

A Importância dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo¹

Jorge Bacelar Gouveia ²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. “Cidadania” e “direitos fundamentais” – uma relação radical; 3. Evolução dos direitos fundamentais – do século XVIII aos nossos dias; 4. A força normativo-constitucional dos direitos fundamentais; 5. A positivação tipológica dos direitos fundamentais; 6. A eficácia objetivo-constitucional dos direitos fundamentais; 7. A tutela reforçada dos direitos fundamentais; 8. Os direitos fundamentais e o futuro.

1. Introdução

I. As minhas primeiras palavras, no âmbito desta conferência internacional em boa hora organizada pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, exprimem a profunda satisfação por estar aqui presente e por participar numa iniciativa com esta apreciável envergadura, tanto cívica quanto científica.

E retenho como um dos aspectos mais significativos deste evento não apenas o seu elevado grau de interdisciplinaridade – sendo certo que, hoje, os problemas se apresentam cada vez mais intrincados entre si – como também o seu carácter inovatório no enfoque dos problemas mencionados, procurando novos prismas de análise para velhas dificuldades.

Creio que no momento da conclusão desta relevantíssima oportunidade para Angola, nos seus diversos âmbitos político, económico, social, cultural e jurídico, vamos ficar bem mais enriquecidos do que estávamos no seu início – essencialmente pela convicção de que todos pudemos dar o nosso melhor contributo num importantíssimo momento de viragem no rumo de um país por todos muito querido e do qual muito se espera, em África e no Mundo.

II. Do mesmo modo gostaria de dirigir uma saudação especial à Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto pelos grandes empenhos que colocou

¹ Reprodução escrita, com algumas adaptações, da gravação da palestra proferida em Luanda, no âmbito de uma conferência internacional organizada pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, subordinada ao tema geral “Angola: Direito, Democracia, Paz e Desenvolvimento”, a qual teve lugar em 3 de Maio de 2001.

² Doutor em Direito e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

na realização destas palestras e por aquilo que é enquanto crucial instituição no panorama do ensino do Direito em Angola. Todos sabemos as dificuldades inerentes à normalização do ensino universitário num jovem país, demais a mais depois de uma experiência colonial forte.

O certo, porém, é que a Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto – e todos os que nela trabalham, gostando eu de frisar, neste momento, o seu Director, Fernando Oliveira e, na sua pessoa, todos os membros da Direcção desta ilustre Faculdade – tem conseguido ultrapassar imensos obstáculos e implantar-se como escola universitária de primeira linha.

E até está neste momento congeminando novos projectos no sentido de aprofundar a qualificação do corpo docente, com a previsão, para muito breve, da instalação de um curso de mestrado, para além de alargar a oferta do ensino na licenciatura, com mais vagas e mais cursos.

III. O tema que me foi atribuído – e que, com muito gosto, aceitei para proferir esta palestra – pode ser explicado na formulação de *quatro perguntas*, as quais resumem, a bem dizer, o essencial da importância dos direitos fundamentais enquanto instrumento do Estado Constitucional Contemporâneo, nascido numa dada época histórica e que tem perdurado até aos nossos dias, as quais são as seguintes:

- 1) Onde é que se devem localizar os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico?
- 2) Como é que os direitos fundamentais devem ser consagrados?
- 3) Por quem devem os direitos fundamentais ser obedecidos?
- 4) A quem incumbe garantir os direitos fundamentais?

Antes, porém, de responder a essas quatro perguntas cardeais, importa sublinhar a relação radical que existe entre os direitos fundamentais e a cidadania, ao mesmo tempo se esclarecendo que os direitos fundamentais da actualidade não são inteiramente coincidentes com os direitos fundamentais do século XIX, pelo que se deve frisar uma evolução histórica extremamente densa.

2. “Cidadania” e “direitos fundamentais” – uma relação radical

I. O título da presente palestra, que se insere numa preocupação de salientar o que se mostra ser decisivo no desenvolvimento da protecção dos direitos fundamentais na sua veste de realidade jurídico-constitucional, faz aproximar dois importantíssimos conceitos da Teoria do Direito Constitucional: a

“cidadania” e os “direitos fundamentais”.

Ora, aí facilmente se sublinha a *pertença radical* que sempre existe entre a atribuição da “cidadania” e o aparecimento dos “direitos fundamentais”, relação que acaba por ser assinalada tanto no plano *conceptual* quanto no plano *histórico* da afirmação de cada uma dessas duas realidades.

Em ambos os conceitos, estamos também perante realidades conceptuais e sociológicas que nasceram com o constitucionalismo europeu e norte-americano, há mais de dois séculos atrás, e que como tal têm subsistido.

II. Um dois pilares fundamentais da revolução constitucionalista foi a atribuição às pessoas de direitos fundamentais, numa lógica completamente inovadora para a época:

- (i) direitos fundamentais de fundamento *jusracionalista*, que o Estado deveria apenas declarar e não criar, os quais se apresentavam, por seu lado, como o produto da natureza humana descoberta pela “razão raciocinante”;
- (ii) direitos fundamentais de feição *negativa*, na medida em que correspondiam a posições de distanciamento, de autonomia, de separação e de liberdade das pessoas contra o poder público;
- (iii) direitos fundamentais de *força constitucional*, pois que os mesmos deveriam ser consagrados ao nível dos textos constitucionais formais, com isso se proscurendo a fonte costumeira e alçando-se os mesmos ao nível supremo da ordem jurídica estadual;
- (iv) direitos fundamentais de *cunho individual*, uma vez que cada indivíduo, segundo a doutrina do liberalismo político então reinante, representaria uma necessidade de protecção perante o poder.

Foi assim que nasceu, na Teoria do Direito Constitucional, a problemática dos direitos fundamentais, a qual depois se foi expandindo em múltiplas direcções.

III. Só que a cidadania semelhantemente exerceria um papel primordial na revolução liberal dos séculos XVIII e XIX. É nesse contexto que se afirmou a intenção de estabelecer o estatuto da pessoa, falando-se numa verdadeira posição de “cidadão”.

E ela já não é de “súbdito”, como no tempo do absolutismo, em que os seres humanos apenas eram destinatários do poder, sujeitando-se aos seus inúmeros abusos, num sistema jurídico arbitrário e desprovido de garantias de protecção individual. Com a posição de “cidadãos”, os seres humanos passam a ser os protagonistas do poder público, com tudo quanto isso significa no plano jurídico-político.

Como alicerce fundamental, surge a ideia da *democracia representativa*, num primeiro momento com o maior acento na ideia da representação do que propriamente na da democracia: dá-se uma viragem fundamental ao conceber-se o poder público, não em nome próprio ou em nome de uma fundamentação transcendente, como era no Estado absoluto, mas em nome dos cidadãos que integram a comunidade política, os cidadãos enquanto titulares da soberania.

Naturalmente que isso traria também o saudável *alastramento do princípio republicano* e, simetricamente, o declínio do princípio monárquico. Um pouco por toda a parte os órgãos do poder político activos são escolhidos com base no sufrágio dos cidadãos, fundando-se os respectivos mandatos numa legitimidade democrática e não já numa legitimidade monárquica.

Ao lado dessa característica fundamental das instituições constitucionais insufladas pelo princípio democrático, desabrocham também diversos e peculiares direitos fundamentais ligados à afirmação da cidadania. São os *direitos fundamentais de natureza política*, através dos quais se exerce essa soberania, ora num primeiro momento constituinte – quando as Constituições são votadas democraticamente ou até mesmo referendadas – ora noutros momentos posteriores, de construção quotidiana da vida da comunidade política – quando a legislação ordinária é normalmente elaborada por parlamentos democraticamente eleitos.

IV. O contraste com o passado – essencialmente o passado recente do absolutismo régio na Europa – não podia ser maior. Vivia-se um período de máxima afirmação do poder do monarca, que raros limites conhecia, sem qualquer defesa dos cidadãos ou sequer qualquer intenção de segurança jurídica.

A *fase pré-constitucional* do Estado moderno, tal como o mesmo foi identificado por GEORGE JELLINEK, apresentava-se, neste sentido, como uma “época de todas as ausências”:

- ausência de “direitos fundamentais” – não havia a consagração e, sobretudo, a consciência da necessidade da respectiva protecção contra o arbítrio do poder público;
- ausência de “cidadania” – pois que as pessoas eram, na verdade, autênticos súbditos, que se submetiam às investidas arbitrárias do poder;
- ausência de “representação” e de “democracia” – a forma de governo reinante era a monarquia e os parlamentos de então não tinham qualquer consistência democrática, tanto na teoria como na prática.

V. Só que a fase pré-constitucional, nesta perspectiva, era também uma época

de simulacros constitucionais, a despeito de certa doutrina constitucional mais conservadora entender concluir, nos últimos tempos, que tal período não teria sido assim tão mau do ponto de vista das conquistas constitucionais obtidas com a revolução constitucionalista.

Todavia, a franca observação da realidade desse tempo, se despida de preconceitos ideológicos ou doutrinários, só pode mostrar a incongruência de tais conclusões.

Em matéria de direitos fundamentais, o pouco que pudesse existir com esse nome, era unicamente atribuído a grupos, como sucede ao observarmos o caso britânico, e sempre dentro de uma lógica colectiva, de protecção de classes sociais, nada disso se aproximando sequer dos verdadeiros direitos fundamentais da época contemporânea.

No que tange à representação e à democracia, os parlamentos desse período, na sua qualidade de instâncias de veiculação da vontade das pessoas integradas na comunidade política, mostravam-se ser peças de acção muito frágil, senão mesmo totalmente inútil, num sistema que progressivamente se encaminhou rumo ao absolutismo real. A representação era meramente estamental e a actividade dos parlamentos estava longe de poder atingir um mínimo de actividade legiferante.

3. Evolução dos direitos fundamentais – do século XVIII aos nossos dias

I. A importância dos direitos fundamentais, bem como o nascimento da ideia de cidadania, não se posicionam somente numa óptica de viragem para o Estado Constitucional Contemporâneo, já que do mesmo modo se afiguram relevantes da perspectiva do enriquecimento que proporcionaram à evolução da sociedade e do Estado.

Essa é uma verificação que não deixa margem para hesitações quando analisamos a evolução da positivação dos direitos fundamentais.

Por aí não só se percebe o eixo de acção das grandes instituições do Direito Constitucional, assim como se pressente o seu valor para o próprio desenvolvimento do Direito Constitucional.

II. Se muitas coisas aconteceram em dois séculos de constitucionalismo, é de pensar primeiro na arrumação dessas mutações que tão substancialmente vieram aperfeiçoar o catálogo constitucional dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma apreciação que emerge facilitada a partir de alguns pontos de contraposição, os quais posteriormente permitem equacionar *os grandes*

marcos de alteração substancial na consagração dos direitos fundamentais:

- o liberalismo económico do século XIX transformou-se no intervencionismo social keynesiano no século XX;
- o nacionalismo político do século XIX cedeu o passo ao internacionalismo do século XX, bem como à multiplicação e até proliferação das relações internacionais;
- o individualismo filosófico do século XIX foi sensivelmente atenuado pelo solidarismo do século XX.

Daí que as grandes linhas de viragem dos séculos XIX e XX, que se resumem a estes fenómenos, podem implicar a necessidade de podermos equacionar várias alterações, de que cumpre frisar a seguinte *periodificação*:

- o período liberal;
- o período social;
- o período cultural.

III. O *período liberal* em matéria de protecção dos direitos fundamentais analisa-se pela consagração de um conjunto de *direitos de natureza negativa*, através dos quais se tinha em mente, em primeiro lugar, a garantia de um espaço de autonomia e de defesa dos cidadãos em face do poder público.

Isso é bem visível nas principais liberdades públicas que foram então consagradas e que até aos nossos dias, salvo algumas pontuais alterações, continuam a fazer parte de um património irrevogável do constitucionalismo liberal, que foi produzido pelos pioneiros.

Por outro lado, embora revelando uma preocupação específica, essas primeira geração de direitos fundamentais é também preenchida pelo estabelecimento de várias garantias dos âmbitos penal e processual criminal, dessa forma se alcançando a chamada “humanização” do Direito Penal.

IV. O *período social* consagrou uma segunda geração de direitos fundamentais, nos quais se torna evidente o propósito de alargar os fins do Estado e de neles fazer reflectir uma *protecção de natureza social*.

É assim que, a partir da segunda metade do século XX, nascem os direitos de natureza social, pelos quais o Estado se assume um prestador de serviços. Criaram-se os direitos fundamentais à educação, à protecção da saúde, à segurança social e à cultura, de entre outros.

Obviamente que esta visão social dos direitos fundamentais não pode ser desligada da visão de Estado Social, bem como dos conteúdos económicos das Constituições, que também ganham neste período foros de cidade, aspecto até então completamente desconhecido.

V. O *período cultural* traduz a existência de uma terceira geração de direitos

fundamentais, em que se regista o aparecimento de novos direitos fundamentais.

Todavia, o que mais caracteriza esta fase não é tanto a sua unicidade, mas, pelo contrário, a sua *multi-direccionalidade*, tal a diferença e sobretudo a pouca proximidade existente entre os diversos novos direitos consagrados.

Um primeiro grupo de propósitos aflora nas *questões ambientais*, domínio que, por força do desenvolvimento tecnológico, se tornou inevitável no seio das políticas públicas. Vão assim surgir diversas posições subjectivas em matéria de ambiente, daí derivando direitos fundamentais, deveres fundamentais e interesses difusos com o objectivo da sua protecção.

Outro núcleo extremamente importante relaciona-se com os recentes desenvolvimentos na investigação científica em matéria de manipulação genética, fazendo avançar o progresso humano a níveis alarmantes para a própria destruição do homem e, por junto, da própria civilização. É então indispensável que se adoptem mecanismos de protecção da identidade genética humana e que se preserve o ser humano de indesejáveis avanços tecnológicos e científicos.

É ainda de mencionar as fortes preocupações que passam a ser constitucionalmente sentidas em matéria de representação das singularidades culturais dos povos, bem como do fito de estabelecer os direitos dos grupos minoritários, numa óptica menos esmagadora da força conformadora do princípio maioritário, que aqui encontra os seus limites.

VI. Claro que o facto de ser possível, em duzentos anos de constitucionalismo, frisar a existência de três períodos bem marcados na evolução dos direitos fundamentais não pode significar que os direitos da geração anterior deixassem de obter reconhecimento.

Esta foi *uma evolução tipicamente acumulativa* e não alternativa, por cuja acção se adicionaram sempre novos direitos àqueles que já pertenciam ao catálogo dos direitos fundamentais previamente positivados nos textos constitucionais.

Igualmente não se pode esconder que essa acumulação e sobreposição de direitos pôde exercer uma influência limitativa naqueles que já estavam previamente consagrados, evidenciando-se a passagem do período liberal ao período social. Só que esse fenómeno deu-se aqui como em qualquer outro aspecto constitucional, a partir do momento em que os textos constitucionais incorporaram uma cláusula social, mostrando-se permeáveis – e já não neutrais, como no tempo liberal – à realidade constitucional circundante.

VII. O itinerário da positivação constitucional dos direitos fundamentais identicamente não pode desconsiderar as profundas mutações que o Direito

Internacional Público conheceu na segunda metade do século XX, aos quais são directamente atinentes aos valores internamente protegidos pelos direitos fundamentais.

Estamos obviamente a falar na *protecção internacional dos direitos do homem*, momento que apenas se concretizou a seguir à II Guerra Mundial e que viria também a influenciar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

De que forma, porém, essa influência foi exercida?

A principal delas esteou-se na aceleração da consagração dos direitos fundamentais já conhecidos dos Estados mais evoluídos, que primeiro os exteriorizaram para os instrumentos internacionais de protecção de direitos humanos.

Mas também a importância dos direitos humanos internacionalmente concebidos pode ter sido substancial – e não apenas processual – na medida em que, a partir do plano internacional, foi possível congeminar um conjunto de preocupações internacionais, principalmente atinentes aos direitos fundamentais de terceira geração, quer em matéria de ambiente, quer em matéria de direitos à protecção das minorias e à autonomia cultural dos grupos e dos povos.

4. A força normativo-constitucional dos direitos fundamentais

I. A protecção dos direitos fundamentais, tal como tivemos ocasião de os descrever e relatar no respectivo percurso, coloca um primeiro problema, que é o da sua *força jurídica*.

Se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substancia, isso quer dizer que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: uma relação de inserção no texto constitucional que estrutura cada Estado.

Os direitos fundamentais ostentam, deste modo, *uma força jurídica de teor constitucional*, que lhe é dada a partir do carácter constitucional das fontes normativas que os consagram. Na verdade, estamos sempre perante posições jurídicas *ex lege*, porquanto derivam sempre do ordenamento jurídico objectivo.

II. Essa observação, no que respeita à posição normativa dos direitos fundamentais, não teria a mínima relevância se a ordem jurídica fosse constituída por um único estalão.

A verdade, porém, é que não é. E até se têm multiplicado, por diversas razões, os níveis de diferenciação entre grupos de fontes e de normas dentro de uma ordem jurídica estadual.

Ora, é aí que o nível constitucional se posiciona de um modo extremamente

importante por representar a cúpula do sistema jurídico, acima da qual não se reconhece a validade de qualquer outra fonte jurídico-normativa.

Cabe à Constituição – e às fontes constitucionais em geral – este papel fundacional do sistema jurídico, aí se determinando as grandes directrizes da respectiva estruturação, devendo as fontes que as contrariam ser fulminadas de inconstitucionalidade.

III. Quer isto dizer que o carácter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se apresentem cimeiramente localizados dentro do ordenamento jurídico, comungando das características próprias das normas e dos princípios de natureza constitucional.

E qual é a importância deste facto? Ela é concernente a dois aspectos:

- a supremacia hierárquica;
- a rigidez constitucional.

A *supremacia hierárquica* implica que nenhuma outra norma ou princípio, que não tenha a mesma qualidade, possa contradizer o sentido normativo que deles se extrai.

A *rigidez constitucional* representa a circunstância de a respectiva alteração obedecer a mecanismos que tornam essa operação mais difícil, por força da existência de diversos limites à revisão constitucional.

O resultado mais visível desta colocação suprema no sistema jurídico liga-se ao carácter couraçado que passa a acompanhar os direitos fundamentais, conceptualmente sempre direitos constitucionais: a da inconstitucionalidade das normas e dos princípios que os ofendem.

Isso tem o resultado prático de poderem ser postos em acção diversos mecanismos que têm por fito destruir essas normas e esses princípios, assim melhor se preservando a ordem constitucional.

IV. O facto de os direitos fundamentais, relativamente à sua fonte normativa, forçosamente se alcandorarem a uma posição normativo-constitucional cimeira não acarreta a impossibilidade de se estabelecer a comunicação com outros estratos do sistema jurídico, sendo certo que este se apresenta multi-nivelado nos seus diversos escalões hierárquicos.

É assim que muitas vezes os textos constitucionais aceitam a contribuição de outros escalões do ordenamento jurídico – as leis ordinárias e as fontes internacionais – para completarem o elenco constitucional dos direitos fundamentais.

Estamos perante *um mecanismo de abertura dos direitos fundamentais que são positivados na Constituição aos outros níveis*, os quais podem ser igualmente relevantes no aparecimento de novas posições jurídicas com a mesma

importância, ou até para completarem determinada configuração constitucional já alcançada por certo direito fundamental.

Esta cláusula de abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir diversas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais:

- de *integração* – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim logrando obter o seu reconhecimento;
- de *aperfeiçoamento* – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas.

Deparamos com um fenómeno de *recepção constitucional*, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infraconstitucional, com todos os benefícios que estão associados a essa constitucionalização.

5. A positivação tipológica dos direitos fundamentais

I. O carácter constitucional dos direitos fundamentais, não obstante ser extremamente importante na consolidação da sua eficácia protectora, não é totalmente suficiente, dado que importa também atender a outra nota que foi configurando a positivação dos direitos fundamentais desde que viram a luz do dia no constitucionalismo liberal.

Tem ela que ver com a vontade de os direitos fundamentais, logo bem desde o seu início, se terem apresentado segundo uma *técnica de tipificação na respectiva declaração formal dentro dos textos constitucionais*.

Isso implica que, ao lado da sua força normativo-constitucional, se acrescente outro traço, que é o do seu matiz tipológico, o que se diferencia bem na Metodologia do Direito como via específica de pensar e de formular os comandos normativos.

II. A primeira dimensão do sentido tipológico dos direitos fundamentais – os quais se mostram, por esta razão, verdadeiros tipos jurídicos – reside na consequência de a respectiva formulação ser mais concisa do que seria se o texto constitucional recorresse aos conceitos gerais e classificatórios.

Os direitos fundamentais não são, pois, consagrados por recurso a conceitos, que pudessem abranger amplamente uma dada realidade a submeter aos efeitos do Direito – são, antes, agrupados em realidades menos amplas, em torno, deste

modo, de tipos jurídicos, por cujo intermédio melhor se capta o pormenor do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental considerado.

A grande vantagem do recurso ao método da tipificação – por contraste com o método da conceptualização – consiste numa menor abstracção, que traz consigo uma maior capacidade de retratação da realidade concreta a que respeita cada direito fundamental.

III. Outra dimensão igualmente inerente à tipificação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é concernente ao valor que os direitos fundamentais devem possuir se vistos no conjunto das tipologias que entre si formam. É que a eficácia fica acrescida porquanto se mostrem plurais, apresentando-se em conjuntos que, como pudemos observar, se têm vindo a alargar.

O mais relevante desse valor colectivo dos direitos fundamentais, se observados como tipos jurídicos contextualizados em tipologias jurídicas, é porém a possibilidade de essas tipologias não serem tipologias fechadas e serem, ao invés, *abertas ou exemplificativas*. Nunca em cada momento os direitos fundamentais positivados num dado texto constitucional são únicos, havendo a possibilidade de recorrer ao conceito geral subjacente, para formular outros direitos fundamentais, assim denominados *direitos fundamentais atípicos*.

IV. Qualquer uma destas duas dimensões inerentes ao sentido tipológico dos direitos fundamentais se encontram presentes em muitos dos textos constitucionais, do século XIX e do século XX.

Se analisarmos os textos constitucionais, no que toca à primeira dimensão, facilmente reparamos que há a preocupação de apresentar os direitos fundamentais através de um número razoável de tipos – e até com uma lógica mais ou menos diversificada em razão dos respectivos objectos e conteúdos específicos, cada um deles substanciando a construção de um ou de alguns dos tipos de direitos fundamentais consagrados.

O mesmo se pode dizer, embora talvez sem a mesma importância, de alguns textos constitucionais em matéria de abertura a outros direitos fundamentais – direitos fundamentais atípicos, que não obtiveram uma consagração tipificada nos catálogos constitucionais, mas que por este mecanismo podem igualmente ser detectados e invocados.

6. A eficácia objectivo-constitucional dos direitos fundamentais

I. A terceira pergunta que se deixou formulada alude à *intensidade* com que os direitos fundamentais vinculam as entidades que os mesmos obrigam nos

efeitos normativos que contêm.

Os direitos fundamentais, sendo posições subjectivas na titularidade das pessoas, gravam genericamente o poder político – e, em particular, o Estado – porque este tem de conformar a sua acção jurídica pelas balizas que aqueles mesmos direitos fundamentais delimitam, (i) ora de não intervenção num espaço que constitui a autonomia dos cidadãos, (ii) ora de intervenção através de prestações que vão beneficiar os cidadãos.

Esta é a temática geral da eficácia dos direitos fundamentais, a qual se mostra susceptível de diversas combinações, para outros tantos resultados.

II. De um prisma objectivo, os direitos fundamentais, a despeito do seu idêntico carácter constitucional, não têm sempre a mesma intensidade normativa e é possível vislumbrar diferentes alcances no modo como o conteúdo e o objecto dos mesmos condicionam os destinatários, públicos e privados.

Esta é uma dicotomia fundamental que, no plano constitucional, costuma ser referida pela existência conjunta dos *direitos, liberdades e garantias* e dos *direitos económicos, sociais e culturais*, embora não se afigure fácil descortinar a distinção rigorosa entre esses dois grupos de direitos fundamentais.

A mais relevante relaciona-se com facto de os primeiros possuírem *uma eficácia directiva superior à dos segundos*, podendo a linha de fronteira passar pela consideração da dissociação existente entre *as normas constitucionais preceptivas e as normas constitucionais programáticas*.

III. E esta é uma distinção que depois desabrocha em múltiplos efeitos de natureza prática, devendo realçar-se a importância de duas matérias mais delicadas:

- a intervenção reguladora; e
- a intervenção restritiva.

Em qualquer uma delas, a força directiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam.

Tanto a regulação quanto a restrição dos direitos, liberdades e garantias, comparativamente ao que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, se afigura mais limitada, quer ao nível material, quer ao nível organizatório:

- ao *nível material*, porquanto o carácter preceptivo das respectivas normas atribuidoras apenas consente uma muito limitada restrição, sendo de levar em consideração um determinado conjunto de princípios que a regulam – os princípios da prospectividade, da abstracção, da generalidade, da protecção do conteúdo essencial e da autorização constitucional expressa;

- ao *nível organizatório*, dado que a intervenção deve ser feita sempre ao mais alto nível dos órgãos que dispõem do primado da competência legislativa, a partir dos órgãos de tipo parlamentar.

7. A tutela reforçada dos direitos fundamentais

I. A última interrogação que enunciámos mostra-se pertinente aos mecanismos que são constitucionalmente concebidos para defender os direitos fundamentais e reagir contra as violações de que sejam alvo.

A posição jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, bem como a pormenorização e abertura da respectiva positivação, levando ainda em consideração a sua eficácia jurídica, são aspectos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais.

Mas sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos.

II. É por isso que a protecção dos direitos fundamentais jamais pode bastar-se com a sua mera existência, por mais numeroso e variado que seja o seu elenco constitucional.

Contudo, tornou-se indispensável contar, no plano do Direito Constitucional, com o contributo de duas instâncias do poder público que podem neste âmbito desempenhar um papel indiscutível, numa dicotomia entre duas espécies de *tutela dos direitos fundamentais*:

- a tutela não contenciosa; e
- a tutela contenciosa.

III. A *tutela não contenciosa* corresponde ao conjunto de mecanismos que determinam a possibilidade de defender os direitos fundamentais sem ser necessário recorrer aos tribunais.

A sua defesa muitas vezes passa pela consciencialização do poder público para o respectivo cumprimento, através de instrumentos que possam interferir junto dos próprios titulares do poder que ofende esses direitos.

Está em causa, em primeiro lugar, a própria Administração Pública, cabendo-lhe boa parte da responsabilidade nas violações que são cometidas. Ora, há meios destinados a fazer ver à actuação administrativa da necessidade de rever os actos praticados, com isso se restabelecendo a juridicidade no que respeita aos órgãos administrativos.

É igualmente de referir órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem

da mesma forma exercer uma actividade de controlo quanto ao respeito da defesa dos direitos fundamentais, a partir de uma actuação independente – é o caso do Provedor de Justiça, com uma larguíssima tradição na Europa do Norte.

IV. A *tutela contenciosa* implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo pelos órgãos de natureza jurisdicional, com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros da decisão.

O efeito prático dessa protecção desemboca depois na (i) desvalorização dos actos jurídico-públicos que violem os direitos fundamentais ou na (ii) imposição de deveres de indemnização de acordo com os mecanismos de responsabilidade civil, ou mesmo pondo-se a hipótese de responsabilidade penal.

8. Os direitos fundamentais e o futuro

I. Esta brevíssima exposição a respeito do lugar dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo, a qual teve por objectivo testemunhar as enormes vantagens que se associam a esta categoria jurídica, não pode esconder, do mesmo passo, os *perigos* que espreitam no horizonte.

Os direitos fundamentais não são direitos infalíveis e, por isso, existem perigos que actualmente se concebem e que podem lançar dúvidas quanto à efectividade da sua protecção. Simplesmente, esses perigos, em vez de nos fazerem esmorecer, devem inversamente suscitar a nossa reflexão, tendo em mente o desiderato de os vencer.

II. O perigo mais sério – e simultaneamente o mais disfarçado – assenta na elevada eventualidade que hoje existe no tocante à *banalização* da singularidade da garantia que é inerente aos direitos fundamentais.

Numa altura em que o discurso sobre a protecção das pessoas por intermédio dos direitos fundamentais se vulgarizou, inevitavelmente que também se vulgarizou o recurso a essa técnica jurídico-formal. O resultado é o da multiplicação, que pode ser excessiva, do número dos direitos fundamentais existentes.

Mas, afinal, em que consiste esse perigo da banalização?

Estamos em crer que esse perigo está na adulteração da hierarquia de valores que deve necessariamente subjazer aos direitos fundamentais e, sobretudo, pensar que os direitos fundamentais valem todos o mesmo, perigo que se potencia pelo crescimento do seu número. Por outro lado, esse facto naturalmente também se repercute sobre a menor protecção que recai sobre

cada um.

III. Outro risco que igualmente nos deve apoquentar é atinente à eventual *uniformização* dos direitos fundamentais que progressivamente vamos consagrando nos textos constitucionais, tendência que ter-se-á afirmado, primeiro, ao nível da protecção internacional dos direitos humanos.

É nítido que a globalização que estamos vivendo nos oferece uma dimensão jurídica, naturalmente saudável e que se afirma como o produto de uma aproximação cultural entre regiões, povos e Estados.

Também é evidente que por detrás dessa globalização, que é boa no que de bom globaliza, se esconde uma “*má globalização*”, quando ela pretende ser – e muitas vezes é-o realmente – um instrumento de domínio, impondo uma determinada visão do mundo e da vida, sem espaço para os direitos fundamentais que possam espelhar as autonomias e as peculiaridades de certos povos e culturas.

IV. Do mesmo modo angustiante é a hipótese da *processualização* dos direitos fundamentais, pela tendência que os regimes democráticos hoje vivem para a dessubstancialização das actividades públicas, acreditando que o processo decisório democrático é apenas um modo de decidir, e não um decidir segundo um certo sentido material, objectivamente valioso por si.

Assim se desiste de uma fundamentação material dos direitos fundamentais – e, por arrastamento, de múltiplos outros aspectos de natureza jurídica, possivelmente mais sensíveis a uma coloração axiológica – e com a inevitabilidade de se perder uma raiz de fundamentação material, que em si mesma é a única chave para responder, com uma orientação segura, a um conjunto de opções que também dizem respeito à vida colectiva, neste caso, de natureza jurídica. As opções já não valem pelo conteúdo que exprimem, antes inversamente pelo número de adeptos que reúnem, num momento em que a bondade intrínseca das soluções cede o passo ao grau de aderentes a essas mesmas soluções.

Evidentemente que não é apenas a visão axiológica que se perde porque, ao lado da dessubstancialização dos direitos fundamentais, se regista a respectiva *geometrização*, situação em que a maioria tudo decide, abafando as minorias e não tendo estas qualquer possibilidade de fazer vingar os seus legítimos direitos.

V. Não quer isto dizer que o percurso feito até aqui, em matéria de direitos fundamentais, não tenha sido profundamente positivo, como facilmente o comprovam as várias *conquistas* que foram sendo paulatinamente obtidas, de acordo com estes seguintes passos:

— primeiro, a própria e singela consagração constitucional dos direitos

fundamentais;

- **depois, a progressiva diversificação dos mesmos, ao que acresceu a sua densificação material e tipológica;**
- **a seguir, a preocupação irradiante da protecção dos direitos fundamentais para outras instâncias, no âmbito do Direito Internacional Público, e mais recentemente, para outros ramos do Direito, em que se regista uma consagração cruzada dos mesmos;**
- **finalmente, o constante aperfeiçoamento do regime jurídico dos direitos fundamentais, com a introdução de figuras que tendem a delimitar mais o poder de intervenção do legislador e do administrador no espaço de conformação que é deixado pela Constituição aos poderes infraconstitucionais.**

Porém, estes vários e inequívocos sucessos não nos devem fazer esquecer aqueles diversos perigos, que podem turvar uma protecção que se deseja intensa dos direitos fundamentais, perigos de natureza formal e material, perigos de natureza teórica e prática.

O que fazer para os afrontar? Acreditar que eles existem e agir quotidianamente para os combater, no pressuposto de que a respectiva protecção é eminentemente cultural e que a intervenção dos cidadãos, nos seus diversos campos de actividade, acaba por ser, mediatamente, altamente frutificante por sabermos que os direitos fundamentais nasceram com o constitucionalismo, numa altura em que as pessoas passaram de “súbditos” a “cidadãos”, transitaram de “objecto” a “sujeito” do poder público.

Muito obrigado pela vossa atenção e renovo os meus parabéns à organização desta excelente conferência internacional e à Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto por mais esta data aniversária.

Luanda, 3 de Maio de 2001.