

Direitos fundamentais, transcendentalismo e redução da complexidade

José Joaquim Gomes Canotilho*

A. Teorias dos direitos fundamentais e teorias de Constituição¹

1. Se compararmos as obras dedicadas aos direitos fundamentais nos últimos quarenta anos dar-nos-emos conta da deslocação gravitacional das teorias da Constituição e das teorias dos direitos fundamentais no âmbito da ciência do Direito Constitucional. Nos finais da década de sessenta e durante a década de setenta, os *tópoi* centrais da teoria da constituição reconduziam-se à captação do sentido da *força normativa das constituições* escritas. Por sua vez, as *teorias dos direitos fundamentais* tinham como finalidade esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais pressupunha ou não uma *teoria de direitos fundamentais* capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos normativizadores destes direitos. As teorias de constituição — “ordem de valores”, “ordem de integração”, “instrumento de governo”, “ordem dirigente” — iluminavam as teorias dos direitos — “teoria liberal”, “teoria institucional”, “teoria de valores”, “teoria democrático-funcional” — e estas, por sua vez, assumiam-se como “precompreensões” do intérprete hermeneuticamente orientadoras da investigação do sentido das normas jusfundamentais². Este encadeamento — teoria da constituição, teoria dos direitos fundamentais, interpretação de normas constitucionais positivadoras de direitos — de figuras

teóricas e dogmáticas está esgotado na opinião de muitos autores. Por um lado, as teorias da constituição vão sendo substituídas por outras problemáticas que põem em causa o “futuro da constituição” e a sua função como instrumento de direcção do sistema jurídico. A isto acrescenta-se o desafio da “europeização”, da globalização e do constitucionalismo multinível. No plano estrutural, todas as teorias incorporadas no cânone alemão dominante desvalorizavam as dimensões analíticas que, nos tempos mais recentes, ganharam centralidade na discussão dos “direitos como princípios”³.

2. Por outro lado, as teorias dos direitos fundamentais, em vez de servirem de orientação metódica no contexto da investigação jurídico-dogmática, acabam em receptáculo dos resultados da própria interpretação. Não admira, pois, (i) que elas tenham sido deslocadas da metódica constitucional para a teoria da constituição onde servem de instâncias teóricas de aproximação aos *esquemas contrafactuais das teorias da justiça*, (ii) ou que, à minguia de funcionalidade metodológica e dogmática, sejam pura e simplesmente silenciadas na dogmática jurídico-constitucional⁴. Talvez seja correcto dizer que o que é posto em causa não são as teorias políticas, filosóficas ou económicas sobre direitos fundamentais (nem poderiam ser), mas as chamadas “teorias materiais de direitos”. Mesmo estas estão longe da sentença de morte. Na verdade, muitos dos problemas teórico-dogmáticos suscitados pelas *teorias normativo-dogmáticas* de direitos fundamentais ganharam intensidade com a deslocação das querelas metodológicas para o campo da análise estrutural das normas. A infundável discussão em torno da problemática das *regras e princípios* demonstra que o “levar a sério os direitos fundamentais” implica uma afinada clarificação da densidade normativa

* Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, onde foi vice-reitor. Preparação para o doutorado em Freiburg e Heidelberg, na Alemanha. Conselheiro de Estado. Membro da Comissão para a Revisão do Conceito Estratégico da Defesa Nacional. Administrador não executivo da Fundação Calouste Gulbenkian. Membro do Conselho Superior do Ministério Público.

¹ Cfr. INO AUGSBERG/ SEBASTIAN UNGER (org.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, Baden-Baden, 2012.

² Cfr. E. W. Böckenforde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”(1974), in *Staatsverfassung, Demokratie*, 2. ed., 1992, p. 115. Na literatura mais recente: M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, Tübingen, p. 3, que alude à teoria dos direitos fundamentais como *um a priori* interpretativo da compreensão da Constituição; J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, 2005, p. 7.

³ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 4. ed., p. 508.

⁴ Vide, precisamente, a conclusão de F. Ossenbühl, “Grundsätze der Grundrechtsinterpretation” in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, III, 2004, p. 618.

dos princípios⁵. De qualquer modo, não deve confundir-se uma *teoria de direitos fundamentais* de uma constituição concreta com uma *teoria geral de direitos fundamentais*. Esta, como se acaba de salientar, revela-se como refúgio de precompreensões interpretativas. A primeira continua a ser indispensável para a averiguação de dimensões fundamentais de todo o “sistema constitucional de direitos”, desde a descoberta das suas raízes até a iluminação da sua multifuncionalidade numa ordem constitucional concreta. Precisamente por isso, uma *teoria de direitos fundamentais de uma constituição* pressupõe, ainda hoje, uma teoria da constituição. O malogro metódico das “teorias dogmáticas” de direitos fundamentais não implica a indispensabilidade de teorias e doutrinas na compreensão dos direitos fundamentais, desde logo como dimensões centrais de lutas e confrontos no plano da história das ideias, quer se trate de ideias religiosas quer se trate de ideias políticas e económicas. Assim, compreende-se que um moderno manual de direitos fundamentais⁶ dedique vários parágrafos aos direitos fundamentais na doutrina da Igreja Católica⁷ e aos direitos fundamentais na perspectiva do Protestantismo⁸. No campo do pensamento político, encontramos na mesma obra amplas referências aos direitos fundamentais na perspectiva do liberalismo⁹, nas teorias políticas conservadoras¹⁰, no pensamento

socialista¹¹, na teoria marxista leninista¹² e no nacional socialismo e fascismo¹³.

B. As deslocações compreensivas das teorias de direitos fundamentais

I Teorias e “viragem” dogmática

3. As teorias dos direitos fundamentais elaboradas a partir de meados da década de setenta (sobretudo na juspublicística alemã) tinham, como já se registou, o objectivo de esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha, ou não, uma teoria de direitos fundamentais capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores de direitos fundamentais. Pouco a pouco, foram surgindo várias teorias que, umas vezes, pretendiam captar fundamentalmente os valores básicos subjacentes às normas constitucionais, e, outras vezes, se propunham esclarecer as *dimensões funcionais* (funções) dos próprios direitos fundamentais. Para se compreender melhor o sentido deste campo teórico sintetizar-se-ão as grandes linhas das principais teorias recortadas na juspublicística constitucional. Em boa parte, a Teoria da Constituição procurou abranger as teorias de direitos fundamentais, mas sem haver grande rigor quanto à sua própria localização teórica. As fórmulas doutrinárias revelavam esta insegurança: “teorias de direitos fundamentais”, “compreensões dos direitos fundamentais”, “pensamento de direitos fundamentais”. Compreende-se, assim, que as teorias constitucionais dos direitos fundamentais em breve se deslocassem para a filosofia¹⁴, ao mesmo tempo que

⁵ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 4. ed., pp. 508 e ss.

⁶ Referimos-nos ao *Handbuch der Grundrechte*, coordenado por Detlef Merten e Hans Jürgen Papier. As referências do texto foram obtidas no v. I (Heidelberg, 2004).

Esta redução do papel das teorias de direitos fundamentais está ligada a outras discussões: (i) “nova tecnicidade do direito constitucional” à semelhança do que acontece com outros ramos do direito; (ii) eliminação dos fundamentos teórico-filosóficos ou teórico-cognitivos do direito constitucional e, especificamente, da dogmática jusfundamental; (iii) reacção contra a interdisciplinaridade, entendida como causa da complexidade crescente, mas infrutífera, da dogmática dos direitos fundamentais.

⁷ Vide H. Schanbeck, “Grundrechte in der Lehre der katholischen Kirche”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 349 e ss.

⁸ Cfr. Gerhard Robbers, “Menschenrechte aus der Sicht des Protestantismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, p. 387.

⁹ Cfr. Edzart Schmidt-Jortzig, “Grundrechte im Liberalismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 413 e ss.

¹⁰ Vide Otto Depenheuer, “Grundrechte und Konservativismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 441 e ss.

¹¹ Cfr. Uwe Volkmann, “Grundrechte un Sozialismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 477 e ss.

¹² Cfr. George Brunner, “Grundrechts theorie im Marxismus-Leninismus”, in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, pp. 523 e ss.

¹³ Com uma abordagem diferente, mas com numerosos esquemas referenciais às ideias políticas e religiosas pode ver-se o representativo livro organizado por Roberto Nania e Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, 3 vols., Torino, 2. ed. 2006. Cfr. também INO AUGSBERG/SEBASTIAN UNGER (org.) *Basistexte*, cit., que selecciona tópicos centrais dos teorizadores liberais (John Locke), conservadores (Friederich Julius Stahl) e marxistas (Karl Marx).

¹⁴ Cfr. Pérez-Luno, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984. Em geral, cfr. Peces Barba, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General*, Madrid, 1995, pp. 39 e ss.; K. Stern, *Staatsrecht*, III/2, 1994, pp. 1678 e ss. Por último, B. Braczyk, *Rechtsgrund und Grundrechte Grundlegung eine systematischen Grundrechtstheorie*, Berlin, 1996; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, pp. 102 e ss.

os autores iniciavam o “tournant” dogmático, exigindo “mais dogmática e menos teoria” (W. Brugger) a fim de se poder alicerçar uma metódica mais rigorosa de interpretação-aplicação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (cfr. *supra*). As exigências funcionais das teorias sistémicas também se começaram a sentir, interessando mais discutir as *funções* (subjectiva e objectiva) dos direitos do que as *teorias* em torno dos direitos¹⁵. A necessidade de instrumentos de trabalho mais operacionais e “próximos da prática” conduzem a uma *teoria dogmática dos direitos fundamentais* que, no fundo, pretende fornecer as bases de uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados¹⁶.

II As teorias dos direitos fundamentais

O canône teórico dos direitos fundamentais costuma ser reconduzido às cinco teorias sistematizadas por um publicista alemão em 1974¹⁷.

a) Teoria liberal

4. São conhecidos os postulados mais característicos desta teoria liberal: (1) os direitos fundamentais perfilam-se essencialmente, como *direitos de autonomia e direitos de defesa*; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o carácter de *normas de distribuição de competências* entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da acção estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como *pré-estaduais*, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado; (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efectivação, ficaram fora

da competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objectivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente *individual*, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, *Freiheit in se* e não *Freiheit um zu*, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).

b) Teoria da ordem de valores

5. Os direitos fundamentais apresentam-se, na *teoria da ordem de valores*, primeiramente, como valores de carácter objectivo, e não como direitos ou pretensões subjectivas. Concebidos os direitos fundamentais como *ordem de valores objectiva*, dotada de *unidade material*, e na qual se insere o sistema de pretensões subjectivas (*Anspruchssystem*), deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objectivos, cuja realização possibilita a eficácia óptima dos direitos e confere um estatuto de protecção aos cidadãos; (2) postula-se uma dimensão essencialmente objectiva dos direitos fundamentais cujo conteúdo essencial compreende a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) consequentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais, respeita-se a totalidade do sistema de valores do Direito Constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos no plano subjectivo, que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objectiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos, de forma a obter a *eficácia óptima* de que se falou atrás. A teoria da ordem de valores que os autores associam à *teoria da integração* de Smend e à *filosofia de valores*, procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objectivação dos direitos fundamentais. Só que, como já várias vezes pusemos em relevo, ela é uma teoria perigosa: (1) a indagação da ordem de valores, através de um pretensão método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjectiva, sem qualquer

¹⁵ Cfr., sobretudo, H. Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975. Vide, em língua portuguesa, Willis Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, 1999, pp. 32 e ss.; J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed., Coimbra, 2001, pp. 13 ss. Para outros aprofundamentos, J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, 2005, pp. 2 e ss.

¹⁶ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 1985; Stern, *Staatsrecht*, III/2, pp. 1679 e ss.; W. Kahl, “Grundrechte”, in O. Depenheuer/ Ch. Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, Heidelberg, 2010, cit., pp. 807 e ss.; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Heidelberg, 1999, pp. 3 e ss.

¹⁷ Referimo-nos a E. W. BÖCKENFÖRDE, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt/M., 1991, pp. 67-91.

apoio em critérios ou medidas de relevância objectiva; (2) a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num *sistema fechado*, separado do resto da Constituição; (3) a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais depender de *intuição espiritual*, conducente a uma *tiranía de valores*, estática e decisionista¹⁸.

c) Teoria institucional

6. Esta teoria aproxima-se da teoria da ordem de valores ao negar aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjectiva. A *teoria institucional*, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objectiva, jusnaturalística, espírito-cultural ou fenomenologicamente captada, mas sim o quadro (*instituição*) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. Daqui resultam vários corolários: (1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito de uma instituição, e sendo condicionados pela ideia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma *dimensão funcional*, na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia¹⁹; (2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa *relação de condicionalidade*, daí resultando que o seu conteúdo e os seus limites em relação aos outros bens constitucionais se aferem mediante um critério de *ponderação de bens* (*Güterabwägung*); (3) conseqüentemente, se todo o direito está numa *relação de valor* com outros bens, fica aberto à regulamentação legal um maior campo

de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); (4) os direitos fundamentais apresentam um *duplo carácter* — *individual* e *institucional* — que explicará o facto de os direitos fundamentais, tais como as clássicas *garantias institucionais* ou *garantias de instituto*, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional (vejam-se, por ex., os limites do art. 46º/4 ao direito individual de associação com o fim de salvaguardar o direito de associação como instituição). À teoria da instituição cabe o mérito de ter salientado a dimensão objectiva institucional dos direitos fundamentais e, mais do que isso, um conteúdo jusfundamental referenciado não apenas por normas mas também pela própria realidade. Todavia, impõem-se algumas reservas: (a) a faceta institucional dos direitos fundamentais é, apenas, uma das dimensões destes direitos, ao lado das dimensões individual e social; (b) o enquadramento dos direitos fundamentais no "mundo institucional" pode acarretar a "paragem" dos próprios direitos, na medida em que as instituições sejam consideradas mais como *subsistemas de estabilização* do que como formas de vida e de relações sociais e jurídicas, necessariamente mutáveis no mundo evolutivo económico e social; (c) o critério da ponderação de bens utilizado pela teoria institucional conduz a uma perigosa *relativização* dos direitos fundamentais, além de não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos de bens constitucionais²⁰.

d) Teoria social

7. A *teoria social* parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a

¹⁸ A discussão em torno da teoria dos valores e do "valor dos valores" nos direitos fundamentais continua a dominar muitos trabalhos de autores alemães. Cfr. a síntese de W. Kahl, "Grundrechte", in O. Deppenheuer/ Ch. Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, Heidelberg, 2010, cit., pp. 824 e ss. Aprofundamento: Thilo Rensmann, *Wertordnung und Verfassung*, 2007, pp. 25 e ss. Cfr. também, na doutrina italiana, Roberto Nania/Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, I, cit., pp. 174 e ss.

¹⁹ A liberdade do indivíduo é, pois, uma *liberdade consignada*. Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 59. Por isso, Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, assinala aos direitos fundamentais um momento de *cidadania activa* (*aktivbürgerliches Moment*), necessário à realização da instituição democrática. Cfr., também, Márcio Aranha, *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 1999.

²⁰ Cfr. Müller, *Juristische Methodik*, cit., p. 52; Denninger, *Staatsrecht*, Hamburgo, 1979, Vol. 2.º, p. 183; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 60; Roberto Nania/Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, cit., pp. 170 e ss. A ambigüidade da compreensão institucionalista dos direitos fundamentais revela-se também nas diversas dimensões que nela se detectam: quando se *reforça o significado normativo*, a teoria institucional pode ganhar sentido dinâmico; quando se salienta a *dimensão analítica*, o que nos surge é uma perspectiva conservadora, pois os direitos fundamentais, longe de terem um efeito dirigente, são determinados pela realidade social densificada nas instituições. Cfr. também Dieter Grimm, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, München, 1982. Mais recentemente, Cfr. JAN KLEMENT, *Wettbewerbsfreiheit*, Tübingen, cit., pp. 105 e ss.

dimensão individual (pessoal), a *dimensão institucional* e a *dimensão processual*. Continua a considerar-se, como na teoria liberal, que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjectiva, adquire hoje uma dimensão social (*Freiheitsrecht und soziale Zielsetzung*). Por outro lado, o que está em causa muitas vezes não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento. Daí a problemática dos *direitos sociais*, que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos. A intervenção estadual é concebida, não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado. A socialidade passa a ser considerada como um *elemento constitutivo* da liberdade e não como limite meramente externo da mesma. Não basta, porém, exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais, se não configurarmos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis* (Häberle). Intervém, aqui, a terceira dimensão assinalada aos direitos fundamentais: a *componente processual* permite aos cidadãos beneficiar de procedimentos de efectivação das prestações necessárias ao desenvolvimento da sua cidadania social. Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe quanto à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, permanecem obscuros alguns pontos: (1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou serão antes "cavalos de Tróia" na cidade, ainda dominada pelo liberalismo defensivo²¹? (2) haverá efectivamente direitos de *quota-parte* (*Teilhaberechte*) dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?; (3) quais as garantias efectivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos? Haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais, ou, simplesmente, *direitos dependentes à medida das prestações do Estado* ou das prestações incluídas no "âmbito do possível" tendo em conta o "efeito orçamental e fiscal" no contexto de obrigações nacionais e supranacionais.

²¹ Cfr. Amâncio Ferreira, "Uma abordagem dos direitos sociais", in *Fronteira*, n.º 6, 1979, p. 68. Cfr., também, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, p. 67.

e) Teoria democrático-funcional

9. Na *teoria democrático-funcional* acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Daí várias consequências: (a) os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público; (b) a liberdade não é a liberdade pura e simples, mas a liberdade como *meio* de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu carácter *funcional*; (c) se o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais se encontra funcionalmente condicionado, também se compreende que o respectivo exercício não esteja na completa disponibilidade dos seus titulares: o direito é, simultaneamente, um *dever*; (d) dado o carácter marcadamente funcional dos direitos, aos poderes públicos é reconhecido o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais. Esta teoria parte da ideia de cidadão activo, com direitos fundamentais postos ao serviço do *princípio democrático*. Opera-se uma despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece. Isto pode conduzir a institutos censuráveis, como os de *perda ou suspensão* dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva (ex.: uso não conforme ao pretensão princípio democrático). Alguns pontos de partida das actuais doutrinas incidentes sobre a *razão comunicativa*, a liberdade política e a liberdade de expressão parecem estar próximas desta teoria democrático-funcional dos direitos²².

f) Teoria socialista dos direitos fundamentais

8. A *teoria socialista* dos direitos fundamentais, oposta à chamada concepção burguesa, tem de ser analisada tendo em conta a *pré-compreensão antropológica marxista*. Recorde-se a célebre Tese 6 sobre Feuerbach: "[...] a essência do homem não é uma abstracção inerente ao indivíduo isolado. Na sua realidade é um conjunto de relações sociais"²³. Os

²² Cfr. a exposição e crítica de T. Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalt*, cit., pp. 91 e ss.; Roberto Nania/Paolo Ridola, *I Diritti Costituzionali*, cit., pp. 178 e ss. Veja-se, também, no contexto norte-americano, as teorias de autodeterminação democrática a propósito da liberdade de expressão. Cf. por todos, Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass., 1993, pp. 195 e ss.

²³ Cfr. K. Marx, *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã e outros textos filosóficos*, 3. ed., 1975, p. 23.

pressupostos antropológicos da concepção marxista têm logo incidência na caracterização dos direitos do homem.

Assim, nenhum dos pretensos direitos do homem ultrapassa o homem egoísta, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, o indivíduo separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, obedecendo apenas à sua arbitrariedade privada²⁴.

Trata-se, portanto, da "liberdade do homem considerado como nómada isolado, fechado sobre si próprio". Desta forma, os *droits de l'homme*, distintos dos *droits du citoyen*, nada mais são do que os direitos dos membros da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade²⁵. Por sua vez, "a aplicação prática do direito de liberdade é o direito da propriedade privada". As citações anteriores permitem-nos concluir que a teoria marxista dos direitos fundamentais parte de uma base antropológica completamente diversa da teoria liberal. Para esta, o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das acções políticas e do próprio direito; para a teoria marxista, o homem tem uma essência social que faz com que se não possa bastar a si próprio e só se consiga transformar em *homem total* através de uma nova sociedade. A partir daqui, a teoria marxista aponta várias consequências para os direitos fundamentais: (a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera "ficção" a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estadual; (b) o direito de participação (*Mitgestaltung*), na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o "direito mãe" dos direitos fundamentais; (c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de *garantias materiais concretas* necessárias à sua efectivação; (d) o compromisso activo e a participação na criação das

condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a *unidade dos direitos* e *deveres* dos cidadãos; (e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre "desabrochar" dos direitos fundamentais exige, ou pressupõe, a apropriação colectiva dos meios de produção e a gestão colectiva da economia. A concepção socialista apontou criticamente as "fraquezas" das "teorias burguesas" dos direitos fundamentais: (1) mistificação das declarações dos direitos quanto ao sentido igualitário dos direitos do homem, na feição que lhes imprimiu o liberalismo proprietarista; (2) carácter platónico do reconhecimento dos direitos se não se assegurarem ao indivíduo as condições materiais necessárias à plena efectivação desses direitos, de forma a garantirem-se *liberdades concretas* e *reais*. A concepção socialista pretende ser uma *concepção originária* dos direitos fundamentais, "produtora" de uma *ruptura* com as concepções liberais. Não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, económicos e culturais, só plenamente realizado numa sociedade socialista. O *corte* antropológico que a teoria socialista operou em relação à teoria tradicional dos direitos do homem conduziu às suas deficiências principais: (1) funcionalização extrema dos direitos fundamentais e *minimização de uma irreductível dimensão subjectiva*; (2) *tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais*, económicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas. Estas duas reduções acabaram por explicar, quer o "nihilismo" político, económico, antropológico e ecológico, posto a nu pela "Perestroika", quer a sua derrocada com a queda do "muro de Berlim".

III Doutrina constitucional dos direitos fundamentais

10. As teorias acabadas de expor não são um fim em si. Com a sua explanação pretende-se abrir caminho às interrogações deixadas em aberto: quais as teorias fundamentais eventualmente subjacentes ao regime dos direitos fundamentais de uma lei constitucional e qual a possibilidade de se fazer uma escolha livre dessas teorias. A partir do discurso precedente, afigura-se legítima uma primeira ilação: aos direitos fundamentais não se poderá assinalar hoje uma única *dimensão* (subjectiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos

²⁴ Cfr. Karl Marx, *A Questão Judaica*, p. 39; B. Romano, "Emancipazione e violenza. A proposito dei diritti dell'uomo nella *Judenfrage*", in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 4/1982, pp. 595 e ss.

²⁵ Cfr. Karl Marx, *A Questão Judaica*, cit., p. 36; A. M. Revedin, *La negazione teoretica. I diritti dell'uomo e la critica di Marx*, 1985; M. Atienza, *Marx y los derechos humanos*, 1983; W. Volkman, "Grundrechte und Sozialismus", in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, I, p. 478; Georg Brunner, "Grundrechtstheorie im Marxismus-Leninismus", in Merten/Papier, *Handbuch*, I, cit., pp. 523 e ss.

direitos fundamentais uma *multifuncionalidade*²⁶, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente. Mas não só. É discutível a própria ideia de uma *teoria geral* para todos e cada um dos direitos fundamentais, com as mesmas respostas para os mesmos problemas (ex. a teoria democrática funcional dá centralidade aos “direitos comunicativos” e a teoria social aponta para a problemática nuclear das prestações).

11. Quanto ao problema da escolha livre de uma teoria dos direitos fundamentais, poder-se-ia ser tentado a, caso por caso, mediante uma adaptação *tópica*, procurar a teoria mais adequada à solução concreta. Significaria isto não haver uma *teoria dos direitos fundamentais conforme a Constituição* (*verfassungsgemässe Grundrechtstheorie*²⁷), mas várias teorias *pré-compreendidas, iluminadoras da compreensão* das normas constitucionais. Aceitar esta conclusão seria, não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, mas também reconhecer a inexistência de um *pressuposto constitucional comum*, vinculativamente operante na interpretação-concretização dos direitos fundamentais. E este *pressuposto constitucional*, comum e ineliminável, tendo em vista o carácter compromissório da Constituição e a síntese dialéctica por ela operada entre os direitos de “várias gerações”, dificilmente pode ser reconduzido a esquemas teóricos puros. Estes apenas auxiliam na busca de uma *compreensão material, constitucionalmente adequada*, dos direitos fundamentais. Neste sentido torna-se necessária uma *doutrina constitucional dos direitos fundamentais*, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma *teoria de direitos*

fundamentais de carácter exclusivamente teórico²⁸. Esta conclusão não significa que as teorias dos direitos fundamentais devam eclipsar-se definitivamente da Teoria da Constituição. Por um lado, como o demonstra a moderna metódica constitucional, a Teoria da Constituição é uma dimensão importante na concretização dos direitos fundamentais²⁹. Por outro lado, e como o revela a recepção em sede dogmática (Alexy) da construção principal dos direitos fundamentais (Dworkin), a única maneira de as teorias dos direitos fundamentais não serem consumidas por abstractas “teorias da justiça” é a de elas continuarem dentro de uma teoria do direito praxeologicamente orientada. As teorias dos direitos fundamentais podem, desta forma, enriquecer a dogmática dos direitos fundamentais e a Teoria da Constituição, se elas fornecerem um suporte constitucionalmente sustentável a um *estado constitucional de direitos fundamentais* e a uma *sociedade civil de direitos fundamentais*³⁰. Esta sociedade civil de direitos fundamentais supera a referência exclusivamente estatista e fornece a abertura para uma teoria compreensiva da jusfundamentalidade multinível (ex. as teorias dos direitos fundamentais subjacentes à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que condensam dimensões jusfundamentais diversas do catálogo da Constituição Portuguesa).

²⁶ Cfr. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1965, pp. 80 e 134; Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975; F. Ossenbühl, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, in *NJW*, 1976, pp. 2.110 e ss.; R.A. Rhinow, “Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik”, in *Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Hüber*, Bern, 1981, p. 429, que se pronuncia também sobre a “pluridimensionalidade dos direitos fundamentais”. Desenvolvimento, P. Ridola, “Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo”, in R. Nania/P. Ridola, *I Diritti Costituzionali*, cit., pp. 150 e ss.

²⁷ Cfr. Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, cit., p. 1.536. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 32, alude agora a uma “teoria integrativa adequada”.

²⁸ Salientando a autonomia da concepção de direitos fundamentais subjacente ao texto constitucional de 1976 relativamente aos modelos teóricos, cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Cap. III. Defendendo, pelo contrário, a tese da funcionalização dos direitos, liberdades e garantias em virtude da “opção socialista” da Constituição, cfr. Lucas Pires, *A Teoria da Constituição*, cit., p. 310. Num sentido próximo do desenvolvido no texto quanto ao papel das “teorias dos direitos fundamentais”, cfr. Jorge Miranda, *Manual*, vol. IV, pp. 48 e ss.; Cfr., também, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 106; “Direitos e Garantias Fundamentais”, in Baptista Coelho (org.), *Portugal: Sistema Político-Constitucional*, p. 696, que pretende “subtrair” os direitos fundamentais ao compromisso global da Constituição (seriam um “subsistema autónomo”) e reconduzir, ao contrário de Lucas Pires, a concepção constitucional a uma “concepção liberal moderna” (p. 689). Mesmo a admitir-se uma aproximação antropológica entre as “teorias sociais democráticas” e as “teorias liberais”, continua a existir uma substancial diferença entre o “homem da catalaxia hayekiana” e o “homem situado” do pensamento social democrata e socialista. Cfr. L. Ferry/A. Renaut, *Philosophie Politique, Des Droits de l’Homme à l’idée republicaine*, pp. 276 e ss.

²⁹ Cfr. W. Kahl, “Grundrechte”, cit., pp. 834 e ss.

³⁰ Cfr. P. Häberle, “Das Konzept der Grundrechte”, in *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt/M., 1997, pp. 279 e ss; Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, 6. ed., 1997, pp. 582 e ss.

C. Os direitos fundamentais dentro da Teoria da Constituição através da Teoria do Agir Comunicativo e da Teoria da Justiça

I A “fundação” dos direitos fundamentais sobre uma teoria da discussão

12. J. Habermas, numa obra fundamental³¹, enuncia a seguinte tese: a génese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático³², se constituem co-originariamente. Algumas categorias de direitos são mesmo princípios “vinculativos” do poder constituinte. Habermas distingue cinco categorias de direitos fundamentais: (1) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento, politicamente autónomo, do direito ao mais amplo leque de *liberdades subjectivas de acção iguais para todos*; (2) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento politicamente autónomo do *estatuto de membro* numa associação livre de “sócios” jurídicos; (3) direitos fundamentais que resultam de modo imediato da *exigibilidade* dos direitos e do desenvolvimento, politicamente autónomo, da *protecção jurídica individual*; (4) direitos fundamentais a uma *participação*, em condições de igualdade, nos processos de formação da opinião e da verdade, no âmbito dos quais os cidadãos exercem a sua autonomia política e o direito legítimo; (5) os direitos fundamentais à garantia das condições de vida a nível técnico, social e ecológico, na medida em que isso se possa considerar necessário, em determinadas circunstâncias, à existência de uma igualdade de oportunidades para o exercício dos direitos cívicos enumerados de (1) a (4). Os três primeiros direitos têm uma função constitutiva, pois eles estabelecem os princípios norteadores do poder constituinte quanto à especificação dos direitos, liberdades e garantias. São, pois, princípios jurídicos em função dos quais se orientará o legislador constituinte³³. Independentemente da análise (que não poderá aqui ser feita) dos restantes momentos discursivos do autor, uma coisa parece certa: regressa-se ao problema do poder constituinte e dos seus limites

³¹ Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, pp. 155 e ss.

³² Cfr. Habermas, *ob.cit.*, pp. 155 e ss.

³³ Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 160.

fundamentalmente radicados em determinados direitos fundamentais. Estamos no cume da Teoria da Constituição.

II A “Constituição e as liberdades básicas”

13. É uma teoria de direitos fundamentais que está subjacente à configuração institucional do *liberalismo político*, tal como ele é construído por John Rawls. A própria Constituição — incluída na *estrutura básica*³⁴ — é encarada como um procedimento justo que incorpora as *iguais liberdades políticas* e garante a liberdade de pensamento. O modo como se combinam as liberdades num *esquema coerente*, outra coisa não é senão uma teoria das liberdades básicas, assente numa *concepção política da pessoa* e indispensável à justificação de um *regime constitucional*³⁵. Mais uma vez, as teorias dos direitos básicos são momentos fundamentais de uma Teoria normativa da Constituição, incluída numa *teoria do político*. A Constituição é, precisamente, entendida como um procedimento político justo que incorpora as iguais liberdades políticas e procura assegurar o seu justo valor, de modo que os processos de decisão política sejam acessíveis a todos numa base aproximadamente igual³⁶. Neste sentido, a Constituição será também o *estatuto comum de cidadãos iguais*, na medida em que incorpora e especifica as liberdades básicas³⁷.

D. Das teorias dos direitos fundamentais para as teorias da dogmática dos direitos fundamentais

14. Uma “teoria sobre teorias” acarreta uma *metateoria* ou uma *teoria transcendental*. É o que acontece com as tentativas recentes apontadas na construção de uma *teoria da dogmática dos direitos fundamentais*³⁸. A proposta de uma teoria dogmática dos direitos fundamentais não é nova como o demonstra a obra fundamental de R. ALEXY³⁹. Mas enquanto a teoria dos direitos fundamentais alexyana é concebida como parte geral da dogmática

³⁴ *Ibidem*, p. 258.

³⁵ *Ibidem*, p. 38.

³⁶ *Ibidem*, p. 337.

³⁷ Cfr., por último, Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão*, p. 144.

³⁸ Cfr. J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Heidelberg, 2005.

³⁹ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 71 e ss.

dos direitos fundamentais, a teoria da dogmática dos direitos fundamentais ambiciona erguer-se a um conceito científico geral com vista à fundamentação, recorte material e estruturação sistemática de todos os enunciados normativos referentes às situações de facto que são directa ou indirectamente relevantes para a aplicação de normas de direitos fundamentais numa concreta situação existencial⁴⁰. O objectivo de uma *teoria sobre a dogmática* acaba por ser uma teoria dogmática. Além de se procurar “impor ordem” às teorias e às dogmáticas de direitos fundamentais (policentradas), reivindica fôlego teórico-dogmático para servir de enquadramento a qualquer ordem jusfundamental (além do seu propósito de ser uma teoria para a aplicação de preceitos jusfundamentais ou uma ordem concreta). O ponto de partida para tal teoria — com a sua pretensão de universalidade — é necessariamente uma *teoria transcendental* de direitos fundamentais assente no elemento contrafáctico do *status libertatis naturalis fictivus*. Um novo conceito de compreensão apriorística surge nesta fundamentação transcendental: o da existência da pessoa em si mesmo, do *status* do pessoa em si mesmo, natural-transcendental, livre de todas as pré-condições extraexistenciais sejam elas de natureza política, religiosa, moral, antropológica, jusnatural ou de qualquer outra natureza. Ou seja: convoca-se uma figura ou categoria de pensamento transcendental (*status libertatis naturalis fictivus*), erguido a axioma (também transcendental) para alicerçar a redução da complexidade de uma teoria de direitos fundamentais. Esta reconduz-se ao conjunto de enunciados sistematicamente orientado sobre as proposições normativas respeitantes a um estado de liberdade natural fictício⁴¹. O que resulta desta proposta é (i) uma *nova teoria material* dos direitos fundamentais, (ii) monocentrada numa teoria de *aplicação* destes direitos, (iii) reconduzível a uma *dogmática* de extrinsecação do *interesse* jusfundamental protegido, ou seja, o interesse da liberdade transcendental do sujeito livre natural fictício⁴².

15. Esta teoria da dogmática dos direitos fundamentais, ambiciosamente dirigida à *redução da complexidade* aplicativa do direito, acaba por expulsar as dimensões críticas, discursivas e dogmáticas da teoria da constituição. Recorre à estratégia analítica de *dispensabilidade* de conceitos, sob o pretexto de eles serem meros “feno-conceitos”, ou seja, conceitos descritivos sem qualquer operacionalidade dogmática. Daí resulta a *neutralização* da teoria dos direitos fundamentais em todos os aspectos relevantes. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista *teórico-jurídico*, não se vê que qualquer norma de direito fundamental jurídico-constitucionalmente localizada no plano cimeiro da hierarquia normativa, quer de uma ordem constitucional concreta quer de uma comunidade de direitos fundamentais (União Europeia, Convenção Europeia), possa reduzir a relação fundamental entre o cidadão-pessoa, o Estado e a comunidade à defesa do interesse do “sujeito livre natural”. Em segundo lugar, sob o ponto de vista jurídico e político-filosófico, o *Estado de direitos fundamentais*, ou seja, o Estado vinculado à garantia de direitos fundamentais jurídico-constitucionalmente normativizados, postula conteúdos de justiça política e títulos de legitimação pouco compatíveis com uma redução transcendental dos “homens que nascem livres e iguais em direitos”. Sob o ponto de vista metodológico, mesmo que a “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” forneça abertura para confrontações políticas, em sede de aplicação de normas jusfundamentais, é inadmissível a imposição monocentrista de redução da complexidade conseguida à custa da expulsão da dimensão jurídico-objectiva dos direitos fundamentais e das respectivas precipitações jurídico-dogmáticas (“efeito externo”, “dimensões prestacionais, organizatórias e procedimentais”, “dever de protecção do Estado”)⁴³.

Referências

Andrade, J. C. V. – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed., Coimbra, 2001.

Alexy, R. – *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1985. (Existe trad. cast.).

⁴⁰ Cfr. J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, cit., pp. 9, 470 e ss.

⁴¹ Cfr. J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, cit., pp. 112 e 117.

⁴² Vejam-se as grelhas de análise (extrinsecação, ingerência e reacção) apresentadas por J. F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, cit., pp. 480 e ss.

⁴³ Cfr. em termos críticos, Cfr. W. Kahl, “Grundrechte”, cit., pp. 834 e ss.

- Böckenförde, E. W. – *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, 1989.
- Bonavides, P. – *Direito Constitucional*, 6. ed., 1997, pp. 582 e ss.
- Brugger, W. – *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, 1987.
- Corradini, D. – *Garantismo e estatualismo*, Milano, 1971.
- Cunha, P. F. – *Teoria da Constituição. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2000.
- Denninger, E. – *Menschenrechte und Grundgesetz*, Berlin, 1992.
- Dreier, H. – *Dimensionen der Grundrechte*, Berlin, 1993.
- Faria, J. E. (org.) – *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, 1998.
- Ferrajoli, L. – *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989.
- Habermas, J. – *Faktizität und Geltung*, pp. 160 e ss.
- Häberle, P. – *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt/M, 1997, pp. 279 e ss.
- Jestaedt, M. – *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Berlin, 1999.
- Kramer, M./Simmonds, N. E./Steiner, H. – *A Debate over Rights – Philosophical Enquires*, Oxford, 2000.
- Lindner, J. F., *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, 2005.
- Luhmann, N. – *Grundrechte als Institution*, 1965.
- Nunia, R. / Ridola, P., *Il Diritti Costituzionali*, 3 vols., Torino, 2. ed., 2006.
- Peces Barba, G. (com a colaboração de R. de Assis Roig, C. R. Fernandes Liesa, A. LLamas Cascón) – *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidade Carlos III, Madrid, 1995.
- Rawls, J. – *Political Liberalism*, pp. 258 e ss.
- Ridola, P. – *Diritti di libertà e Costituzionalismo*, Torino, 1997.
- Stern, K. – *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2, Beck, München, 1994, pp. 1633 e ss.
- Vilaverde, I. – *Esbozo de una teoria general de los Derechos Fundamentales*, separata da *Revista Juridica de las Asturias*, 22/1998.
- Willke, H. – *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975.