

## ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	11
CAPÍTULO I — ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES	13
1. Dignidade da pessoa humana e princípios estruturantes de Estado de Direito	13
2. Os princípios estruturantes e os direitos fundamentais	18
2.1. Os princípios estruturantes enquanto <i>limites aos limites</i> dos direitos fundamentais	21
2.2. O controlo prévio da legitimidade dos fins prosseguidos e dos meios restritivos escolhidos	23
BIBLIOGRAFIA GERAL SOBRE OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES	27
CAPÍTULO II — PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	29
1. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais	30
2. Como determinar um conteúdo normativo constitucionalmente adequado para a dignidade da pessoa humana?	35
2.1. Uma delimitação tendencialmente consensual do conteúdo da dignidade da pessoa humana no espaço de um pluralismo razoável	36
2.2. Uma concepção restritiva de utilização do princípio da dignidade da pessoa humana e uma conformação do seu conteúdo pela negativa	42
3. Conteúdo normativo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana	46

3.1. Dignidade como integridade	49
3.1.1. Dignidade como respeito da humanidade intrínseca da pessoa	49
3.1.2. Dignidade da pessoa como <i>sujeito</i>	52
3.1.2.1. Dignidade como autonomia	52
3.1.2.2. Dignidade como proibição de coisificação — a fórmula do objecto	54
3.1.2.3. Dignidade como controlo sobre a identidade, a reserva da esfera íntima e a apresentação da pessoa	59
3.1.3. Dignidade como capacitação da pessoa para ser sujeito	61
3.2. Dignidade como igualdade	62
3.3. Síntese conclusiva sobre o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana	65
3.3.1. A relevância do consentimento	67
BIBLIOGRAFIA SOBRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	69
CAPÍTULO III — PRINCÍPIO DA IGUALDADE	71
1. A igualdade na história do Estado de Direito (do Estado liberal ao Estado social e democrático)	71
2. A igualdade reflectida nos enunciados constitucionais e a proibição constitucional de leis restritivas não gerais e abstractas	76
3. A densidade do controlo jurisdicional da observância do comando constitucional da igualdade	80
3.1. Igualdade identificada com proibição do arbítrio	84
3.2. A necessidade de justificação adequada da diferenciação de tratamento	86
3.3. Controlo jurisdicional das categorias ou classificações <i>suspeitas</i> e das discriminações indirectas	88
4. Um novo princípio constitucional de “igualdade proporcional”?	95
BIBLIOGRAFIA SOBRE IGUALDADE	98
CAPÍTULO IV — PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO	99
1. Pressupostos conceptuais e metodológicos	99
1.1. Os riscos da banalização e da simplificação	100
1.2. Natureza e justificação do princípio estruturante	104
1.3. A necessidade de autonomizar um controlo de proporcionalidade e um controlo de razoabilidade dentro da proibição do excesso	107

2. O controlo de proporcionalidade	111
2.1. Princípio da aptidão ou da idoneidade (erroentemente designado como adequação)	111
2.2. Princípio da necessidade, da indispensabilidade ou do meio menos restritivo	114
2.3. Princípio da proporcionalidade	122
2.3.1. A proporcionalidade segundo a teoria dos direitos fundamentais como princípios	127
2.3.2. O princípio da proporcionalidade na visão <i>clássica</i>	132
2.3.3. Um controlo de proporcionalidade integrado	139
3. O controlo de razoabilidade	148
3.1. O conceito	148
3.2. Objecções ao reconhecimento da autonomia do controlo de razoabilidade	150
3.3. Distinção entre controlo de razoabilidade e controlo concreto de proporcionalidade	152
3.4. Controlo concreto e controlo abstracto de razoabilidade	159
3.5. Razoabilidade e ponderação de bens	160
BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO	162
CAPÍTULO V — PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICE	163
1. Direitos positivos e inconstitucionalidade	163
1.1. Surgimento histórico do princípio da proibição do défice	168
1.2. Autonomia dogmática do princípio da proibição do défice	171
1.2.1. Princípio da proibição do défice e deveres de prestação	173
1.2.2. Princípio da proibição do défice e proporcionalidade	179
2. A indefinição do conteúdo da <i>Untermaßverbot</i> e a multiplicidade de propostas de preenchimento	180
2.1. A chamada inversão dos parâmetros de controlo da proporcionalidade	182
2.2. A ponderação enquanto procedimento de controlo destinado a garantir uma protecção adequada e efectiva	190
2.3. O controlo de mínimos (controlo de evidência)	193
3. O conteúdo da proibição do défice: posição proposta	196
3.1. Os pressupostos dogmáticos	196
3.1.1. Um preenchimento unitário do conteúdo normativo do princípio	197
3.1.2. Um controlo de evidência	199

3.2. Conteúdo normativo do princípio: mínimo e razoabilidade	204
3.2.1. A garantia de realização de um <i>mínimo</i>	204
3.2.2. Proibição de desrazoabilidade	207
BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICE	211
CAPÍTULO VI — PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA	213
1. Estado como pessoa jurídica e Estado de Direito como <i>pessoa de bem</i>	213
1.1. Boa fé e segurança jurídica	214
1.2. Protecção da confiança como dimensão subjectiva da segurança jurídica	218
2. Retroactividade e retrospectividade	220
3. Conteúdo normativo do princípio da protecção da confiança: parâmetros de controlo e factores de racionalização da ponderação	224
3.1. Expectativas dos particulares	225
3.1.1. Natureza, solidez e justificação das expectativas ou direitos dos particulares	225
3.1.2. Papel e intervenção do Estado na criação das expectativas	227
3.1.3. Existência de um investimento de confiança por parte dos particulares	228
3.1.4. A importância da passagem do tempo na consistência das expectativas	230
3.1.5. O montante ou a gravidade do prejuízo sofrido com a frustração de expectativas	231
3.2. O interesse público justificador da alteração do regime	231
4. Protecção da confiança, proibição do excesso e importância de disposições transitórias que procedam à <i>concordância prática</i> dos interesses em tensão	233
BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA	236
CAPÍTULO VII — RESERVA DE LEI	237
1. Conceito e sentido da evolução histórica	237
2. Modelos de delimitação da reserva de lei	243
2.1. O modelo de conformação do alcance da reserva de lei através de normas constitucionais específicas de repartição de competências	244
2.2. A teoria da essencialidade	249
3. Um conteúdo normativo aberto e evolutivo do princípio da reserva de lei	253

3.1. Razões de justificação actual da reserva de lei	254
3.2. Reserva de lei enquanto precedência de norma jurídica	265
3.3. Reserva de lei enquanto precedência de lei parlamentar	278
BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI	287
CAPÍTULO VIII — PRINCÍPIO DA DETERMINABILIDADE	289
1. A autonomia do princípio da determinabilidade enquanto princípio estruturante	289
2. Indeterminabilidade, vaguidade e precisão	290
3. Os fundamentos específicos da inconstitucionalidade por indeterminabilidade das leis	296
3.1. Determinabilidade e segurança jurídica	298
3.2. Determinabilidade e separação de poderes	299
3.3. Determinabilidade e proibição do excesso	309
BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA DETERMINABILIDADE	311

## Apresentação

Em 2004 publicámos *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, obra onde procedíamos a um estudo sistemático de vários princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição do excesso, protecção da confiança e socialidade), fornecendo para cada um deles um primeiro enquadramento teórico e, a seguir, uma apreciação crítica da forma como eram utilizados pela jurisprudência constitucional portuguesa. Por fim, apresentávamos para cada um desses princípios um acórdão do Tribunal Constitucional que, por alguma razão, considerávamos paradigmático no tratamento jurisprudencial do respectivo tema.

Decorridos quinze anos e sucessivas reimpressões, o livro foi, finalmente, objecto de reformulação e ampliação substanciais, não apenas porque fomos, ao longo do ensino universitário, aprofundando e modificando posições inicialmente defendidas sobre alguns daqueles temas, mas também porque pudemos entretanto beneficiar da valia de diferentes obras nacionais e estrangeiras entretanto publicadas sobre aqueles e outros princípios. A nova edição, de 2019, *perdeu* a referência directa à Constituição portuguesa e à jurisprudência nacional, assumindo a ambição tendencial destes princípios, independentemente das especificidades nacionais, enquanto elementos normativos estruturantes no constitucionalismo global de Estado de Direito, o que se reflectiu, desde logo, no próprio título que a obra passou a ter.

A nova edição que agora se publica, mantendo a estrutura existente, bem como os conteúdos fundamentais de cada um dos princípios tra-

tados, procede a alterações, correcções e precisões pontuais, mas também a recomposições significativas na exposição de alguns conteúdos, o que sucede, designadamente, quanto ao princípio da proibição do excesso (proporcionalidade), e beneficiando, mais uma vez, da experiência pedagógica entretanto desenvolvida. Quanto a esta, importa referir a inestimável ajuda das equipas docentes que têm colaborado ao longo destes anos na leccionação da disciplina de Direitos Fundamentais e a quem agradeço na pessoa dos dois críticos mais irredutíveis, constantes e amigos, os Colegas Heloísa Oliveira e Tiago Fidalgo de Freitas.

Quanto à bibliografia e às notas de rodapé, cabem duas advertências. No final de cada capítulo indicamos algumas obras relevantes para o estudo da matéria em causa, mas exclusivamente de autores de língua portuguesa. A razão é simples e tem a ver, de um lado, com a natureza essencialmente didáctica que esta obra tem. A inclusão de obras em línguas estrangeiras sobre estes temas, atendendo à sua profusão verdadeiramente inabarcável, tornaria a listagem fastidiosa e sem grande proveito, uma vez que essas referências se encontram facilmente nos trabalhos académicos sobre os diferentes princípios. Algo de semelhante se diga quanto às notas de rodapé. Faz-se delas uma utilização muito limitada, pois, de outro modo, o texto seria afectado no carácter que apresenta desde a sua primeira publicação, em 2004. De qualquer modo, remissões e referências pormenorizadas à literatura mais utilizada podem ser encontradas nas obras e páginas do autor que vêm referidas no final de cada capítulo.

Setembro de 2021

# Capítulo I

## Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Princípios Estruturantes

### 1. Dignidade da pessoa humana e princípios estruturantes de Estado de Direito

a) Independentemente de consagração constitucional expressa, os princípios estruturantes valem, como que por definição, em qualquer Estado de Direito enquanto Estado organizado e limitado juridicamente com vista à garantia dos direitos fundamentais. Quando, com o desenvolvimento do constitucionalismo no pós-II Guerra, os Estados passaram a estruturar-se juridicamente de acordo com um novo paradigma que faz da dignidade da pessoa humana o pilar da sua estruturação e do seu funcionamento, muda radicalmente a natureza e a forma de conceber as relações entre os poderes públicos e os cidadãos. O Estado não mais existe para o próprio engrandecimento ou para o cumprimento de qualquer destino mítico que lhe cumprisse prosseguir, mas para algo tão simples de perceber quanto tão complexo de realizar: o respeito, a protecção e a promoção dos direitos fundamentais das pessoas sob sua jurisdição.

Isto significa que, naquele relacionamento, a pessoa é o centro, o fim; o Estado e os poderes públicos são instrumentais. Como se dizia lapidarmente na Declaração dos Direitos da Revolução francesa, *só tem*

*Constituição o país onde há separação de poderes e direitos fundamentais*, mas, de acordo com aquela lógica, a separação de poderes, isto é, a distribuição de competências e a estruturação do Poder, é instrumental relativamente ao objectivo central do Estado de Direito, a salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais.

Numa sociedade aberta construída sobre o princípio da liberdade, é a actuação do Estado que, de alguma forma, a afecte que carece de ser justificada e só pode sê-lo se essa actuação se desenvolver dentro dos limites impostos pelo respeito da dignidade da pessoa humana, o que significa, em última análise, que os poderes públicos estão limitados pelos direitos fundamentais em que a dignidade se desenvolve e que devem observância aos princípios jurídico-constitucionais que dela decorrem.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana adquire um lugar especial, já que é, simultaneamente, um princípio constitucional susceptível de desenvolver efeitos normativos autónomos, mas também constitui, em última linha, a matriz genética de onde derivam, tanto os direitos fundamentais, quanto os princípios estruturantes de Estado de Direito que serão tema deste estudo.

Num relacionamento conformado pelo respeito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não basta ao Estado ser concebido como pessoa jurídica que actua na forma do Direito que ele próprio cria. Quando os indivíduos, o seu bem-estar, a sua autonomia e a sua dignidade são considerados o fim último de toda a actuação do Estado, este só se legitima enquanto Estado de Direito quando age como pessoa de bem que orienta e condiciona toda a sua actuação no respeito e em observância daqueles princípios.

Ou seja, um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, para além de obrigado a garantir a todas as pessoas as condições mínimas de bem-estar e de desenvolvimento da personalidade e de possibilidade de exercício efectivo dos direitos fundamentais, observa necessariamente o princípio da igualdade, na medida em que está juridicamente vinculado a tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito; sem o fazer, não estaria a reconhecer a cada indivíduo uma dignidade que decorre do simples facto de se ser pessoa.

Um Estado de Direito observa necessariamente o princípio da proibição do excesso, uma vez que, orientando, em última análise, o desempenho das suas funções pelo respeito da dignidade humana, não poderia

afectar gratuita ou excessivamente as pessoas, tratá-las desvantajosamente de forma desproporcionada ou impor-lhes sacrifícios desnecessários ou desrazoáveis. Um tratamento desproporcionado ou uma afectação excessiva dos interesses e direitos individuais por parte do Estado seria, em última análise, uma desconsideração da dignidade da pessoa.

Em análoga medida, todas as demais garantias de Estado de Direito ficariam desprovidas de sentido útil se o Estado não proporcionasse a todas as pessoas um patamar mínimo de acesso efectivo às condições gerais de autonomia, de liberdade e de bem-estar próprias de uma sociedade democrática. Em conformidade, haverá ainda inconstitucionalidade se o Estado ficar, nesses domínios, aquém do patamar de protecção e de promoção a que está juridicamente obrigado pelo princípio da proibição do défice.

Da mesma forma, sendo o Estado de Direito concebido como pessoa jurídica que se relaciona com as restantes pessoas sob a égide do Direito, ele respeita necessariamente os compromissos que assume, valora as legítimas expectativas dos cidadãos no seu relacionamento com os poderes públicos e reconhece a cada pessoa a previsibilidade e a estabilidade que lhe permitam a conformação autónoma dos próprios planos de vida, garantindo-lhe, para tanto, a adequada segurança jurídica. Denegar essa possibilidade, seria recusar à pessoa a possibilidade prática de se realizar como sujeito responsável pela própria vida tal como vem exigido pela dignidade da pessoa humana.

Por fim, no domínio competencial e de separação de poderes, num Estado de Direito as principais decisões respeitantes às questões essenciais da vida em comunidade devem ser deliberadas com suficiente densidade normativa pelos representantes do povo em condições de pluralismo, publicidade e transparência (reserva de lei e determinabilidade).

No fundo, teríamos acabado de fornecer a enumeração e uma definição de cada um dos diferentes princípios estruturantes de que vamos tratar desenvolvidamente. Ou seja, qualquer Estado de Direito orientado, enquanto tal, à garantia dos direitos fundamentais, tem, sob pena de inconstitucionalidade, de respeitar, em toda a sua actuação, aquilo que, por isso mesmo, a doutrina portuguesa vem designando de *princípios estruturantes*, cabendo à jurisdição constitucional o papel ineliminável de assegurar a sua observância. A designação que se dá a cada um desses princípios pode variar, bem como as modalidades da sua (não)

consagração expressa, mas o sentido último é o mesmo: não há Estado de Direito se os poderes públicos não estiverem juridicamente limitados e vinculados pela necessidade da sua observância.

b) Contudo, os princípios estruturantes não seriam, assim, adequadamente percebidos nem são susceptíveis da definição simples que acabámos de apresentar. Podemos, é verdade, dizer que a dignidade da pessoa humana ou a norma de dignidade significa que é proibida a instrumentalização da pessoa, que a norma de igualdade proíbe que o igual seja tratado desigualmente, que o princípio da proibição do excesso veda o tratamento desproporcional, que o princípio da protecção da confiança significa que os poderes públicos não podem frustrar as expectativas legítimas dos particulares, e assim sucessivamente para cada um dos princípios estruturantes, mas nem seria suficiente nem funcional. O que verdadeiramente importa não é afirmar simplesmente a necessidade de observância dos princípios estruturantes e destacar o sentido com que são correntemente utilizados na linguagem jurídica comum, mas, sobretudo, saber quando e porquê eles se podem considerar violados e de que forma, com que alcance e densidade pode o poder judicial de Estado de Direito controlar e identificar as suas eventuais violações.

Com efeito, limitarmo-nos àquela tentativa de definição, inevitavelmente redutora na sua simplicidade, seria inadequado, já que não é possível resumir numa fórmula a complexidade normativa e conceptual dos princípios estruturantes e, sobretudo, seria absolutamente inútil, pois mais não se faria do que reproduzir a impressão geral que aqueles termos induzem, não nos permitindo o mínimo progresso na formação, na crítica e na previsibilidade das decisões jurisdicionais fundamentadas nos princípios estruturantes.

Basta atender à indeterminação semântica que imediatamente se percebe naqueles enunciados (*igual consideração e respeito*, não ser *excessivo ou desrazoável*, respeitar as *expectativas legítimas*, garantir *condições mínimas de acesso*, *reservar à lei as principais questões*) para se intuir a extrema dificuldade em traçar as *fronteiras* entre o que está ou não vedado aos poderes públicos, o que equivale a dizer, uma vez que estamos perante comandos que resultam de normas constitucionais, expressas ou implícitas, a extrema dificuldade em determinar a existência ou inexistência de inconstitucionalidade.

O objectivo deste trabalho será o de, recorrendo a uma história de décadas de esforços doutrinários e jurisprudenciais no Direito comparado, procurar reconhecer em cada um destes princípios um conteúdo normativo tão objectivo quanto possível e que permita a sua invocação de forma transparente e intersubjectivamente acessível, ainda que com a consciência da inevitabilidade de subsistência de uma margem residual de indeterminação e, sobretudo, de um desacordo quanto ao sentido pontual e concreto da respectiva aplicação aos *casos difíceis* que os tribunais devam decidir.

Ou seja, devemos entender-nos previamente sobre o que significa, em abstracto, violar a dignidade da pessoa humana, desrespeitar a proporcionalidade ou a igualdade, ainda que saibamos antecipadamente que discordaremos, eventualmente, quando procurarmos decidir se a violação do parâmetro ocorreu ou não num dado caso concreto. Assentar em critérios e parâmetros gerais e abstractos objectivos não garante a sua aplicação consensual e pacífica, mas a inexistência de um acordo sobre os próprios parâmetros redundaria na maior insegurança e, pior, na possibilidade de manipulação arbitrária da respectiva utilização.

c) Em qualquer caso, e independentemente da indispensabilidade de um esforço de densificação do conteúdo normativo de cada princípio estruturante, vamos verificar que, em muitas situações, o que acaba por ser decisivo é a determinação da densidade do controlo jurisdicional que se considera aplicável à situação de eventual violação do princípio. De resto, veremos como a primeira instância, a da determinação do conteúdo normativo, acaba por ser invadida pelo teor das preocupações com a segunda, a da densidade do controlo. Ora, neste domínio, sendo possível maior ou menos deferência para com as opções dos poderes políticos, sendo possível maior ou menor contenção judicial, será pacífico que a densidade do controlo deve acompanhar a importância do interesse que está em causa e a gravidade da lesão ou ameaça que sobre ele impendem.

Neste sentido, a zona privilegiada de intervenção dos princípios estruturantes, pela sua sensibilidade intrínseca, será a dos direitos fundamentais e, especialmente, a das restrições aos direitos fundamentais.

Obviamente, apesar de falarmos em direitos fundamentais sem distinguir, a gravidade das afectações a que estão sujeitos e a importância

dos bens lesados variam significativamente, pelo que deve variar, em conformidade, a densidade do respectivo controlo jurisdicional. Não assumem a mesma gravidade e relevância jusfundamental uma restrição ao direito de antena ou um *corte* substancial num salário ou numa pensão de sobrevivência, quando a primeira é relativamente inócua e a última pode pôr decisivamente em causa a autonomia individual e a capacidade de organizar a própria vida. Não tem a mesma gravidade e relevância jusfundamental uma restrição no subsídio de desemprego ou um impedimento ao acesso aos cuidados de saúde quando comparados com uma restrição ao direito à greve. Naturalmente, a maior intensidade do controlo jurisdicional que verifica a observância dos princípios estruturantes —seja o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade ou o princípio da protecção da confiança— deveriam ser reservados e aplicados, nos exemplos dados, para as situações de *cortes* nos salários, na pensão, no subsídio de desemprego ou no acesso aos cuidados de saúde.

Note-se, no entanto e não sendo aqui o local para desenvolvermos a questão<sup>1</sup>, que, se as afirmações atrás feitas são quase óbvias e de reconhecimento pacífico em quaisquer ordens constitucionais em que os direitos citados sejam reconhecidos como direitos fundamentais, em Portugal, embora seja caso único no Direito comparado, as conclusões da doutrina e da jurisprudência constitucionais *tradicionais* —todavia ainda persistentes— vão exactamente no sentido inverso, ou seja, nos exemplos dados, essas doutrina e jurisprudência consideram que a maior intensidade na utilização dos princípios estruturantes deve ser reservada à restrição do direito de antena ou do direito à greve, porque seriam *direitos, liberdades e garantias*, comparativamente à protecção que deveria ser conferida ao direito à pensão, ao salário ou à saúde que, como direitos sociais, seriam direitos menores...

## 2. Os princípios estruturantes e os direitos fundamentais

a) Na relação entre princípios estruturantes e direitos fundamentais, uma questão prévia que se pode colocar será a de saber se não há aqui

<sup>1</sup> Cf., para esse efeito, J. REIS NOVAIS, *Uma Constituição, Dois Sistemas?*, Coimbra, 2020.

uma redundância, já que os próprios princípios estruturantes seriam, cada um deles, verdadeiros direitos fundamentais.

Sobretudo, quando alguém adopta uma concepção dos direitos fundamentais como sendo *comandos de optimização*, como é propugnado pela teoria dos direitos fundamentais como princípios, aquela identificação tende a ser favorecida, com base na ideia intuitiva, mas contestável, de que um direito é *mais* do que um *princípio*, pelo que, de acordo com uma perspectiva de maximização da efectividade dos direitos fundamentais, se deveria sustentar que as normas constitucionais que acolhem os princípios estruturantes consagram, simultaneamente, correspondentes direitos fundamentais. Ou seja, sustentar-se-ia a vantagem da dedução de direitos subjectivos fundamentais de cada um desses princípios, mesmo quando a Constituição não os acolhesse nessa qualidade, pelo que teríamos, assim, um direito fundamental à dignidade, à igualdade, à segurança jurídica, à legalidade ou à proporcionalidade.

Porém, nem haveria qualquer vantagem dogmática neste tipo de enquadramento, nem ele produziria qualquer efeito prático de reforço das posições individuais correspondentes. Ao invés, verificar-se-ia, de um lado, uma banalização e conseqüente desvalorização do próprio conceito de direito subjectivo fundamental — aplicado indiferentemente a qualquer posição individual de vantagem que de alguma forma se pudesse sustentar numa norma constitucional, por mais indirecta ou remota que fosse a respectiva associação— e, de outro, a pretensa jus-fundamentalização e subjectivização de qualquer norma que impusesse um dever ao Estado poderia mesmo resultar em desvantagem individual comparativamente à protecção conferida pelos princípios estruturantes.

Com efeito, sabido como os direitos fundamentais podem, em geral e quando considerados como um todo, ceder perante outros direitos e interesses, então os ditos princípios estruturantes, concebidos enquanto direitos, perderiam, nessa qualidade, a sua vinculatividade absoluta — que resultaria, de outro modo, da sua natureza estruturante— e passariam, eles próprios, a ser caracterizados por uma vinculatividade relativa. Os poderes públicos deveriam observar a dignidade, a igualdade ou a proporcionalidade, mas só na medida em que não existisse, no caso concreto, uma vinculação contraposta de *peso* superior.

Ou seja, enquanto que o princípio da igualdade ou da proporcionalidade ou da legalidade apresentam uma força vinculativa inquestio-

nável e definitivamente vinculativa, já os pretensos e correspondentes direitos à igualdade, à proporcionalidade ou à legalidade apresentariam, tendencialmente, uma natureza de garantias sujeitas a ponderação e a consequente cedência em função das circunstâncias de caso concreto. Esta *flexibilização* seria ainda mais problemática, naturalmente, quando aplicada ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

b) Diferentemente, consideramos não haver lugar nem vantagem nesse tipo de juízo relativamente à aplicabilidade dos princípios estruturantes. Os princípios estruturantes *valem* sempre com uma natureza absoluta, têm sempre de ser observados e respeitados, sob pena de inconstitucionalidade. Podemos ter dúvidas sobre se foram ou não violados numa dada situação concreta, mas, se concluirmos que o foram, então há inconstitucionalidade. Se concluirmos que uma dada norma restringiu excessivamente um direito fundamental, essa norma é inconstitucional, ou seja, não vamos ponderar a exigência de proporcionalidade com qualquer outra exigência ou qualquer outro princípio para apurarmos se deve prevalecer ou se deve ceder.

No entanto, a dificuldade residirá em saber quando, nas circunstâncias de caso concreto, os princípios estruturantes foram ou não observados, foram ou não respeitados e, nesse sentido, será necessário proceder à avaliação de todas as circunstâncias, ao *peso* dos bens relevantes, das alternativas disponíveis, da solução mais ajustada ao caso concreto. Donde que, apesar da sua relevância absoluta, nos casos verdadeiramente *difíceis*, a verificação de existência de eventual inconstitucionalidade por violação dos princípios estruturantes seja sempre complexa, indissociável de avaliações e de ponderações subjectivas que exigem uma fundamentação racional que permita a respectiva controlabilidade, crítica e falsificabilidade.

Neste âmbito, os princípios estruturantes funcionam, não propriamente enquanto direitos fundamentais, mas na qualidade de *limites aos limites*, ou seja, parâmetros constitucionais de controlo das acções estaduais restritivas de direitos fundamentais ou das omissões estatais que afectem os bens jusfundamentalmente protegidos, podendo dizer-se que, em grande parte das situações jurídicas complexas, é através da protecção conferida pelos princípios estruturantes que os direitos fundamentais adquirem efectividade em Estado de Direito.

## 2.1. Os princípios estruturantes enquanto *limites aos limites* dos direitos fundamentais

a) A necessidade de observância dos comandos normativos que se deduzem dos princípios estruturantes constitui um limite permanente à actuação ou à omissão dos poderes públicos em Estado de Direito, no sentido de que, qualquer que seja o domínio em causa ou a natureza do acto dos poderes públicos, haverá inconstitucionalidade sempre que os princípios estruturantes de Estado de Direito forem violados. Porém, é sobretudo na sua qualidade de *limites aos limites* dos direitos fundamentais que eles assumem a sua derradeira e decisiva relevância e é assim, desde logo, porque esse é o domínio mais sensível do ponto de vista do relacionamento entre o Estado e os particulares e aquele onde a densidade do controlo judicial mais se faz sentir. Pode-se dizer, com efeito, que sem a intervenção dos princípios estruturantes os direitos fundamentais não seriam, em boa parte dos casos, mais do que tópicos de ponderação ou do que apelos virtuosos à boa vontade dos poderes públicos.

Na realidade, e na medida em que, apesar de serem garantias constitucionais invocáveis contra os poderes públicos, os direitos fundamentais (com excepção dos que são já constitucionalizados de forma definitiva e absoluta, com natureza de *regra*) são intrinsecamente dotados de uma reserva geral imanente de ponderação, eles são susceptíveis de cedência perante a invocada necessidade de o Estado ter de prosseguir a realização de outros bens, interesses ou direitos igualmente dignos de protecção jurídica. Nesse sentido, e como cabe necessariamente ao legislador democrático, em primeira linha, avaliar da premência dessa protecção e da conseqüente necessidade de restrição, os direitos fundamentais correm o risco de *retornar*, por essa via, à disponibilidade da maioria política.

Ou seja, os direitos fundamentais teriam sido intencionalmente furtados à disponibilidade das maiorias conjunturalmente no poder através da sua constitucionalização, mas, na medida em que a sua realização necessita de ser compatibilizada com outros interesses dignos de protecção que exijam a eventual cedência das garantias jusfundamentais, a maioria política recuperaria, por facto da inevitabilidade dessa decisão, o controlo sobre os direitos fundamentais.

No entanto, em Estado de Direito com Constituição em sentido formal, esse risco pode e deve ser atalhado por duas vias<sup>2</sup>. Em primeiro lugar, através da sujeição das razões justificativas da pretendida restrição dos direitos fundamentais a um controlo judicial intensivo. Essa constituirá uma primeira fase de controlo. Em segundo lugar, numa derradeira fase de apreciação de constitucionalidade das restrições, através da sujeição das concretas medidas restritivas a um controlo, igualmente intensivo, da observância das garantias constitucionais corporizadas nos princípios estruturantes.

b) Assim, enquanto garantias constitucionais *fortes*, enquanto verdadeiros *trunfos* que os seus titulares podem *jogar* a seu favor contra a maioria, os direitos fundamentais só podem ceder perante razões justificativas igualmente fortes, perante interesses de realização premente que não contradigam a própria necessidade de garantia e de consequente consagração constitucional dos direitos fundamentais. Cabe a um poder judicial independente controlar a legitimidade e pertinência dessas razões justificativas, ou seja, a última palavra não é, aí, a da maioria política que pretende restringir, mas sim a do poder judicial que controla a legitimidade constitucional das restrições.

Diga-se que, nesta primeira fase, as violações mais ostensivas e evidentes dos direitos fundamentais *caem* sem necessidade de fundamentação complementar. Se uma Constituição garante a liberdade religiosa ou a liberdade de expressão do pensamento e se, sem qualquer outro apoio no texto constitucional, o Estado discrimina, impede ou proíbe o livre exercício desses direitos fundamentais, então aí a inconstitucionalidade é manifesta e o fundamento mais adequado a ser invocado é o da violação directa do direito fundamental em causa, ou, se se quiser, a violação do conteúdo essencial desse direito, sem necessidade de ulterior controlo. Essa não é, no entanto, a situação mais comum quando nos encontramos em Estado de Direito. Daí que, na generalidade das afectações negativas dos direitos fundamentais, se faça sentir a necessidade de outro tipo de controlos ou de *filtragem* da admissibilidade das restrições.

<sup>2</sup> Cf., com desenvolvimento, J. REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2021, págs. 213 e segs.

## 2.2. O controlo prévio da legitimidade dos fins prosseguidos e dos meios restritivos escolhidos

a) Desde logo, nesta primeira fase de controlo de constitucionalidade das razões invocáveis para restringir um direito fundamental, suscita-se a necessidade de apreciação da legitimidade do meio restritivo utilizado e do fim prosseguido com a restrição<sup>3</sup>. Este controlo assume a maior relevância prática já que, verificando-se a existência de uma afectação desvantajosa de um direito fundamental, a primeira pergunta que se deve colocar para efeitos de controlo de constitucionalidade respeita, precisamente, à justificação da restrição, às razões invocadas ou objectivamente susceptíveis de serem invocadas como fundamento da restrição que se pretende prosseguir.

Porém, mesmo antes da apreciação dessas razões, ou seja, dos fins em vista com a restrição, pode colocar-se a questão da admissibilidade do meio restritivo escolhido para os prosseguir. Num exemplo fácil: mesmo que a tortura exercida pela autoridade policial sobre um detido se destinasse a prosseguir um fim do maior relevo, por exemplo, a segurança do Estado e da comunidade, tratando-se, todavia, de um meio constitucionalmente inadmissível, o acto seria, pura e simplesmente, inconstitucional. Ou seja, comprovando-se a existência de tortura, não haveria sequer necessidade de passar aos controlos ulteriores, incluindo os da observância dos princípios estruturantes.

<sup>3</sup> Assinale-se que, para algumas posições doutrinárias, o controlo prévio da constitucionalidade dos fins e dos meios utilizados surge inscrito no controlo de proibição do excesso ou de proporcionalidade, mais ou menos associado, ao controlo de aptidão dos meios ou mesmo perspectivado como *teste* autónomo dentro do controlo de proporcionalidade em sentido lato. A nosso ver, não faz sentido ou só faz sentido para as posições doutrinárias que concentram toda a dogmática dos direitos fundamentais na ponderação/proporcionalidade. Como, para essa visão, tudo deve ser tratado no âmbito do controlo da proporcionalidade, então a questão da legitimidade constitucional dos fins e dos meios passa também a integrar esse controlo. Mas, em rigor, não se trata aqui de uma questão de proporcionalidade, de excesso, mas de admissibilidade constitucional que se coloca previamente à aplicação de controlo posterior feito sob a égide de qualquer um dos princípios estruturantes. Ou seja, se nesta primeira fase se conclui pela inadmissibilidade constitucional de fins ou de meios, não há sequer necessidade de recorrer a controlos ulteriores referentes à igualdade, à proporcionalidade, à segurança jurídica ou a quaisquer dos princípios estruturantes; no plano jurídico, a questão fica aqui decidida.

E o mesmo se dirá quanto à legitimidade dos fins. Porém, uma tal filtragem pode ser relativamente fácil quando o parâmetro constitucional é uma norma-*regra* (o exemplo referido da proibição de tortura), mas já será mais complexa nas situações em que é duvidoso se a restrição em causa, tendo em conta o direito fundamental afectado e os interesses em disputa, é ou não constitucionalmente admissível. Nessa altura, a *filtragem* só pode ser feita com recurso a uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequada que permita *isolar* todo um conjunto de razões para restringir um direito fundamental que são inadmissíveis num Estado de Direito<sup>4</sup>.

b) Então, pode-se dizer que só após a *passagem* desse primeiro requisito, respeitante à legitimidade constitucional de fins e de meios, se deve, a seguir, proceder ao controlo de observância dos diferentes princípios estruturantes por parte do acto ou da omissão em causa.

Mesmo quando as razões justificativas da restrição não sejam inadmissíveis ou liminarmente afastadas, mesmo que a restrição de direito fundamental seja, à partida, autorizada, as concretas medidas restritivas que vierem a ser adoptadas pelos poderes públicos têm de observar as garantias constitucionais e, para o que aqui especialmente nos importa, têm de respeitar as exigências, condicionamentos e limitações impostos pelos princípios estruturantes.

Na maior parte dos casos, pressupondo que os fins da restrição não são ilegítimos e as razões invocadas não contradizem a própria natureza do direito fundamental em causa e da respectiva norma de protecção, os tribunais tendem a exercer um controlo contido naquela primeira fase de controlo de constitucionalidade —a fase em que se sindicam as razões justificativas da restrição. Então, no plano da apreciação da constitucionalidade das restrições, boa parte das questões jurídicas de maior complexidade que se desenvolvem neste domínio acaba por ser remetido para essa segunda fase de controlo jurisdicional, a da observância dos princípios estruturantes.

Nesse sentido, são estes princípios que, geralmente, asseguram a prevalência dos direitos fundamentais, podendo dizer-se que, no con-

<sup>4</sup> Cf., com desenvolvimento, J. REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais*, cit, págs. 234 e segs.

fronto com interesses de sentido contrário, são os princípios estruturantes que formam os *dentes* dos direitos fundamentais, que lhes garantem uma efectividade que vai para além de um mero apelo à ponderação, à boa vontade dos agentes políticos.

Ou seja, num *mundo*, o dos direitos fundamentais, muito pressionado pela flexibilidade imposta pela necessária compatibilização entre valores e interesses de sentido divergente e pelo consequente subjectivismo de apreciação — tudo o que, no limite, pressiona no sentido da deferência judicial para com as opções do legislador democrático —, acabam por adquirir relevância decisiva todos os elementos e instâncias que propiciam juízos de maior objectividade e de racionalização intersubjectivamente partilhável, como são as estruturas e parâmetros de controlo fornecidos pelos princípios estruturantes.

Daí, em última análise, a importância em destacar nos princípios estruturantes as instâncias, elementos ou subprincípios que proporcionem essa maior objectividade, superando a tendência para os reduzir ou identificar com a própria metodologia da ponderação de bens. Há, em todo o caso, que ter a consciência de que, na maior parte das situações de aplicação dos princípios estruturantes, é impossível a eliminação ou a não utilização de dimensões e máximas em que estão presentes elementos de subjectividade, de avaliação contextualmente condicionada, de ponderação dos interesses subjacentes.

c) Cabe, por último, destacar o lugar especial que cabe ao princípio da dignidade da pessoa humana enquanto instrumento de controlo da legitimidade das razões invocadas para restringir os direitos fundamentais. É que, em boa parte das situações em que as restrições a direitos fundamentais são liminarmente consideradas inconstitucionais, o fundamento da inconstitucionalidade reside ou é acompanhado da violação directa da dignidade da pessoa humana considerada enquanto princípio em que assenta o Estado de Direito.

Ora, se tal não dispensa o estudo aprofundado do conteúdo deste princípio — o que se fará imediatamente a seguir —, pois só após a determinação desse conteúdo a violação da dignidade pode ser apurada de forma intersubjectivamente comprovável, esse lugar especial determina que o princípio da dignidade da pessoa humana não seja, simplesmente, um princípio estruturante situado no mesmo plano dos restantes.

Ou seja, verificada uma violação da dignidade da pessoa humana nesta primeira fase do controlo, a da verificação da legitimidade de fins e meios, não há sequer necessidade de prosseguir para a fase de verificação da conformidade da restrição relativamente aos restantes princípios estruturantes. A gravidade e a irremissibilidade da lesão decide o caso nesta primeira instância de controlo. Veremos, todavia, como e porquê essa alegação deve ser reservada para as restrições mais graves e consensualmente repudiáveis —por exemplo, o caso referido da tortura seria liminarmente afastado por constituir lesão directa da dignidade—, mas, independentemente da excepcionalidade da situação, justifica-se a diferenciação do lugar da dignidade da pessoa humana dentre os diferentes princípios estruturantes de Estado de Direito.