Dieter/BRUDERMÜLLER, Gerd (orgs.), *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2001, pp. 17 e ss..
- BOBBIO, Norberto, *L'Età dei Diritti*, Einaudi, Torino, 1992.
- , *Il Futuro della Democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 29, 1976, pp. 2089 e ss..
- BOHMAN, James, *Democracy Across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, The MIT Press, Cambridge/London, 2007.
- BORGETTO, Michel, *La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, L.G.D.J., Paris, 1993.
- , *La Devise «Liberté, Egalité, Fraternité»*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America*, Touchstone, New York, 1990.
- BOTELHO, Catarina, «Haja uma Nova Jurisdição Constitucional», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.ºs I-IV, ano 70, janeiro/dezembro 2010, pp. 591 e ss..

- BOUMGHAR, Mouloud, «Les Droits de l'Homme, Droit Commun des Sociétés Contemporaines?», in: BOUMGHAR, Mouloud/DURAND, Valérie (dir.), *Les Nouvelles Echelles du Droit Commun*, (ed. Kindle) Larcier, Bruxelles, 2013, Parte 2, Capítulo 8.
- BOZEMAN, Barry, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press, Washington, 2007.
- BRITO, Miguel Nogueira de, *A Constituição Constituinte – Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- BRITO, Wladimir, «Impugnação de Normas: A Urgência de um Novo Paradigma Processual», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, março/abril 2006, pp. 48 e ss..
- BRODIE, Janine, «New Constitutionalism, Neo-Liberalism and Social Policy», in: GILL, Stephen/CUTLER, A. Claire (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 247 e ss..
- BRONZE, Fernando José, «Continentalização” do Direito Inglês ou “Insularização” do Direito Continental: Proposta para uma Reflexão Macro-Comparativa do Problema», Suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 22, 1982.
- , «O Visconde de Seabra (Um Exercício de Memória): Da Liberdade do Indivíduo à Responsabilidade da Pessoa», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, 1995, pp. 571 e ss..
- , *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- , «A Problemática da Reflexão Jus-Comparatística (Uma Rápida Visita, ou... Algumas Notas para o Roteiro de uma Peregrinação)», in: *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 393 e ss..
- «O Direito, a Internacionalização e a Comparação de Sistemas Jurídicos (ou a Pessoalização como Tarefa Realizanda, a Universalização como Objectivo Utópico e a Relativização como Coordenada Metódica)», in: *Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 417 e ss..
- BRUNKHORST, Hauke, «Constitutionalism and Democracy in the World Society», in: DOBNER, Petra/LOUGHLIN, Martin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 179 e ss..
- BUXBAUM, Hannah L., «From Empire to Globalization...and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism», in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, 2003, pp. 183 e ss..
- CAETANO, Marcello, «O Respeito da Legalidade e a Justiça das Leis», in: *O Direito*, ano 81.º, fasc. 1.º, janeiro/março 1949, pp. 5 e ss..
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. por SARLET, Ingo Wolfgang/PINTO, Paulo Mota, Almedina, Coimbra, 2003.
- CANAS, Vitalino, «Proporcionalidade (Princípio da)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, s.n., Lisboa, 1994, pp. 591 e ss..
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

- , «A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional», in: MIRANDA, Jorge (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lisboa, 1987, pp. 345 e ss..
- , «Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português», in: *Revista do Ministério Público*, ano 9.º, n.ºs 33/34, janeiro/junho 1988, pp. 9 e ss..
- , «Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.ºs 3815, 3821 do ano 125.º, e 3833 do ano 126.º, junho e dezembro 1992, janeiro 1993, pp. 35 e ss., 231 e ss., 264 e ss., respetivamente.
- , *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- , «Jurisdicción Constitucional y Nuevas Inquietudes Discursivas. Del Mejor Método a la Mejor Teoría», in: *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público y Historia Constitucional*, n.º 4, 2006, pp. 425 e ss..
- , «Metodologia Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais», in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 97 e ss..
- , «O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais», in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 115 e ss..
- , «Bypass” Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais», in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 243 e ss..
- , «Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional», 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- , «Sustentabilidade – Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo I, 2012, pp. 1 e ss..
- , «A Crise do Direito e o Direito da Crise: Nos 176 Anos da Faculdade de Direito», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, pp. 1073 e ss..
- , «Para uma Revisão da Dogmática da Jusfundamentalidade», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 533 e ss..
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vols. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 e 2010, respetivamente.
- CAPPELLETTI, Mauro, «Nécessité et Legitimité de la Justice Constitutionnelle», in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, vol. 33, 1981, pp. 625 e ss..
- CAPRA, Fritjof/DE MATTEI, Ugo, *The Ecology of Law*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2015.
- CAROZZA, Paolo G., «“My Friend is a Stranger”: The Death Penalty and the Global *Ius Commune* of Human Rights», in: *Texas Law Review*, vol. 81, 2003, pp. 1031 e ss..
- CARROL, Archie B., «A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices», in: CRANE, Andrew/McWILLIAMS, Abigail/MATTEN, Dirk/MOON, Jeremy/SIEGEL,

- Donald S. (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 19 e ss..
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981.
- CASADEI, Thomas, *I Diritti Sociali: Un Percorso Filosofico-Giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012.
- CASSESE, Sabino, «Il Sorriso del Gatto, Ovvero dei Metodi nello Studio del Diritto Pubblico», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, 2006, pp. 597 e ss..
- , «La Funzione Costituzionale dei Giudici Non Statali: Dallo Spazio Giuridico Globale all'Ordine Giuridico Globale», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, 2007, pp. 609 e ss..
- CASSINELLI, C. W., «Some Reflections on the Concept of the Public Interest», in: *Ethics*, n.º 1, vol. 69, outubro 1958, pp. 48 e ss..
- CASTORIADIS, Cornelius, *L'Enigma del Soggetto. L'Immaginario e le Istituzioni*, Edizioni Dedalo, Bari, 1998.
- CATARINO, Luís Guilherme, «A Nova Regulação Europeia dos Mercados Financeiros: A *Hoft Law* nos *Balancing Powers* da União», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jose Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, *Studia Iuridica* 105, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 145 e ss..
- CHANDLER, David, «*The Responsibility to Protect?* Imposing the 'Liberal Peace'», in: *International Peacekeeping*, n.º 1, vol. 11, primavera 2004, pp. 59 e ss..
- CIMELLARO, Lucia, «Il Principio di Legalità in Trasformazione», in: *Diritto e Società*, n.º 1, 2006, pp. 107 e ss..
- COELHO, Francisco Manuel/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- COLLAÇO, Isabel de Magalhães, «A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois», in: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 17 e ss..
- CONSTANT, Benjamin, *Cours de Politique Constitutionnelle*, vol. I, Slatkine, Paris, 1982 (*fac-simile* da ed. de 1872).
- COOPER, Terry L., «Big Questions in Administrative Ethics: A Need for Focused, Collaborative Effort», in: *Public Administration Review*, n.º 4, vol. 64, julho/agosto 2004, pp. 395 e ss..
- COOTER, Robert D./FIKENTSCHER, Wolfgang, «Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts», in: *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, pp. 287 e ss..
- COPPEL, Jason/O'NEILL, Aidan, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», in: *Legal Studies*, n.º 2, vol. 12, julho 1992, pp. 227 e ss..
- CORDEIRO, António Menezes, «Tendências Actuais da Interpretação da Lei: Do Juiz-Autómato aos Modelos de Decisão Jurídica», in: *Revista Jurídica*, n.ºs 9/10, janeiro/junho 1987, pp. 7 e ss..

- CORREIA, Fernando Alves, «Do Ombudsman ao Provedor de Justiça», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. IV, Coimbra, 1980, pp. 133 e ss..
- , «A Justiça Constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e Divergências», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.ºs 3891, 3892, 3893, ano 131.º, 1998, pp. 162 e ss., 198 e ss., 234 e ss., respetivamente.
- , «Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX, 2003, pp. 63 e ss..
- , «A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, número especial, ano VII, 2010, pp. 35 e ss..
- , *Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2016.
- CORREIA, Sérvulo, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982.
- , *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.
- CORTEZ, David, «O Princípio da Dignidade Humana em Kant», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, 2005, pp. 601 e ss..
- CORTINA, Adela, «Concepto de Derechos Humanos y Problemas Actuales», in: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 1, ano I, 1993, pp. 38 e ss..
- , *Los Ciudadanos como Protagonistas*, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 1999.
- , *Las Raíces Éticas de la Democracia*, Publicacions de la Universitat de València, València, 2010.
- CORWIN, Edward S., «The “Higher Law” Background of American Constitutional Law», in: *Harvard Law Review*, vol. XLII, 1928, pp. 365 e ss..
- COSTA, José Francisco de Faria, «A Linha (Algumas Reflexões sobre a Responsabilidade em um Tempo de “Técnica” e de “Bio-ética”», in: *O Homem e o Tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, pp. 397 e ss..
- , *As Linhas Rectas do Direito*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2007.
- , «The Ombudsman and the Promotion and Protection of Human Rights – The Present and the Future», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 2, vol. II, 2015, pp. 126 e ss..
- COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da, «A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 396, maio 1990, pp. 5 e ss..
- , «O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1363 e ss..
- , «O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialéctica, São Paulo, 1999, pp. 191 e ss..

- , «Protection des Droits Fondamentaux et Garantie de la Séparation des Pouvoirs dans la Juridiction Constitutionnelle Portugaise», in: *Mélanges Patrice Gérard – Droit Constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 123 e ss..
- , *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra, 2007.
- , «O Tribunal Constitucional Português face a uma Constituição em Mudança», in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 479 e ss..
- , «Constituição e Justiça Constitucional», in: *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Studia Iuridica 92, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 165 e ss..
- , «Sobre a “Constitucionalização” do Direito Privado», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 565 e ss..
- CRANE, Andrew/MCWILLIAMS, Abigail/MATTEN, Dirk/MOON, Jeremy/SIEGEL, Donald S., «The Corporate Social Responsibility Agenda», in: CRANE, Andrew/MCWILLIAMS, Abigail/MATTEN, Dirk/MOON, Jeremy/SIEGEL, Donald S. (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3 e ss..
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Europeización de la Constitución Española: Una Introducción al Problema», in: CRUZ VILLALÓN, Pedro (coord.), *Hacia la Europeización de la Constitución Española*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 23 e ss..
- CUNLIFFE, Philip, «The Doctrine of the “Responsibility to Protect” as a Practice of Political Exceptionalism», in: *European Journal of International Relations*, 2016, pp. 1 e ss..
- CURTICE, John, «Brexit: Behind the Referendum», in: *Political Insight*, n.º 2, vol. 7, setembro 2016, pp. 4 e ss..
- CUSHMAN, Barry, «Carolene Products and Constitutional Structure», in: *The Supreme Court Review*, janeiro 2013, pp. 321 e ss..
- D’AGUANO, Giuseppe, *La Genesi e l’Evoluzione del Diritto Civile seconda le Risultanze delle Scienze Antropologiche e Storico-Sociali con Applicazioni Pratiche al Codice Vigente*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1890.
- DE BÚRCA, Gráinne, «The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi», in: *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 1 e ss..
- DE MATTEI, Roberto, *Guerra Justa Guerra Santa*, trad. por AZEREDO, António, Civilização, Porto, 2002.
- DEHNHARD, Albrecht, *Dimensionen Staatlichen Handelns*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.
- DELMAS, Magali A./LESSEM, Neil, «Eco-Premium or Eco-Penalty? Eco-Labels and Quality in the Organic Wine Market», in: *Business & Society*, n.º 2, vol. 56, fevereiro 2017, pp. 318 e ss..
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Le Relatif et l’Universel – Les Forces Imaginantes du Droit*, vol. I, Seuil, Paris, 2004.
- , *Le Pluralisme Ordonné – Les Forces Imaginantes du Droit*, vol. II, Seuil, Paris, 2006.

- , *Vers une Communauté de Valeurs? – Les Forces Imaginantes du Droit*, vol. IV, Seuil, Paris, 2011.
- DENNINGER, Erhard, «Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?», in: PREUSS, Ulrich K. (org.), *Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen*, Fischen Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1994, pp. 95 e ss..
- DI FABIO, Udo, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Möhr Siebeck, Tübingen, 2001.
- DREZE, Jean/SEN, Amartya, *Hunger and Public Action*, Clarendon Press – Oxford University Press (reimp.), Oxford, 2002.
- DURAND, Valérie, «Propos Introductifs», in: BOUMGHAR, Mouloud/DURAND, Valérie (dir.), *Les Nouvelles Echelles du Droit Commun*, (ed. Kindle) Larcier, Bruxelles, 2013.
- DÜRIG, Günter, «Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde », in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1956, pp. 117 e ss..
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.
- , DWORKIN, «Rights as Trumps», in: WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1985, pp. 153 e ss..
- , *Law's Empire*, Belknap Press – Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- , *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- , «The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve», in: *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, pp. 1249 e ss..
- , *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, Cambridge/London, 2011.
- ECKHOUT, Piet, «Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC», in: *European Journal of International Law Talk!*, 2009, disponível em <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/>.
- ELLMANN, Stephen, «A Constitutional Confluence: American “State Action” Law and the Application of South Africa's Socioeconomic Rights Guarantees to Private Actors», in: *New York Law School Law Review*, vol. 45, 2000-2001, pp. 21 e ss..
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980.
- ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. portuguesa da 3.ª ed. alemã (1964) por MACHADO, J. Baptista, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1965.
- EPSTEIN, Lee/KNIGHT, Jack, «Constitutional Borrowing and Nonborrowing», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2, vol. 1, 2003, pp. 196 e ss..
- ESPAGNE, François, «Sur l'Economie Sociale et Solidaire», in: *Revue Internationale de l'Economie Sociale*, n.º 286, 2001, pp. 13 e ss..
- ESTEVE PARDO, José, «Decidir y Regular en la Incertidumbre. Respuestas y Estrategias del Derecho Público», in: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè/ESTEVE PARDO, José/DÖHMANN, Indra Spiecker gen. (eds.), *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre*

- y la Globalización*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2015, pp. 33 e ss..
- EVERS, Adalbert/LAVILLE, Jean-Louis, «Defining the Third Sector in Europe», in: EVERS, Adalbert/LAVILLE, Jean-Louis (eds.), *The Third Sector in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, pp. 11 e ss..
- EWALD, François, *L'Etat Providence*, Grasset (ed. Kindle), 1986.
- FABRE, Cécile, «The Dignity of Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, vol. 20, 2000, pp. 271 e ss..
- FALLON, Richard H., Jr., *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2001.
- , *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2004.
- FATIMA, Shaheed, *Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, Portland, 2005.
- FELDMAN, David, *English Public Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- FERNÁNDEZ, Eusébio, «Concepto de Derechos Humanos y Problemas Actuales», in: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 1, ano I, 1993, pp. 45 e ss..
- FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro/MIGUEZ MACHO, Luis, «Servicios Sociales y Crisis Económica: Los Límites del Estado Asistencial», in: BLASCO ESTEVE, Avelino (coord.), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp. 391 e ss..
- FERRAJOLI, Luigi, «I Fondamenti dei Diritti Fondamentali», in: *Diritti Fondamentali. Un Dibattito Teorico*, Laterza, Roma-Bari (ed. Kindle), 2001.
- , «Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales», in: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 15 e ss.
- , *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- FERRARESE, Maria Rosaria, *Il Diritto Sconfinato: Inventiva Giuridica e Spazi nel Mondo Globale*, Laterza, Roma/Bari, 2006.
- , «Globalizzazione Giuridica», in: *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 547 e ss..
- , *Prima Lezione di Diritto Globale*, Laterza, Roma/Bari, 2012.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, «Synepëik und eine Synepëische Definition des Rechts», in: FIKENTSCHER/FRANKE/KÖHLER (org.), *Entstehung und Wandel Rechtlicher Traditionen*, Karl Albert, Freiburg/München, 1980, pp. 53 e ss..
- , *Modes of Thought*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.
- FISCHER-LESCANO, Andreas, «Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft», in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 3, vol. 88, 2002, pp. 349 e ss..

- , «Struggles for a Global Internet Constitution: Protecting Global Communication Structures Against Surveillance Measures», in: *Global Constitutionalism*, n.º 2, vol. 5, julho 2016, pp. 145 e ss..
- FISHER, Elizabeth/HARDING, Ronnie, «The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism: The Development of Frameworks for Applying the Precautionary Principle», in: FISHER, Elizabeth/JONES, Judith/SCHOMBERG, René von (eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospectives*, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 113 e ss..
- , *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, reimpr., Hart Publishing, Oxford/Portland, 2010.
- FLANDERS, Chad W., «Deliberative Dilemmas: A Critique of Deliberation Day from the Perspective of Electoral Law», in: *Journal of Law and Politics*, vol. XXIII, 2007, pp. 147 e ss..
- FLEMING, James E., *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms*, Oxford University Press, New York, 2015.
- FOLEY, Michael, *The Silence of Constitutions: Gaps, “Abeyances” and Political Temperament in the Maintenance of Government*, Routledge, Oxon, 1989.
- FONTANELLI, Filippo «Kadiou: Connecting the Dots – From Resolution 1267 to Judgement C-584/10 P: The Coming Age of Judicial Review», in: AVBELJ, Matej/FONTANELLI, Filippo/MARTINICO, Giuseppe (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Oxon/New York, 2014, pp. 7 e ss..
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, «A Vida Própria como um Dano – Perspectivas Cívicas e Constitucionais de um Tema Actual», in: MONTEIRO, António Pinto/NEUNER, Jörg/SARLET, Ingo (orgs.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 305 e ss..
- FRANCISCO, Papa, *Exortação Apostólica Evangelii Gaudium do Santo Padre Francisco ao Episcopado, ao Clero, às Pessoas Consagradas e a todos os Fiéis Leigos sobre o Anúncio do Evangelho no Mundo Actual*, Tipografia Vaticana, Vaticano, 2013 (disponível em http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium_po.pdf).
- , *Carta Encíclica Laudato Si’ do Santo Padre Francisco sobre o Cuidado da Casa Comum*, Tipografia Vaticana, Vaticano, 2015 (disponível em http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_po.pdf).
- , *Mensagem do Papa Francisco para a Quaresma de 2017: A Palavra é um Dom. O Outro é um Dom*, Vaticano, 18.10.2016 (disponível https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/messages/lent/documents/papa-francesco_20161018_messaggio-quaresima2017.html).
- FUCHS, Josef, *Personal Responsibility, Christian Morality*, Georgetown University Press/Gill and Macmillan, Washington/Dublin, 1983.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La Democracia y el Lugar de la Ley», in: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 92, outubro/dezembro 1986, pp. 117 e ss..
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, «Fraternity and Tolerance as Juridical Boundaries», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCII, tomo II, 2016, pp. 849 e ss..
- GEORGE, Robert P., *Choque de Ortodoxias: Direito, Religião e Moral em Crise*, trad. por HIPÓLITO, Isaías, Io'Hi Tenacitas, Coimbra, 2008.
- GEORGE, Susan, *Shadow Sovereigns: How Global Corporations Are Seizing Power*, Polity Press, Cambridge, 2015.
- GEREMEK, Bronisław, *A Piedade e a Força: História da Miséria e da Caridade na Europa*, trad. por SANTOS, Maria da Assunção, Terramar, Lisboa, 1995.
- GETHMANN, Carl Friedrich/KAMP, Georg, «Gradierung und Diskontierung bei der Langzeitverpflichtung», in: BIRNBACHER, Dieter/BRUDERMÜLLER, Gerd (orgs.), *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2001, pp. 137 e ss..
- GETHMANN, Carl Friedrich/KLOEPFER, Michael/NUTZINGER, Hans G. (orgs.), *Langzeitverantwortung im Umweltstaat*, Economica Verlag, Bonn, 1993.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Il Pubblico Potere: Stati e Amministrazioni Pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986.
- GIFFORD, Sharon, «Risk and Uncertainty», in: ACS, Zoltan J./AUDRETSCH, David B. (eds.), *Handbook of Entrepreneurship Research*, 2.ª ed., Springer, New York, 2010, pp. 303 e ss..
- GILL, Stephen/CUTLER, A. Claire, «New Constitutionalism and World Order: General Introduction», in: GILL, Stephen/CUTLER, A. Claire (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 1 e ss..
- GINSBURG, Tom, «Constitutional Courts», in: *Enciclopedia of Law & Society*, vol. 3, Sage Publications, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore, 2007, pp. 249 e ss..
- GLENNON JR., Robert J./NOWAK, John E., «A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment “State Action” Required», in: *The Supreme Court Review*, 1976, pp. 221 e ss..
- GLISSANT, Edouard, *Traité du Tout-Monde (Poétique IV)*, Gallimard, Paris, 1997.
- GOELZHAUSER, Greg, «Avoiding Constitutional Cases», in: *American Politics Research*, n.º 3, vol. 39, 2011, pp. 483 e ss..
- GOLDFORD, Dennis J., «Book Review», in: *Journal of Politics*, n.º 3, ano 59, agosto 1997, pp. 947 e ss..
- , *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- GOMÁ LANZÓN, Javier, *Ejemplaridad Pública*, Taurus (ed. Kindle), Madrid, 2010.
- , *Necesario pero Imposible*, Taurus (ed. Kindle), Madrid, 2013.

- GOMES, Ana Cláudia Nascimento, *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- GOMES, Carla Amado, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 541 e ss..
- GOMES, Pedro Cerqueira, «Políticas Estratégicas na Nova Diretiva 2014/24/UE – Objetivos Sociais e Ambientais», in: *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, 2016, pp. 89 e ss..
- GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- GOSSERIES, Axel, «Environmental Degradation as Age Discrimination», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 2, vol. II, 2015, pp. 15 e ss..
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional (Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição)*, Almedina, Coimbra, 1998.
- , *Manual de Direito Constitucional*, vols. I e II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- GRAAF, Gjalte de/WAL, Zeger van der, «Managing Conflicting Public Values: Governing with Integrity and Effectiveness», in: *American Review of Public Administration*, n.º 6, vol. 40, novembro 2010, pp. 623 e ss..
- GRABENWARTER, Christoph, «National Constitutional Law Relating to the EU», in: BOGDANDY, Armin von/BLAST, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed., Hart/Beck/Nomos, Oxford/München, 2010, pp. 83 e ss..
- GRAGLIA, Lino A., «State Action: Constitutional Phoenix», in: *Washington University Law Quarterly*, n.º 3, vol. 67, 1989, pp. 777 e ss..
- GREEN, Duncan, *From Poverty to Power: How Active Citizens and Effective States Can Change the World*, Oxfam International, Oxford, 2008.
- GREENING, Daniel W./TURBAN, Daniel B., «Corporate Social Performance as a Competitive Advantage in Attracting a Quality Workforce», in: *Business & Society*, n.º 3, vol. 39, setembro 2000, pp. 254 e ss..
- GREER, Steven, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?», in: *UCL Human Rights Review*, vol. 3, 2010, pp. 1 e ss..
- GRIMM, Dieter, «Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des Deutschen Bundesverfassungsgericht», in: TEUBNER, Gunther (dir.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 139 e ss..
- , «Verfassungsrecht und Sozialer Wandel», in: *Seoul Law Journal*, vol. XXXII, 2001, pp. 182 e ss..
- , «The Constitution in the Process of Denationalization», in: *Constellations*, n.º 4, vol. 12, 2005, pp. 447 e ss..

- , «The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», in: DOBNER, Petra /LOUGHLIN, Martin, (ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 3 e ss..
- , *Die Zukunft der Verfassung II*, Suhrkamp, Berlin, 2012.
- GROPPI, Tania/PONTHOREAU, Marie-Claire, «Introduction – The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication?», in: GROPPPI, Tania/PONTHOREAU, Marie-Claire, (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2013, pp. 1 e ss..
- GROSSI, Paolo, *Società, Diritto, Stato: Un Recupero per il Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- , *Ritorno al Diritto*, Laterza (ed. Kindle), Roma-Bari, 2015.
- GULA, Richard M., *Reason Informed by Faith*, Paulist Press, New York/Mahwah, 1989.
- GÜNTHER, Klaus/RANDERIA, Shalini, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Werner Reimers Stiftung, Bad Homburg, 2001.
- HÄBERLE, Peter, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», in: HÄBERLE, Peter (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, pp. 1 e ss..
- , «Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978)», in: *Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 155 e ss..
- , «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „Fünfter“ Auslegungsmethode», in: *Juristen Zeitung*, n.º 20, ano 44, outubro 1989, p. 913 e ss..
- , «Verfassungsentwicklungen in Osteuropa aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 117, 1992, pp. 169 e ss..
- , «La Jurisdicción Constitucional en la Actual Etapa Evolutiva del Estado Constitucional», in: *Pensamiento Constitucional*, n.º 10, ano X, 2004, pp. 17 e ss..
- HABERMAS, Jürgen, «Crossing Globalization's Valley of Tears», in: *New Perspectives Quarterly*, n.º 4, vol. 17, Outono 2000, pp. 51 e ss..
- , *The Postnational Constellation*, trad. por Max Pensky, MIT Press, Cambridge, 2001.
- , «On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”», in: *Ratio Iuris*, n.º 2, vol. 16, junho 2003, pp. 187 e ss..
- HAGER, Johannes, «Grundrechte im Privatrecht», in: *Juristen Zeitung*, ano 49, 1994, pp. 373 e ss..
- HAHN, Tobias/FIGGE, Frank/ARAGÓN-CORREA, J. Alberto/SHARMA, Sanjay, «Advancing Research on Corporate Sustainability: Off to New Pastures or Back to Roots?», in: *Business & Society*, n.º 2, vol. 56, fevereiro 2017, pp. 155 e ss..
- HALBERSTAM, Daniel, «Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World», in: DE BÚRCA, Gráinne/WEILER, J. H. H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 153 e ss..
- HALE, Brenda, «*Argentorum Locutum*: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?», in: *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 65 e ss..

- HALTERN, Ulrich, «On Finality», in: BOGDANDY, Armin von/BLAST, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.^a ed., Hart/Beck/Nomos, Oxford/München, 2010, pp. 205 e ss..
- HAMILTON, Alexander, «The Federalist No. 78», in: HAMILTON, Alexander/MADISON, James/JAY, John, *The Federalist with Letters of "Brutus"*, Terence BALL (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- HANSCHMANN, Felix, «"A Community of History": A Problematic Concept and its Usage in Constitutional Law and Community Law», in: *German Law Journal*, n.º 8, vol. 6, 2005, pp. 1129 e ss..
- HARDING, Sarah K., «Comparative Reasoning and Judicial Review», in: *The Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 409 e ss..
- HARLOW, Carol, «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», in: *The European Journal of International Law*, n.º 1, vol. 17, 2006, pp. 187 e ss..
- HAUSMAN, Daniel M./MCPHERSON, Michael S., «Economics, Rationality, and Ethics», in: HAUSMAN, Daniel M. (ed.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 2.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 252 e ss..
- HAVERKATE, Görg, *Verfassungslehre*, Beck, München, 1992.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkamp, Berlin, 1975.
- HEMERIJCK, Anton, *Changing Welfare States*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- HENDERSON, Ailsa/JEFFERY, Charlie/LIÑEIRA, Robert/SCULLY, Roger/WINCOTT, Daniel/JONES, Richard Wyn, «England, Englishness and Brexit», in: *Political Quarterly*, n.º 2, vol. 87, abril/junho 2016, pp. 187 e ss..
- HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20.^a ed. alemã por HECK, L. Afonso, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981.
- HIRSCHL, Ran, «The Political Economy of Constitutionalism in a Non-Secularist World», in: GINSBURG, Tom (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 164 e ss..
- , «From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, vol. 11, 2013, pp. 1 e ss..
- HIRSCHLEIFER, «The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades», in: TOMMASI, Mariano/IERULLI, Kathryn (eds.), *The New Economics of Human Behavior*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 188 e ss..
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts», in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard/VOSSKUHLE, Andreas, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2.^a ed., vol. I, Beck, München, 2012, pp. 677 e ss..

- HOFMANN, Hasso, «Die Versprochene Menschenwürde», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, n.º 3, vol. 118, 1993, pp. 353 e ss..
- HOFMANN, Rainer, «Zurück zu Solange II! Zum *Bananensmarktordnungs*-Beschluß des Bundesverfassungsgericht», in: CREMER, Hans-Joachim/GIEGERICH, Thomas/RICHTER, Dagmar/ZIMMERMANN, Andreas (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin, 2002, pp. 1207 e ss..
- HOLMES, Oliver Wendell, «The Path of the Law», in: *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457 e ss..
- HOLMES, Stephen/SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York/London, 2000.
- HÖPFNER, Clemens, *Die Systemkonforme Auslegung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- HUGHES, Charles Evans, «Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907», in: *Addresses and Papers 1906-1908*, G. P. Putnam's Sons/The Knickerbocker Press, New York/London, 1908, pp. 133 e ss..
- , *The Supreme Court of the United States*, 7.^a reimp., Columbia University Press, New York/London, 1966.
- HUNT, Murray, «The “Horizontal Effect” of Human Rights Act: Moving Beyond the Public-Private Distinction», in: JOWELL, Jeffrey/COOPER, Jonathan (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001, pp. 161 e ss..
- HUNTINGTON, Samuel P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996.
- IANNOTTA, Lucio, «Merito, Discrezionalità e Risultato nelle Decisioni Amministrative (L'Arte di Amministrare)», in: *Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico*, n.º 1, ano II, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/ART_1975.pdf (outubro 2010).
- IPSEN, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeiten von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980.
- IRIYE, Akira, *Global Community: The Role of International Organizations in the Making of Contemporary World*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London, 2002.
- ISENSEE, Josef, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht», in: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., vol. IX, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 413 e ss..
- , «Verfassungsrecht als “Politisches Recht”», in: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., vol. XII, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 483 e ss..
- JELLINEK, Georg, *Die Socioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, facsimile da ed. de 1878, Adamant Corporation, s. l., 2003.
- JELLUM, Linda D., *Mastering Statutory Interpretation*, Carolina Academic Press, Durham, 2008.

- JESTAEDT, Mathias, «Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit», in: VESTING, Thomas/KORIOTH, Stefan (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 317 e ss..
- KAHL, Wolfgang, «Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff», in: KAHL, Wolfgang (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*; Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 1 e ss..
- KAHN-FREUND, Otto, *Comparative Law as an Academic Subject*, Clarendon Press, Oxford, 1966.
- KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. por Paulo QUINTELA, ed. Viriato SOROMENHO-MARQUES, Porto Editora, Porto, 1995.
- KAU, Marcel, «Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte», in: VITZTHUM, Wolfgang Graf/PROELSS, Alexander (orgs.), *Völkerrecht*, 7.^a ed., De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, pp. 133 e ss..
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, trad. da ed. alemã (1997) por CORTÊS, António Ulisses, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004.
- KEATING, Michael, *Rescaling the European State: The Making of Territory and the Right of Meso*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- KEMP, Peter, *Das Unersetzliche: Eine Technologie-Ethik*, Wichern-Verlag, Berlin, 1992.
- KENNEDY, David, «One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream», in: *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 31, 2007, pp. 641 e ss..
- KENNY, Michael, «The Genesis of English Nationalism», in: *Political Insight*, n.º 2, vol. 7, setembro 2016, pp. 8 e ss..
- KIRCHHOF, Paul, *Deutschland im Schuldensog – Der Weg vom Bürgen zurück zum Bürger*, Beck, München, 2012.
- , «Der Deutsche Staat im Prozess der Europäische Integration», in: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.^a ed., vol. X, Beck, München, 2012, pp. 299 e ss..
- KOCH JR., Charles H., «Judicial Review and Global Federalism», in: *Administrative Law Review*, vol. 54, 2002, pp. 491 e ss..
- KÖHLER, Wolfgang R., «Das Recht auf Menschenrechte», in: BRUNKHORST, Hauke/KÖHLER, Wolfgang R./LUTZ-BACHMANN, Matthias (eds.), *Recht auf Menschenrechte: Menschenrechte, Demokratie und Internationale Politik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, pp. 106 e ss..
- KUMM, Mattias, «Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», in: PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Hart Publishing, Portland, 2007, pp. 131 e ss..
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed., tradução da 6.^a ed. alemã (1991) por LAMEGO, J., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- LASH, Scott/URRY, John, *Economies of Signs & Space*, Sage Publications, London, 1994.

- LEE, Sophia Z., «Race, Sex, and Rulemaking: Administrative Constitutionalism and the Workplace, 1960 to the Present», in: *Virginia Law Review*, vol. 96, 2010, pp. 799 e ss..
- LEGG, Martin, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- LEGRAND, Pierre, «The Impossibility of “Legal Transplants”», in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 111 e ss..
- LEVINAS, Emmanuel, *Humanisme de l'Autre Homme*, Le Livre de Poche/Fata Morgana, s. l., 1987.
- LEVINE, Daniel H., «Pluralidad, Pluralismo y la Creación de un Vocabulario de Derechos», in: *América Latina Hoy: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 41, 2005, pp. 17 e ss..
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- LINHARES, José Manuel Aroso, «Validade Comunitária e Contextos de Realização: Anotações em Espelho sobre a Conceção Jurisprudencialista do Sistema», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona*, n.º 1, vol. 1, 2012, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>.
- LIPPMANN, Walter, *The Public Philosophy*, 7.ª reimp., Transaction Publishers, New Jersey, 2009.
- LOMBARDI, Clark B./BROWN, Nathan J., «Do Constitutional Requiring Adherence to *Shari'a* Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law», in: *American University International Law Review*, vol. 21, 2006, pp. 379 e ss..
- LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário: Uma Perspectiva de Controlo*, polic., Coimbra, 2003.
- LOPES, Licínio, «O Conceito de Norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVXXV, 1999, pp. 604 e ss..
- , *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- LOUGHLIN, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- , *The Silence of Constitution*, polic., s. l., 2017.
- LOUREIRO, João, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 263 e ss..
- , «Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 797 e ss..
- , «Fernverfassung, Konstitutionalismus und Weltverfassung», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, 2001, pp. 549 e ss..

- , «Pessoa, Dignidade e Cristianismo», in: *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I, *Studia Iuridica* 90, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 669 e ss..
- , *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos Direitos Adquiridos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- , «Leões, Melhoramento(s) e Constituição», in: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 545 e ss..
- , «Dignitas: Dos Principi di Scienza Nuova a uma Nuova Scienza Nuova – Barbosa de Melo, a Bioética e o Direito da Saúde», in: *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 17, dezembro 2012, pp. 93 e ss..
- , «Pessoa, Democracia e Cristianismo: Entre o Real e o Ideal? Subsídios de (para a) Leitura(s) de Barbosa de Melo», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 361 e ss..
- , «A “Porta da Memória”: (Pós?)Constitucionalismo, Estado (Pós?)Social, (Pós?)Democracia e (Pós?)Capitalismo», in: *Estudos do Século XX*, n.º 13, 2013, pp. 109 e ss..
- , «Constituições e Tribulações de Israel – Reflexões de um Jurista em Torno de Religião, Nação e Estado. I – Constituição de Israel: Um Paradoxo?», in: *Estudos. Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, n.º 11, 2014, pp. 141 e ss..
- , *Direito da Segurança Social: Entre a Necessidade e o Risco*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- , «Crise(s) de uma Nota Só? Constitucionalismo(s), Escassez e Neojoaquimismo», in: Paulo OLIVEIRA/Gabriel Prado LEAL (org.), *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros: Perspetivas Atuais do Direito Público – O Direito em Tempos de Crise*, Editora JusPodium, Salvador, 2015, pp. 69 e ss..
- LOEWENSTEIN, Karl, «Militant Democracy and Fundamental Rights, I, II», in: SAJÓ, András (ed.), *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, pp. 231 e ss..
- LUCIANI, Massimo, «Costituzionalismo Irenico e Costituzionalismo Polemico», in: *Giurisprudenza Costituzionale*, n.º 2, vol. 52, 2006, pp. 1644 e ss..
- LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1974.
- , *Soziologische Aufklärung 2*, 4.ª ed., Springer, Wiesbaden, 1991.
- MAC CRORIE, Benedita, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.
- MACHADO, João Baptista, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970.
- , «Participação e Descentralização», in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, ano XXII, janeiro/dezembro 1975, pp. 1 e ss..
- , *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1993.

- MACKELM, Patrick, «Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 3, vol. 4, 2006, pp. 488 e ss..
- MAHLMANN, Matthias, *Elemente einer Ethischen Grundrechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2008.
- , «The Dictatorship of the Obscure? Values and the Secular Adjudication of Fundamental Rights», in: SAJÓ, András/UITZ, Renáta (eds.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, pp. 343 e ss..
- MALAVIYA, Nina, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- MANDAVILLE, Peter, *Transnational Muslim Politics: Reimagining the Umma*, Routledge, London/New York, 2001.
- MASHAW, Jerry L., «Reluctant Nationalists: Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 1801-1829», in: *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2007, pp. 1636 e ss..
- MATHIS, Klaus, «Consequentialism in Law», in: MATHIS, Klaus (ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 3 e ss..
- MATOS, André Salgado de, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004.
- MATTIONI, Angelo, «Solidarietà Giuridicizzazione della Fraternità», in: MARZANATI, Anna/MATTIONI, Angelo (eds.), *La Fraternità come Principio del Diritto Pubblico*, Città Nuova, Roma, 2007, pp. 7 e ss..
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.ª ed., Beck, München, 2011.
- MCCRUDDEN, Christopher, «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 4, vol. 20, 2000, pp. 499 e ss..
- , «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», in: *The European Journal of International Law*, n.º 4, vol. 19, 2008, pp. 655 e ss..
- MECCARELLI, Massimo/PALCHETTI, Paolo/SOTIS, Carlo, «I Diritti Umani tra Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio», in: MECCARELLI, Massimo/PALCHETTI, Paolo/SOTIS, Carlo (eds.), *Il Lato Oscuro dei Diritti Umani: Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio nella Tutela Giuridica del Individuo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 9 e ss..
- MEDEIROS, Rui, «Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional», in: *O Direito*, n.º III, ano 121.º, julho/setembro 1989, pp. 485 e ss..
- , *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- , «A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 183 e ss..
- MELO, António Barbosa de, *Democracia e Utopia (Reflexões)*, s.n., Porto, 1980.
- , *Sobre o Problema da Competência para Assentar, polic.*, Coimbra, 1988.

- , «As Tensões entre Bem Pessoal e Bem Comum (Um Ponto de Vista Jurídico)», in: *Bem da Pessoa e Bem Comum – Um Desafio à Bioética*, Centro de Estudos de Bioética/Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1998, pp. 25 e ss..
- , «Profecia sobre a Pessoa no Mundo Global», in: *Cadernos de Bioética*, n.º 30, dezembro 2002, pp. 27 e ss..
- , «Humanismo Universal», in: *Estudos – Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, n.º 7 (nova série), dezembro 2006.
- , «A Administração da Justiça no Estado de Direito Democrático: o Caso Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXV, 2009, pp. 1 e ss..
- MENDES, Gilmar Ferreira, «A Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988 e a sua Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal», in: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n.º 2, ano 6, julho/dezembro 2013, pp. 83 e ss..
- MENGGONI, Luigi, «Hermeneutik und Folgerorientierung: Zur Argumentationspraxis der Italienischen Corte Costituzionale», in: TEUBNER, Gunther (dir.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 123 e ss..
- MERTUS, Julie, «From Legal Transplants to Transformative Justice: Human Rights and the Promise of Transnational Civil Society», in: *American University of International Law Review*, vol. 14, 1999, pp. 1335 e ss..
- METZGER, Gillian E., «Privatization as Delegation», in: *Columbia Law Review*, vol. 103, 2003, pp. 1367 e ss..
- , «Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law», in: *Columbia Law Review*, vol. 110, 2010, pp. 479 e ss..
- MICHAELSEN, Christopher, «“From Strasbourg with Love” – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights», in: *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 148 e ss..
- MICHELMAN, Frank I., «Brauchen Menschenrechte eine Demokratischen Legitimation?», in: BRUNKHORST, Hauke/KÖHLER, Wolfgang R./LUTZ-BACHMANN, Matthias (eds.), *Recht auf Menschenrechte: Menschenrechte, Demokratie und Internationale Politik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, pp. 52 e ss..
- MILANOVIĆ, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2011.
- MILANOVIĆ, Marko/PAPIĆ, Tatjana, «As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights’s *Behrami and Saramati* Decision and General International Law», in: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, pp. 267 e ss..
- MILLER, Arthur S./HOWELL, Ronald F., «The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication», in: *University of Chicago Law Review*, vol. 61, 1960, pp. 661 e ss..
- MIRANDA, Jorge, «A Forma Legislativa» in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 99 e ss..

- , «Artigo 112.º», in: MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 256 e ss..
- , *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- , «Artigo 8.º», in: MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 159 e ss..
- , «Artigo 16.º», in: MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 289 e ss..
- , «Artigo 19.º», in: MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 405 e ss..
- , *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- , *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- MIRANDA, Jorge/SILVA, Jorge Pereira da, «Artigo 18.º», in: MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 310 e ss..
- MÖLLERS, Thomas M. J., «Sources of Law in European Securities Regulation: Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière», in: *European Business Organization Law Review*, n.º 11, 2010, pp. 379 e ss..
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, «Os Princípios Normativos São Parâmetros de Vinculação do Regulamento?», anotámos em *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, março/abril 2010, pp. 50 e ss..
- , «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 243 e ss..
- , *A Recusa de Aplicação de Regulamentos Inválidos pela Administração: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012.
- , «O Administrative Constitutionalism: Resgatar a Constituição para a Administração Pública», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, Studia Iuridica 106, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 385 e ss.
- , «A Discricionariedade Administrativa: Reflexões a Partir da Pluridimensionalidade da Função Administrativa», in: *O Direito*, n.º III, ano 144.º, 2012, pp. 599 e ss..
- , «Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial», in: LOUREIRO, João/SILVA, Suzana Tavares da (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 61 e ss..
- , «O Problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional: *Ratio* e *Voluntas*, *Synépeia* e *Epieikeia*? (Reflexões a Partir do Pensamento de Castanheira Neves)», in: *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito (VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social)*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2016, pp. 251 e ss.

- , «A Avaliação do Mérito na História da Administração Pública Portuguesa até ao 25 de abril», in: BILHIM, João (dir.), *Do Governo à Governação: Os Desafios do Mérito*, ISCSP, Lisboa, no prelo (2017).
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Garnier-Frères Libraires-Editeurs, Paris, s.d..
- MOORE, Mark H., *Creating Public Value*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1995.
- , *Recognizing Public Value*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de, «As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, ano 61.º, janeiro 2001, pp. 101 e ss..
- , «Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais», in: *Revista Direito Mackenzie*, n.º 2, vol. 3, 2002, pp. 109 e ss..
- , *Justiça Constitucional*, 2.ª ed., tomos I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 e 2011, respetivamente.
- , «De Novo a Querela da “Unidade Dogmática” entre Direitos de Liberdade e Direitos Sociais em Tempos de “Exceção Financeira”», in: *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 3, vol. I, 2014, pp. 59 e ss..
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Almedina, Coimbra, 1997.
- , *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997.
- MORISON, John/ANTHONY, Gordon, «The Place of Public Interest», in: ANTHONY, Gordon/AUBY, Jean-Bernard/MORISON, John/ZWART, Tom, *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011, pp. 215 e ss..
- MORRISON, Trevor W., «Constitutional Avoidance in the Executive Branch», in: *Columbia Law Review*, vol. 106, 2006, pp. 1189 e ss..
- MORSE, Julia C./KEOHANE, Robert O., «Contested Multilateralism», in: *The Review of International Organizations*, n.º 4, vol. 9, 2014, pp. 385 e ss..
- MÜLLER, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*, PUF, Paris, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago «Hacia un Nuevo Derecho Administrativo», in: BLASCO ESTEVE, Avelino (coord.), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp. 191 e ss..
- MUÑOZ-MARTÍN, Juan, «Ética Empresarial, Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y Creación de Valor Compartido (CVC)», in: *Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, n.º 3, vol. 7, setembro/dezembro 2013, pp. 76 e ss..
- NABAIS, José Casalta, «Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito (Separata)*, vol. LXXV, 1989, pp. 3 e ss..
- , «Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 965 e ss..
- , «Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, 1999, pp. 145 e ss..

- , «A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos», in: *Revista Direito Mackenzie*, n.º 2, ano 3, 2002, pp. 9 e ss..
- , «Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social», in: *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 111 e ss..
- , *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2012.
- , «A Crise do Estado Fiscal», in: SILVA, Suzana Tavares da/RIBEIRO, Maria de Fátima, *Trajectórias de Sustentabilidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 19 e ss..
- , «Reflexões sobre a Constituição Económica, Financeira e Fiscal», in: *Por um Estado Fiscal Sustentável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 157 e ss..
- NARDIN, Terry, «Ethical Traditions in International Affairs», in: NARDIN, Terry/MAPEL, David R. (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 1 e ss..
- , «The Moral Basis of Humanitarian Intervention», in: LANG JR., Anthony F. (ed.), *Just Intervention*, Georgetown University Press, Washington, 2003, pp. 57 e ss..
- NETTESHEIM, Martin, «Die Garantie der Menschenwürde zwisher Metaphysischer Überhöhung und Bloßem Abwägungstopos», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 130, 2005, pp. 71 e ss..
- NEVES, António Castanheira, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967.
- , *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, polic., Coimbra, 1971-1972.
- , *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra, 1976.
- , *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, *Studia Iuridica* 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- , «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 9 e ss..
- , «A Revolução e o Direito: A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 51 e ss..
- , «Justiça e Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 241 e ss..
- , «O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 287 e ss..
- , «O Problema da Discrecioniedade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 531 e ss..
- , «Fontes do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 7 e ss..

- , «A Unidade do Sistema Jurídico: O Seu Problema e o Seu Sentido», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 95 e ss..
- , «A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico», in: *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 379 e ss..
- , «Da “Jurisdição” no Actual Estado-de-Direito», in: *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 177 e ss..
- , *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito*, polic., Coimbra, s.d..
- , «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito – ou as Condições de Emergência do Direito como Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 9 e ss..
- , «Direito Hoje e Com que Sentido?», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 43 e ss..
- , «O Problema da Universalidade do Direito – Ou o Direito Hoje, na Diferença e no Encontro Humano Dialogante das Culturas», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 101 e ss..
- , «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 129 e ss..
- , «Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 161 e ss..
- , «O Funcionalismo Jurídico. Caracterização Fundamental e Consideração Crítica no Contexto Actual do Sentido da Juridicidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 199 e ss..
- , «Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade», in: *Liber Amicorum José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 3 e ss..
- , «O Direito como Validade: A Validade como Categoria Jurisprudencialista», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3984, ano 143.º, janeiro/fevereiro 2014, pp. 154 e ss..
- NEVES, Marcelo, «A Força Simbólica dos Direitos Humanos», in: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.º 4, outubro/novembro/dezembro 2005, pp. 1 e ss. (disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>).
- , *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.

- , *Abuso de Princípios no Supremo Tribunal Federal*, 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>.
- , «(Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo Além de Colisões», in: *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, vol. 93, 2014, pp. 201 e ss..
- NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- , *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- , «O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, abril/junho 2005, pp. 3 e ss..
- , «Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)», in: *Themis*, n.º 10, ano VI, 2005, pp. 91 e ss..
- NUSSBAUM, Martha, «Constitutions and Capabilities: “Perception” Against Lofty Formalism», in: *Harvard Law Review*, vol. 121, 2007, pp. 4 e ss..
- , *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2001.
- , *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London, 2011.
- , «Capabilities, Entitlements, Rights: Supplementation and Critique», in: *Journal of Human Development and Capabilities*, n.º 1, vol. 12, fevereiro 2011, pp. 23 e ss..
- NYMAN-METCALF, Katrin, «The Future of Universality of Human Rights», in: KERIKMÄE, Tanel (ed.), *Protection Human Rights in the EU: Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2014, pp. 21 e ss..
- O’CONNELL, Timothy E., *Principles for a Catholic Morality*, ed. rev., Harper Collins Publishers, New York, 1990.
- Ooyen, Robert Chr. van, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht und Europa: Von Solange über Maastricht zu Lissabon und Euro-Rettung*, 5.ª ed., Nomos, 2014.
- O’NEILL, Johnathan, *Originalism in American Law and Politics*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2009.
- ORTEGA, Luis, «Global Citizenship and Global Legitimacy», in: ANTHONY, Gordon/AUBY, Jean-Bernard/MORISON, John/ZWART (eds.), Tom, *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011, pp. 251 e ss..
- ORTEGA Y GASSET, José, «Meditaciones del Quijote (1914)», in: ORTEGA Y GASSET, José, *Obras Completas*, tomo I (1902-1916), 7.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966, pp. 309 e ss..
- , «El Tema de Nuestro Tiempo (1923)», in: ORTEGA Y GASSET, José, *Obras Completas*, tomo III (1917-1928), 6.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966, pp. 143 e ss..
- OSIATYNSKI, Wiktor, «Paradoxes of Constitutional Borrowing», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2, vol. 1, 2003, pp. 244 e ss..

- OSSENBÜHL, Fritz, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», in: *Die Verwaltung*, n.º 2, 1969, pp. 393 e ss..
- , «Grundsätze der Grundrechtsinterpretation», in: MERTEN, Detlef/PAPIER, Hans-Jürgen (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 595 e ss..
- OST, François/KERCHOVE, Michel van de, *De la Pyramide au Réseau? Pour una Théorie Dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.
- OTERO, Paulo, «Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais», in: *O Direito*, n.ºs III-IV, ano 122.º, julho/dezembro 1990, pp. 603 e ss..
- , *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, Lex, Lisboa, 1995.
- , *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I vol., 1.º e 2.º tomos, polic., Lisboa, 1998 e 1999, respectivamente.
- , «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», in: *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, *Studia Iuridica* 60, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 31 e ss..
- , *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.
- , *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009.
- PEREIRA, Miguel Baptista, «Alteridade, Linguagem e Globalização», in: *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 23, 2003, pp. 3 e ss..
- PHILIPPE, Xavier, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Françaises*, Economica, Paris, 1990.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, «Artigo 112.º», in: OTERO, Paulo (coord.), *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. III, tomo 1.º, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 69 e ss..
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PINTO, Luzia Cabral, *Constituição e Teoria dos Limites Materiais do Poder Constituinte*, *Studia Iuridica* 7, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- PINTO, Paulo Mota, «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, *Studia Iuridica* 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149 e ss..
- , «A Protecção da Vida Privada e a Constituição», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVI, 2000, pp. 153 e ss..
- , «A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português», in: MONTEIRO, António Pinto/NEUNER, Jörg/SARLET, Ingo (orgs.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 145 e ss..
- PINTORE, Anna, «Diritti Insaziabile», in: *Teoria Politica*, n.º 2, 2000, pp. 3 e ss..

- PITSCHAS, Rainer, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard/VOSSKUHLE, Andreas, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., vol. II, Beck, München, 2012, pp. 1689 e ss..
- PRIGOGINE, Ilya, *La Fin des Certitudes*, colab. de STENGERS, Isabelle, Editions Odile Jacob, Paris, 1996.
- PIZZOLATO, Filippo, *Finalismo dello Stato e Sistema dei Diritti nella Costituzione Italiana*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 1999.
- , *Il Principio Costituzionale di Fraternità – Itinerario di Ricerca a Partire dalla Costituzione Italiana*, Città Nuova, Roma, 2012.
- QUADROS, Fausto de, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1998.
- QUEIRÓ, Afonso, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, polic., Coimbra, 1959.
- , «Teoria dos Regulamentos», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, pp. 213 e ss..
- , «A Autoridade», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo II, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 25 e ss..
- QUELHAS, Ana Paula, «O Financiamento da Economia Social – De Novo a “Meio Caminho”?», in: LOUREIRO, João/SILVA, Suzana Tavares da (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 230 e ss..
- RAABE, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- RAMOS, Rui Manuel Moura, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Sua Posição face ao Ordenamento Jurídico Português», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, pp. 95 e ss..
- , «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 963 e ss..
- , «Le Recours aux Précédents Etrangers par le Juge Constitutionnel», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XC, tomo I, 2014, pp. 31 e ss..
- RAUTENBACH, Christa, «South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks?», in: ANDENAS, Mads/FAIRGRIEVE, Duncan (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 353 e ss..
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. portuguesa da ed. de 1971 por Carlos Pinto CORREIA, Editorial Presença, Lisboa, 1993.
- , *The Law of Peoples (with “The Idea of Public Reason Revisited”)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 1999.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «Constitucionalização do Direito Civil», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, 1998, pp. 729 e ss..

- RICOEUR, Paul, «Approches de la Personne», in: *Esprit*, n.º 160, março/abril 1990, pp. 115 e ss..
- ROBBINS, Lionel, «The Nature and Significance of Economic Science», in: HAUSMAN, Daniel M. (ed.), *The Philosophy of Economics: An Anthology*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 83 e ss..
- ROBERTSON, Roland, «Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity», in: FEATHERSTONE, Mike/LASH, Scott/ROBERTSON, Roland (eds.), *Global Modernities*, Sage, London, 1995, pp. 25 e ss..
- RODGERS, Paul, *United States Constitutional Law: An Introduction*, McFarland, Jefferson, 2011.
- RODIN, David, «Ethique des Affaires», in: *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n.º 185, 2005, pp. 1 e ss..
- RODOTÀ, Stefano, *La Vita e le Regole: Tra Diritto e Non Diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- , *Dal Soggetto alla Persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- , *Il Diritto di Avere Diritti*, Laterza, Roma/Bari, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, «Efficiency, Funding, and Autonomy in the Third Sector», in: ANHEIER, Helmut K./SEIBEL, Wolfgang (eds.), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, De Gruyter, Berlin/New York, 1990, pp. 157 e ss..
- ROSENBLOOM, David H./PIOTROWSKI, Suzanne J., «Outsourcing the Constitution and Administrative Law Norms», in: *American Review of Public Administration*, n.º 2, vol. 35, junho 2005, pp. 103 e ss..
- ROSENVALLON, Pierre, *La Contre-Démocratie: La Politique à l'Âge de la Défiance*, Seuil (ed. Kindle), Paris, 2006.
- ROSS, Edward Alsworth, «Estrangement in Society», in: *American Journal of Sociology*, n.º 3, vol. 23, novembro 1917, pp. 350 e ss..
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social ou Principes de Droit Politique*, Librairie des Bibliophiles, Paris, 1889.
- , *Discours sur L'Economie Politique*, Emmanuel Du Villard Fils, Genève, 1758.
- RUFFERT, Matthias, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- RÜTHERS, Bernd, *Die Heimliche Revolution: vom Rechtsstaat zum Richerstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- SABEL, Charles F./GERSTENBERG, Oliver, «Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergency of a Coordinate Constitutional Order», in: *European Law Journal*, n.º 5, vol. 16, setembro 2010, pp. 511 e ss..
- SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin, «Corporate Social Responsibility: A Trend and a Movement, but of what and for what?», in: *Corporate Governance*, n.º 5, vol. 6, 2006, pp. 595 e ss..
- SALMINEN, Ari, «Accountability, Values and Ethical Principles of Public Service: The Views of Finnish Legislators», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, pp. 171 e ss..

- SALVIA, Michel de, «L'Elaboration d'un "Ius Commune" des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales dans la Perspective de l'Unité Européenne: L'œuvre Accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme», in: MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda* | *Protection des Droits de l'Homme: Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymann, Köln, 1988, pp. 555 e ss..
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa», in: RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, vol. II, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 851 e ss..
- SANDEL, Michael, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Se Deus Fosse um Activista dos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2013.
- SARI, Aurel, «Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami* and *Saramati* Cases», in: *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 151 e ss..
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.
- SCHMIDT, Christopher W., «On Doctrinal Confusion: The Case of State Action Doctrine», in: *Brigham Young University Law Review*, 2016, pp. 575 e ss..
- SCHMID-ASSMANN, Eberhard, «El Método de la Ciencia del Derecho Administrativo», in: BARNES, J. (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 133 e ss..
- SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1931.
- , *Teoría de la Constitución*, trad. por AYALA, Francisco, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- , *Die Tyrannei der Werte*, 3.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- SCHORLEMER, Sabine von, «Introduction», in: SCHORLEMER, Sabine von/STOLL, Peter-Tobias (eds.), *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012, pp. 1 e ss..
- SCHULTZ, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1934.
- SCHWABE, Jürgen, «Grundrechte und Privatrecht», in: *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.º 1, vol. 185, pp. 1 e ss..
- SCHWARTZ, Bernard/CORRADA, Roberto, *Administrative Law – A Casebook*, 5.ª ed., Aspen Law & Business, Gaithersburg/New York, 2001.
- SCHWÖBEL, Christine E. J., *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.
- SCUCCIMARRA, Luca, «Proteggere o Dominare? Sovanità e Diritti Umani nel Dibattito sulla *Responsibility to Protect*», in: MECCARELLI, Massimo/PALCHETTI, Paolo/SOTIS, Carlo

- (eds.), *Il Lato Oscuro dei Diritti Umani: Esigenze Emancipatorie e Logiche de Dominio nella Tutela Giuridica del Individuo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 349 e ss..
- SEIBEL, Wolfgang/ANHEIER, Helmut K., «Sociological and Political Sciences Approaches to the Third Sector», in: ANHEIER, Helmut K./SEIBEL, Wolfgang (eds.), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, De Gruyter, Berlin/New York, 1990, pp. 7 e ss..
- SEN, Amartya, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- , *On Ethics and Economics*, Blackwell Publishing, Malden/Oxford/Victoria, 1988.
- , *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1992.
- , «Equality of What?», in: *Choice, Welfare and Management*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 1997, pp. 353 e ss..
- , *Commodities and Capabilities*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- , *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- , *A Ideia de Justiça*, trad. por BASTOS, Nuno Castello-Branco, Almedina, Coimbra, 2009.
- SERRA, Catarina, «A Responsabilidade Social das Empresas – Sinais de um Instituto Jurídico Iminente?», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Studia Iuridica 95, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 835 e ss..
- SHAMAN, Jeffrey M., *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Greenwood Press, Westport, 2001.
- SHIFFRIN, Steven, «First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of First Amendment», in: *Northwestern University Law Review*, vol. 78, 1983, pp. 1212 e ss..
- SILVA, Suzana Tavares da, «O *Tetralema* do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, pp. 639 e ss..
- , «Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade», in: SILVA, Suzana Tavares da/RIBEIRO, Maria de Fátima, *Trajectórias de Sustentabilidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 115 e ss..
- , *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, «Typology of Transnational Communication», in: *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 99 e ss..
- , «Judicial Globalization», in: *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 1103 e ss..
- , «A Global Community of Courts», in: *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 191 e ss..
- SMEND, Rudolf, «Die Politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform», in: *Staatsrechtliche Abhandlungen und Andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, pp. 68 e ss..

- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlântida, Coimbra, 1955.
- , «O Conceito Ocidental de Constituição», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, n.º 3744, julho 1986, pp. 36 e ss., 69 e ss..
- , «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, pp. 169 e ss..
- , *Direito Administrativo*, polic., s. l., s.d..
- SOMMERMANN, Karl-Peter, «Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung», in: MERTEN, Detlef/PAPIER, Hans-Jürgen (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 631 e s..
- SOUZA, Marnoco e, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3.ª ed., França Amado, Coimbra, 1910.
- STARCK, Christian, *Verfassungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- , «Maximen der Verfassungsauslegung», in: ISENSEE/KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.ª ed., vol. XII, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 613 e ss..
- STENSÖTA, Helena Olofsdotter, «The Conditions of Care: Reframing the Debate About Public Sector Ethics», in: *Public Administration Review*, n.º 2, vol. 70, março/abril 2010, pp. 295 e ss..
- STIGLITZ, Joseph E., *Making Globalization Work*, W. W. Norton & Company, New York/London, 2007.
- STOBER, Rolf, «Grundrechtsschutz durch Selbstkontrolle und Fremdkontrolle der Verwaltung», in: MERTEN/PAPIER (orgs.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, C. F. Müller, Heidelberg, 2009, pp. 881 e ss..
- , «Compliance in der Öffentlicher Verwaltung – Eine Anforderung zwischen Moderner Governance und Klassischem Verwaltungsethos», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 7, ano 127, abril 2012, pp. 391 e ss..
- STOLLEIS, Michael, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. IV, Beck, München, 2012.
- STONE, Geoffrey R./SEIDMAN, Louis Michael/SUNSTEIN, Cass R./TUSHNET, Mark V./KALMAN, Pamela S., *Constitutional Law*, 7.ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2013.
- SUÁREZ, Francisco, *Des Lois et du Dieu Législateur*, trad. por Jean-Paul COUJOU, Dalloz, Paris, 2003.
- SULMASY, Daniel P., «Human Dignity and Human Worth», in: MALPAS, Jeff/LICKISS, Norelle (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 9 e ss..
- SUNSTEIN, Cass R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- , «Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is», in: *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 2580 e ss..
- , *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven/London, 2014.

- SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard H., «Libertarian Paternalism is not an Oxymoron», in: *The University of Chicago Law Review*, n.º 4, vol. 70, 2003, pp. 1159 e ss..
- SVARA, James, *The Ethics Primer for Public Administration in Government and Nonprofit Organizations*, 2.ª ed., Jones & Bartlett Learning, Burlington, 2015.
- SZEREMETA, Jerzy/KERBY, Richard, «E-Government: Providing Value to Citizens», in: *Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*, United Nations, New York, 2007, pp. 165 e ss. (disponível em <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan025063.pdf>, setembro 2016).
- TEUBNER, Gunther, «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?», in: JOERGES, Christian/SAND, Inger-Johanne/TEUBNER, Gunther (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, pp. 3 e ss..
- , *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. NORBURY, Gareth, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- THALER, Richard H./SUNSTEIN, Cass R., «Libertarian Paternalism», in: *The American Economic Review*, n.º 2, vol. 93, 2003, pp. 175 e ss..
- , *Nudge: Improving Health, Wealth, and Happiness*, Penguin Books, London, 2009.
- TIMSIT, Gérard, «Braibant Lecture: Reinventing the State – To Be Continued», in: *International Review of Administrative Sciences*, vol. 74, 2008, pp. 165 e ss..
- TRAVIS, Hannibal, «The FCC's New Theory of the First Amendment», in: *Santa Clara Law Review*, vol. 51, 2011, pp. 417 e ss..
- TRIEPEL, Heinrich, *Staatsrecht und Politik*, Berlin, Walter de Gruyter, 1927.
- TULLY, James/DUNOFF, Jeffrey L./LANG JR., Anthony F./KUMM, Matthias/WIENER, Antje, «Introducing Global Integral Constitutionalism», in: *Global Constitutionalism*, n.º 1, vol. 5, março 2016, pp. 1 e ss..
- TUSHNET, Mark, «Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law», in: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n.º 2, vol. 1, 1998, pp. 325 e ss..
- , *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
- , «The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, vol. 1, 2003, pp. 79 e ss..
- , «Comparative Constitutional Law», in: REIMANN, Mathias/ZIMMERMANN, Reinhard, (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1225 e ss..
- , *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2007.
- , «Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues», in: *E-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, n.º 3, vol. I, 2014, pp. 8 e ss..
- UERPMANN-WITZACK, Robert, «The Constitutional Role of International Law», in: BOGDANDY, Armin von/BLAST, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed., Hart/Beck/Nomos, Oxford/München, 2010, pp. 131 e ss..

- UNRUH, Peter, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- URBANO, Maria Benedita, «Cidadania para uma Democracia Ética», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, 2007, pp. 515 e ss..
- , *Curso de Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2012.
- URUEÑA HERNANDEZ, René Fernando, «Global Administrative Law and the Global South», in: CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Elgar, Cheltenham/Southampton, 2016, pp. 392 e ss..
- VALE, Luís Meneses do, «Breves Apontamentos sobre o Direito Constitucional da República da Turquia: Contributo para uma Recompreensão Inter- e Transcultural da Jusconstitucionalidade Contemporânea?», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, pp. 727 e ss. (1.ª Parte), vol. LXXXIX, tomo I, 2013, pp. 305 e ss. (2.ª Parte), vol. LXXXIX, tomo II, 2013, pp. 721 e ss. (Conclusão).
- VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva de Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, (reimp.), Universidade Católica, Porto, 1996.
- VIENNEY, Claude, *L'Economie Sociale*, La Découverte, Paris, 1994.
- VINCENT, R. J., «The Idea of Rights in International Ethics», in: NARDIN, Terry/MAPEL, David R. (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 250 e ss..
- VITARELLI, Anthony, «Constitutional Avoidance Step Zero», in: *The Yale Law Journal*, vol. 119, 2010, pp. 837 e ss..
- VITZTHUM, Wolfgang Graf, «Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts», in: VITZTHUM, Wolfgang Graf/PROELSS, Alexander (orgs.), *Völkerrecht*, 7.ª ed., De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, pp. 1 e ss..
- VIZARD, Polly/FUKUDA-PARR, Sakiko/ELSON, Diane, «Introduction: The Capability Approach and Human Rights», in: *Journal of Human Development and Capabilities*, n.º 1, vol. 12, fevereiro 2011, pp. 1 e ss..
- VOGEL, David, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Brookings Institution Press, Washington, 2005.
- VOGEL, Joachim, *Juristische Methodik*, De Gruyter, Berlin/New York, 1998.
- WAHL, Rainer, *Herausforderung und Antworten: Das Öffentliche Recht der Letzten Fünf Jahrzehnte*, De Gruyter, Berlin, 2006.
- WALDRON, Jeremy, «Rights and Majorities: Rousseau Revisited», in: *Nomos*, vol. 32 (Majorities and Minorities), 1990, pp. 44 e ss..
- WALKER, Neil, «The Idea of Constitutional Pluralism», in: *The Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 317 e ss..
- , *Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law*, EUI Working Paper – Law No. 2005/17, EUI, Florence, 2005 (disponível em <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3762/WPLAWNo.200517Walker.pdf?sequence=1>).

- , «Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.ºs 3/4, vol. 6, julho/outubro 2008, pp. 373 e ss..
- , «Postnational Constitutionalism and the Challenge of Contested Multilateralism», in: *Global Constitutionalism*, n.º 3, vol. 5, 2016, pp. 309 e ss..
- WEIBEZAHN, Martin, *Ethische Standards in der Verwaltung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- WEILER, J. H. H., «On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography», in: *International Journal Constitutional Law*, n.ºs 2 e 3, vol. 3, maio 2005, pp. 173 e ss..
- WIENER, Antje/LANG JR., Anthony F./TULLY, James/MADURO, Miguel Poiães/KUMM, Mattias, «Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law», in: *Global Constitutionalism*, n.º 1, vol. 1, março 2012, pp. 1 e ss..
- WILDE, Ralph, «Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights», in: *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2005, pp. 739 e ss..
- WOLFF, Heinrich Amadeus, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- WOLLENSCHLÄGER, Ferdinand, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- XENOS, Nicholas, *Scarcity and Modernity*, Routledge, London/New York, 1989.
- YANG, Nele, «Constitutional Dimensions of Administrative Cooperation», in: AVBELJ, Matej/FONTANELLI, Filippo/MARTINICO, Giuseppe (eds.), *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Oxon/New York, 2014, pp. 172 e ss..
- ZACHER, Hans F., *Abhandlungen zum Sozialrecht II*, ed. organizada por BECKER, Ulrich/RULAND, Franz, C. F. Müller, Heidelberg, 2008.
- ZAGREBELSKI, Gustavo, «Die Verfassungslehrer», in: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 61, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 1 e ss..
- ZANDER, Michael, *The Law-Making Process*, 6.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- ZINN, Jens O., «Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse of Risk and Uncertainty», in: ZINN, Jens O. (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty: An Introduction*, Blackwell, Malden/Oxford/Victoria, 2008, pp. 1 e ss..
- ZUMBANSEN, Peer, «Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralistic Order», in: *Global Constitutionalism*, n.º 1, vol. 1, março 2012, pp. 16 e ss..

Ana Raquel Gonçalves Moniz é Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde concluiu a sua Licenciatura, Mestrado e Doutoramento em Direito. Privilegia, como áreas de investigação, o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e a História do Direito – áreas onde se centra a sua produção científica, constituída por monografias e estudos incluídos em obras coletivas e publicações periódicas. Entre os livros publicados destacam-se: *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos* (2013; 2016); *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: Contributo para a Teoria dos Regulamentos* (2012); *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade* (2005); *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Público: O Acesso à Justiça Administrativa* (2003). É Subdiretora (desde 2013), membro do Conselho Científico (desde 2013) e do Conselho Pedagógico (desde 2009) da Faculdade de Direito e integra o Conselho da Qualidade da Universidade de Coimbra (desde 2013). É ainda membro do Instituto Jurídico.

COIMBRA JURÍDICA

2017

REF: 200004790



• U



C •

