

José António Martins Lucas Cardoso

# ***A DIMENSÃO CULTURAL DO ESTADO***

*Contributo para uma análise do Estado cultural e dos direitos e deveres culturais na  
Constituição da República Portuguesa*

Volume II

Tese de Doutoramento em Direito,  
na especialidade de Ciências Jurídico Políticas,  
orientada pelo *Professor Doutor* José Joaquim Gomes Canotilho e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2013



# **III**

## **A Constituição Cultural portuguesa**



# 1. A delimitação de um conceito constitucionalmente adequado de *cultura*.

*La expresión Constitución cultural es de uso reciente en el ámbito científico y se ha extendido notablemente en los últimos años en la doctrina española de 1978 que se refieren a la cultura, en sentido genérico. Hay que hacer notar que no puede hablarse propiamente de un significado técnico-jurídico de la voz “cultura”, cuya inclusión en los textos constitucionales es sorprendentemente reciente, apareciendo por primera vez (...) en la Constitución mejicana de 1917. En el ámbito jurídico, su positivación como derecho en los textos constitucionales europeos presenta carácter de excepcionalidad. Se pone de relieve en la doctrina que el concepto de cultura que nuestros constituyentes han manejado es pluridimensional y que su complejidad se muestra claramente al poner en relación todos los preceptos constitucionales en los que, de algún modo, se hace referencia al cultivo de la personalidad humana, a la satisfacción de sus más hondas demandas y al desarrollo de sus diversas capacidades.*

BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003, p. 138/139.

## 1.1. A cultura na *Constituição da República Portuguesa*

Chegados a este momento da investigação e beneficiando da análise realizada anteriormente *em busca do conceito de Cultura* no termo da qual concluímos pelo “duplo valor semântico”<sup>1</sup> do conceito em apreço: *humanista* e *antropológico*, que alguns autores preferem denominar respectivamente por *cultura* e *civilização*<sup>2</sup>, e que exprimem, também pela mesma ordem, uma “actividade intelectual superior” e o *modus essendi* “de um povo que vive na cidade e que portanto desenvolveu normalmente um modo de vida mais complexo”<sup>3</sup>, importa agora aferir *se e em que termos* o conceito de *cultura* é acolhido e regulado pela *Constituição da República Portuguesa*.

A importância desta operação reside em delimitar *quid* no *universo cultural* permanece exclusivamente confinado ao *âmbito das ciências antropológicas* e *quod* na

<sup>1</sup> A expressão é de MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 57.

<sup>2</sup> Para uma análise detalhada da questão terminológica, cfr. *supra*, Introdução.

<sup>3</sup> Ambas as expressões são ainda de MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 59 e 61, respectivamente.

mesma *substância cultural* é conferida relevância pelo *ordenamento jurídico-positivo*. Como dizia ORTEGA Y GASSET, “cultura é o sistema *vital* das ideias em cada tempo”<sup>4</sup>, por isso a demarcação das matérias em apreço será circunscrita a uma Ordem Jurídica determinada, a Ordem Jurídico-Constitucional portuguesa vigente. O desiderato último visado com esta operação é, em primeiro lugar, o de determinar que aspectos da (i) cultura em sentido *antropológico* estão regulados no texto constitucional e, sequencialmente, quanto à (ii) cultura em sentido *humanista*, por um lado, aferir ( $\alpha$ ) até que ponto a pessoa humana está livre para exercer as actividades culturais correspondentes a uma escolha feita por sua autodeterminação, para disfrutar de bens culturais imperecíveis<sup>5</sup> ou habilitada para exigir do Estado, ou de outras entidades públicas, consoante os casos, a prestação de bens e serviços culturais e, por outro lado, demarcar ( $\beta$ ) as incumbências ou “o objecto da actividade dos poderes públicos em geral e do Direito em particular”<sup>6</sup> neste contexto<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, p. 37; o autor afirma na sequência desta orientação que “cultura é o sistema de ideias vivas em cada tempo. Ou melhor: o sistema de ideias *a partir* do qual o tempo vive. Porque não há remédio nem evasão possível: o homem vive sempre a partir de umas ideias determinadas nas quais apoia a sua existência”, *idem*, p. 61.

<sup>5</sup> Quanto a este aspecto, não podemos esquecer que, mesmo no Direito Público, “o princípio da liberdade é o princípio jurídico geral”, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984, p. 43, *italico* nosso; embora o autor não fundamente *in loco* a sua posição, esta é a única sustentável à luz da *cláusula aberta* sobre direitos fundamentais, consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da *CRP*, na medida em que o *princípio da competência*, consagrado no artigo 110.º, n.º 2, da mesma *CRP* se reporta apenas “ao Direito que regula a actuação dos órgãos do Estado e das pessoas colectivas públicas restringindo tal actuação aos domínios da sua competência” (J. DE CASTRO MENDES, *ibidem*) e não ao Direito público em geral como menciona, incorrectamente, alguma doutrina, desafortunadamente ainda bastante vasta passadas que são mais de três décadas do início da vigência da *CRP*; no sentido do artigo 16.º, n.º 1, da *CRP* consagrar “a afirmação do princípio da liberdade como princípio geral do ordenamento jurídico”, cfr. ainda JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 198, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação III ao artigo 16.º. Aliás, as posições de ambos os autores, que sufragamos, mais não são que corolários do *princípio universal do Direito* que IMMANUEL KANT enunciou nos seguintes termos: “conforme com o Direito é uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal”, *Metafísica dos Costumes*, parte I, *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, trad. portuguesa de Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 2004, p. 37.

<sup>6</sup> A análise de MARCOS VAQUER coincide com o segundo dos objectivos a que nos propomos, *Estado y Cultura*, p. 90.

<sup>7</sup> O desiderato a que nos propomos mais não é que uma aplicação a todo o Direito Público, com as devidas adaptações, da função do Direito Administrativo ensinada por DIOGO FREITAS DO AMARAL:

Sem mais delongas, cremos que um primeiro esboço da substância da *Constituição cultural portuguesa* poderá ser formulado em termos condensados, mas claros e concisos, nas palavras lineares de PETER HÄBERLE quando afirma que “a *Constituição de Portugal* (1976/1989) abre novas vias em matéria de protecção de bens culturais, tanto no âmbito sistemático-formal como no material. Logo nos “princípios fundamentais” é qualificada como “tarefa essencial do Estado” (artigo 9.º, e): *proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais...*”<sup>8</sup>, conjuntamente com a qual poderíamos mencionar a incumbência de “assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa”<sup>9</sup>. *Der Professor* considera ainda “impressionante o elevado destaque outorgado à protecção dos bens culturais (nacionais) e a alusão à cultura, assim como à natureza neste contexto. A intensidade com que os constituintes portugueses se dedicaram à construção de um Direito Constitucional cultural ou protecção dos bens culturais é visível também noutros preceitos da Constituição. Na rúbrica dedicada aos “direitos e deveres culturais” também figura a protecção de bens culturais em três contextos: no artigo 73.º, n.º 3 (colaboração com as associações cujo fim social seja a conservação de bens culturais), no artigo 78.º, n.º 1 (dever de todos cuidarem dos bens culturais), e no artigo 78.º, n.º 2, d) (dever do Estado promover e proteger a cultura para que se converta num renovado

---

“não é (...) apenas “autoritária”, como sustentam as *green-light theories*, nem é apenas “liberal” ou “garantística”, como pretendem as *red-light theories*. O Direito administrativo desempenha uma função *mista*, ou uma *dupla função*: legitimar a intervenção da autoridade pública e proteger a esfera jurídica dos particulares; permitir a realização do interesse colectivo e impedir o esmagamento dos interesses individuais; numa palavra, organizar a *autoridade* do poder e defender a *liberdade* dos cidadãos”, *Curso de Direito Administrativo*, p. 144/145.

<sup>8</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, p. 17.

<sup>9</sup> Cfr. artigo 9.º, f), da *CRP*, aditada pela Lei Constitucional n.º 1/89, 8 de Julho.

elemento de identidade cultural da comunidade)”<sup>10</sup>. Em jeito de balanço conclusivo da sua análise à *Constituição da República Portuguesa*, a *autorizada voz* de PETER HÄBERLE afirma ainda que “esta cláusula de *identidade literal* oferece uma fórmula capital para o Direito Constitucional dos bens culturais e abre uma nova perspectiva na evolução dos textos. Igualmente criativa se revela a pluralidade de textos que versam sobre a protecção de bens culturais: como dever fundamental, mandato constitucional, fim do Estado, aspecto do pluralismo cultural. Se considerarmos (...) todo o conjunto das possíveis regulações jurídico-constitucionais sobre bens culturais (elementos do Preâmbulo, fins educativos como direito e dever fundamental, cláusula de património cultural, mandato constitucional, fim do Estado ou simples competência) verificamos de imediato que a protecção dos bens culturais ao nível estadual se desenvolveu formal e materialmente em grande medida e o quanto começa a afirmar-se como componente integrante do Estado constitucional”<sup>11</sup>. Apesar da sua análise pretensamente minuciosa da *Constituição da República Portuguesa*, PETER HÄBERLE, eventualmente em consequência da sua concepção institucionalista da Ciência do Direito<sup>12</sup> omite a referência às liberdades culturais reconhecidas pelo mesmo texto constitucional<sup>13</sup>.

Outra análise da Constituição cultural portuguesa realizada *fora de portas* é devida ao labor de BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO que coloca um pouco mais de ênfase no sentido humanista da cultura quando considera que “o aspecto mais relevante da *Constituição Portuguesa* no tratamento dos direitos culturais é o princípio da democracia cultural que atravessa todo o normativo constitucional e neste princípio refletem-se os postulados básicos do Estado de cultura. A missão cultural do Estado

---

<sup>10</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, p. 17.

<sup>11</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *idem*, p. 17/18.

<sup>12</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 73 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. artigos 42.º e 43.º da *CRP*.



concretiza-se ao garantir o acesso de todos os cidadãos ao desfrute e à criação cultural (artigo 73.º, n.ºs 2 e 3), no direito à educação com garantia de igualdade de acesso e de oportunidades para o sucesso educativo (artigo 74.º, n.º 1), na educação básica gratuita e obrigatória (artigo 74.º, n.º 3), na garantia a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística (artigo 74.º, n.º 3, d)) e, em geral, na promoção do acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural (artigo 78.º, n.º 2, a))”<sup>14</sup>. Ainda segundo a autora, “a autonomia da cultura manifesta-se, por sua vez, na circunstância dos pressupostos materiais do direito à cultura e à educação estarem ao serviço da igualdade de oportunidades e representarem condição indispensável para uma verdadeira liberdade de formação e, em última análise, para o livre desenvolvimento da personalidade a que se refere o artigo 73.º, n.º 2, porque constituem um instrumento de auto-emancipação pessoal, de progresso social e de participação democrática (artigos 73.º, n.º 2 e 74.º, n.º 2)”<sup>15</sup>. Contudo, a análise de BEATRIZ GONZÁLEZ é passível, *mutatis mutandi*, da mesma crítica que dirigimos a PETER HÄBERLE pela omissão expressa, e aparentemente infundada, da análise das liberdades culturais<sup>16</sup>.

Ao jeito de balanço sobre o acolhimento das matérias culturais na *Constituição da República Portuguesa* importa mencionar o prestígio que o *constitucionalismo cultural português* goza na doutrina estrangeira. O reconhecimento internacional do grau de desenvolvimento normativo da regulação do fenómeno cultural pode ser perfeitamente ilustrado, embora em termos sintéticos, nas palavras de MARCOS VAQUER quando afirma que “impressionante é a ampla dedicação que a parte dogmática da *Constituição* [Espanhola] presta às questões culturais, sintomática de uma

---

<sup>14</sup> Cfr. BEATRIZ GONZÁLEZ, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 47.

<sup>15</sup> Cfr. BEATRIZ GONZÁLEZ, *ibidem*.

<sup>16</sup> Cfr. *supra*.

valoração da matéria que só é superada, em termos comparatísticos, pela quase coetânea *Constituição Portuguesa*<sup>17</sup>.

Seguindo a orientação adoptada inicialmente e beneficiando do contributo dos autores agora citados, verificamos mediante a análise do texto da *Constituição da República Portuguesa* que o legislador constituinte privilegiou o reconhecimento da cultura em sentido *humanista*, isto é, as actividades de cunho intelectual, nomeadamente artístico e científico, bem como a regulação da mesma, ao tratamento da cultura em sentido *antropológico*<sup>18</sup>. Com efeito, no que concerne à cultura em sentido *antropológico* a Lei Fundamental Portuguesa estatui essencialmente sobre a *língua portuguesa*, que consagra como língua oficial<sup>19</sup>, incumbindo o Estado Português de defender o seu uso e promover a respectiva difusão internacional<sup>20</sup>, nomeadamente assegurando o seu ensino aos filhos dos emigrantes<sup>21</sup>. Ainda se poderá considerar reconhecido o sentido *antropológico* de cultura no texto constitucional português se considerarmos que o património *natural e cultural*<sup>22</sup> que o Estado Português está incumbido de proteger, valorizar<sup>23</sup> e salvaguardar com objectivo de lhe conferir a função de elemento vivificador da identidade cultural comum<sup>24</sup>, será não apenas o acervo de uma actividade de carácter intelectual, nomeadamente artístico ou científico,

---

<sup>17</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 173.

<sup>18</sup> Contudo, não devemos olvidar a velha admoestação de ORTEGA Y GASSET segundo a qual, apesar de ser “característico da nossa cultura actual que grande porção do seu conteúdo proceda da ciência, noutras culturas não foi assim, nem está dito que na nossa o seja sempre na mesma medida em que o é agora”, *Misión de la Universidad*, p. 37; o autor especifica o seu pensamento em momento posterior: “na nossa época, o conteúdo da cultura vem na sua maioria da ciência mas basta tal constatação para verificar que a cultura não é a ciência. O facto de hoje se *acreditar* apenas na ciência e em mais nada não é, por sua vez, um facto científico mas uma fé vital, portanto uma convicção característica da nossa cultura”, *idem*, p. 64; a posição de ORTEGA merece-nos algumas reservas porque a ciência, além do objecto, pressupõe a adopção de um método conformado por critérios de racionalidade, cfr. *infra*, 2.2.1.2.2.

<sup>19</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 3, da CRP.

<sup>20</sup> Cfr. artigos 9.º, f), 2.ª parte, e 78.º, n.º 2, d), 2.ª parte, da CRP.

<sup>21</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, i) da CRP.

<sup>22</sup> Cfr. *infra*, 4.

<sup>23</sup> Cfr. artigo 9.º, e) da CRP.

<sup>24</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 2, c) da CRP.

mas simultaneamente o reflexo do *modus vivendi* e da transmissão imemorial dos valores civilizacionais do povo português.

Afigura-se compreensível que a *Constituição da República Portuguesa* não consagre norma exaustiva sobre a cultura em sentido antropológico na medida em que sendo o Estado Português um Estado *monocultural*, e sobretudo o Estado-nação mais antigo do mundo, seria de certo modo supérfluo regular “um modo de ser determinado de uma comunidade, de um povo, de uma nação”<sup>25</sup> que se encontram estabilizados no seu *modus vivendi* há mais de oito séculos. Em abono desta posição, recordamos que o legislador constituinte não sentiu sequer necessidade de estabelecer qual a língua oficial do Estado Português na versão inicial da Lei Fundamental, apenas o havendo feito na revisão constitucional de 2001 e apenas por temor de desuso progressivo da língua portuguesa com o aprofundamento do processo de integração europeia, portanto para evitar um afloramento da globalização e não para estabelecer prioridades entre idiomas que constituam instrumento de comunicação no interior do território nacional<sup>26</sup>, pelo que, no contexto da revisão constitucional de 2001, além de “expressão do politicamente *ideal*, a Constituição escrita [foi] um instrumento de cautela, e mesmo de combate, contra o politicamente *natural*”<sup>27</sup>. Em sentido oposto, pela natureza da respectiva estrutura social, a regulação da cultura em sentido

---

<sup>25</sup> A expressão é de JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 36.

<sup>26</sup> A alteração do artigo 11.º não constava dos projectos de revisão constitucional apresentados pelos grupos parlamentares nem consta das actas dos debates da Comissão Eventual de Revisão Constitucional, cfr. projectos de revisão constitucional n.º 1/VIII, n.º 2/VIII e n.º 3/VIII, e *Diário da Assembleia da República*, II série, n.º 18, de 28 de Setembro de 2001; a ideia foi apresentada publicamente por JOSÉ DURÃO BARROSO, à data Presidente do PPD/PSD, em discurso proferido em 20 de Setembro, em cujos termos aludia à “inclusão de uma referência à qualidade do Português no artigo 11.º”, alegando que “fazia sentido que no momento em que o país dava mostras do seu empenho no aprofundamento do processo europeu, se desse um sinal em matéria de Língua Portuguesa, tendo até em conta as tentativas em curso na União Europeia no sentido de reduzir o número de línguas oficiais”, e posteriormente incorporada numa proposta de substituição subscrita conjuntamente pelo PS, PPD/PSD e CDS/PP em 27 de Setembro de 2001 e posteriormente aprovada na votação final global, cfr. JOSÉ DE MATOS CORREIA, *Notas para a história da Revisão Constitucional de 2001*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, n.º 9/12, 2003, p. 141.

<sup>27</sup> A expressão é de FRANCISCO LUCAS PIRES, *O problema da Constituição*, p. 374.

antropológico é uma medida adequada, e necessária, sobretudo em Constituições de Estados multiculturais na medida em que, por forma a respeitar integralmente o primado da dignidade humana<sup>28</sup>, é necessário salvaguardar os direitos das minorias nacionais nacionais sedeadas no território do Estado<sup>29</sup>.

Ao invés, a *Constituição da República Portuguesa* incorpora várias matérias no âmbito da cultura em sentido *humanista*. Assim, logo à partida, o legislador constituinte *não deixou por mãos alheias* a definição do critério para qualificação das actividades que consubstanciam a cultura neste último sentido, cuidando ele próprio do estabelecer as regras adequadas ao efeito. Neste sentido, o artigo 42.º da Lei Fundamental, que regula a *liberdade de criação cultural*, estabelece no seu primeiro inciso que “é livre a criação intelectual, artística ou científica”<sup>30</sup>. Ora, da interpretação deste preceito decorre que segundo o *crivo* adoptado pelo legislador constituinte apenas relevam para o *ordenamento jurídico* português a título de actividade cultural em sentido humanista, as actividades que encerrem um valor intrínseco intelectual, nomeadamente artístico, incluindo o literário<sup>31</sup>, ou científico e só nesse contexto serão as actividades culturais consideradas na presente investigação como parte integrante da *Constituição cultural portuguesa*<sup>32</sup>. Contudo, etimologicamente, o vocábulo *intelectual* significa “intelecto ou faculdade de compreender”<sup>33</sup>, portanto reporta-se genericamente ao domínio do *conhecimento*<sup>34</sup>. Neste contexto, devemos interpretar o artigo 42.º da *Constituição da República Portuguesa* como acolhedor ou positivante de uma concepção ampla de cultura em sentido *humanista*, isto é, de uma concepção de cultura com uma tal

---

<sup>28</sup> Cfr. *infra*, 2.1.2.

<sup>29</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 69 e ss. e 147 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, da CRP.

<sup>31</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>32</sup> Cfr. no mesmo sentido, embora em sede de análise da *Costituzione Italiana*, MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 74/75.

<sup>33</sup> Cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 949.

<sup>34</sup> Cfr. ainda J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *ibidem*.

amplitude que abrange todo e qualquer ramo do conhecimento. No entanto, a técnica jurídica utilizada pelo legislador constituinte determinou que simultaneamente fossem enunciados no texto da Lei Fundamental domínios específicos do conhecimento, como a arte<sup>35</sup>, nomeadamente a literatura<sup>36</sup>, e a ciência<sup>37</sup>.

Assim sendo, as manifestações culturais no sentido humanista do conceito, além do (i) *elemento objectivo* ou *existencial* que consiste numa obra ou actividade humana e que pode assumir natureza ( $\alpha$ ) *material* ou ( $\beta$ ) *imaterial*<sup>38</sup>, incorporam ainda, por definição, um (ii) *elemento subjectivo* ou *valorativo* de natureza *intelectual*<sup>39</sup>, que poderá ser, no *status* actual do conhecimento humano, de carácter ( $\alpha$ ) *científico*<sup>40</sup>, se a actividade humana (investigação e criação científica) estiver direccionada para a busca da *verdade*<sup>41</sup>, ou ( $\beta$ ) *estético*<sup>42</sup>, se o escopo da mesma actividade (artística, nomeadamente literária) consistir em alcançar o perfeccionismo da *beleza*<sup>43</sup>. Os preceitos reguladores das matérias de âmbito cultural estão dispersos pelo texto da Lei

---

<sup>35</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>36</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, da *CRP*; sobre esta questão, cfr. ainda *infra*, 2.2.1.

<sup>37</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>38</sup> Cfr. *supra* Introdução, 1.2. MARCOS VAQUER pronuncia-se no sentido da manifestação cultural incorporar dois elementos, (i) *material* e (ii) *estimativo* (*Estado y Cultura*, p. 96 e ss.); apesar da estrutura classificatória coincidir na sua concepção com aquela que sustentamos no texto, não podemos aceitar a expressão *elemento material* como um dos termos do binómio que está na raiz da classificação porque, desse modo, estaríamos a excluir o património imaterial (que o artigo 2.º, n.º 1, da *Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial* define como “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões – bem como os instrumentos, objectos, artefactos e espaços culturais que lhes estão associados – que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu património cultural”) do universo da cultura.

<sup>39</sup> *Cultura* como *valor* significa o oposto de ignorância; neste sentido, MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 59.

<sup>40</sup> A *ciência* é o “conhecimento certo e racional sobre a natureza das coisas ou sobre as suas condições de existência”, J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 354.

<sup>41</sup> Sobre a formação do conhecimento científico, cfr. KARL POPPER, *Conhecimento e formação da realidade: a busca de um mundo melhor*, p. 11 a 20.

<sup>42</sup> A *estética* é a “ciência cujo objectivo é o juízo de apreciação concernente à distinção entre o belo e o feio”, J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 695.

<sup>43</sup> Quanto aos valores suprajacentes à actividade humana, MARTIN HEIDEGGER contrapõe a *verdade* à *beleza*, indexando a verdade à *lógica* e a *beleza* à *estética* e, neste contexto, sustenta que “as artes produzem o belo”, *A origem da obra de arte*, trad. portuguesa de Maria da Conceição Costa e Artur Mourão, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 27 (itálicos nossos); JESÚS PRIETO, em sentido aproximado, reúne a criação literária e artística sob o signo da *estética*, enquanto indexa a criação científica à *racionalidade*, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 228 e ss., e ainda, *Libertad de creación cultural*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 4026.

Fundamental, não por qualquer incoerência do legislador constituinte mas porque este observou os seus próprios critérios na sistematização da Constituição<sup>44</sup>, em consonância com os quais coloca e distribui as matérias de âmbito cultural. Deste modo, passamos, na medida em que o texto da Lei Fundamental o permita, à realização, de forma sintética e científica, de uma sistematização da *Constituição cultural portuguesa*.

### **1.2. Uma sistematização da *Constituição cultural portuguesa***

As referências mais significativas na Enciclopédia Jurídica sobre a análise sistemática de uma *Constituição cultural*, isto é, do conjunto das figuras jurídico-positivas que integram este *núcleo material* de uma Constituição em concreto são devidas a ENRICO SPAGNA MUSSO, com os trabalhos realizados no início da década de sessenta do século XX sobre a *Costituzione Italiana de 1947*<sup>45</sup>, e a MARCOS VAQUER CABALLERÍA, com a análise realizada no final dos anos noventa referente à *Constitución Española de 1978*<sup>46</sup>. Se podemos afirmar que todo o discurso proferido por *il maestro bolognese* na sua monografia *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana* constitui o municiamento para uma análise exegética dos direitos fundamentais de âmbito cultural reconhecidos na *Costituzione Italiana*, ao invés o jurista *maiorquino* estrutura o texto de *Estado y Cultura* por forma a realizar uma análise objectiva do “bloco cultural”<sup>47</sup> da *Constitución Española* ordenada equilibradamente sob três perspectivas: direitos culturais, património cultural e função cultural das entidades públicas neste domínio.

---

<sup>44</sup> Sobre este assunto, cfr., por todos, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976*, p. 162 e ss., e *A sistematização da Constituição*, in JORGE MIRANDA (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 9 e ss.

<sup>45</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*.

<sup>46</sup> Cfr. MARCOS VAQUER CABALLERÍA, *Estado y Cultura*.

<sup>47</sup> A expressão é do próprio MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 173.

Com efeito, MARCOS VAQUER define “a cultura como um valor com duas dimensões: a do seu grau de realização em cada momento histórico (património cultural) e a dinâmica, ou tendencial, que caracteriza como valor absoluto (progresso cultural)”<sup>48</sup>. Segundo o autor, “a *Constitución Española de 1978*, estrutura a parte dogmática do seu bloco central segundo este mesmo critério, o que permite distinguirmos no seu âmbito dois regimes básicos: o da “*criação*” e *expressão cultural*, causa eficiente da cultura e do seu progresso, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, b) e c), e o do seu *resultado*, o “património cultural”, consagrado no artigo 46º. Comum a ambos, por se referir à “cultura” em geral, é o direito de acesso consagrado no artigo 44.º”<sup>49</sup>. Assim, MARCOS VAQUER distingue uma *causa* e um *efeito* no contexto dos procedimentos culturais, sendo que a primeira, de natureza dinâmica, incorpora a *criação* e a *expressão*, enquanto a segunda, de natureza finalística, consiste no *património*. Ora, a classificação sustentada por MARCOS VAQUER apresenta a incongruência de contrapor um *objectivo* a um *objecto*, pois enquanto apresenta a *criação* e a *expressão* culturais como causas adequadas a promover um escopo constitucional, o *progresso* cultural, qualifica o *património*, segundo a concepção privatista, como um “conjunto ou massa de bens”<sup>50</sup>, *resultado* desse progresso. Por outro lado, o autor apresenta as *actividades de criação e expressão culturais* como categorias heterogéneas quando estas apresentam a característica comum de constituírem actividades do espírito humano destinadas à produção de um de três resultados sequencialmente ordenados: (i) a obra de arte, nomeadamente literária, ou científica, (ii) a transmissão das mesmas ou (iii) a sua assimilação por terceiros<sup>51</sup>. Neste

---

<sup>48</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *idem*, p. 179.

<sup>49</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *ibidem*.

<sup>50</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *idem*, p. 231.

<sup>51</sup> Quanto às duas primeiras categorias, cfr. JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 117.

contexto, o mais coerente seria agrupar as actividades em apreço sob o género único de liberdades culturais, evitando incorrer na lacuna de ostracizar a incorporação das demais liberdades culturais constitucionalmente reconhecidas da dinâmica do procedimento cultural, como as liberdades de recepção cultural, nomeadamente de apreender<sup>52</sup>. Além disso, apresenta as mencionadas *criação e expressão culturais* como a *perspectiva dinâmica* da *Constituição cultural* enquanto se refere ao *património* como um *resultado* pressupondo assim a sua natureza *estática*, embora não o clarifique expressamente. Ora, qualificar a cultura como *resultado* no que concerne ao património cultural significa aceitar que estamos perante uma realidade concluída e em consequência que MARCOS VAQUER aceita que a humanidade chegou *ao fim da História e ao último Homem*<sup>53</sup>. Com efeito, ao invés do sugerido pelo autor *maiorquino*, o património cultural é susceptível de ser permanentemente enriquecido através de novas descobertas de valor intelectual, nomeadamente artístico<sup>54</sup> ou científico, ou da criação de novas manifestações humanas que mereçam qualificação de valor cultural, segundo os mesmos critérios, e em consequência serem incorporadas no património nacional<sup>55</sup>. Além destes aspectos, o quadro classificatório de MARCOS VAQUER não revela abrangência suficiente para incorporar o fenómeno cultural na sua totalidade pois apesar de abordar também o fenómeno sob a perspectiva dos direitos de solidariedade,

---

<sup>52</sup> A *Constitución Española* consagra a liberdade de receber informação verdadeira mencionada no texto, nomeadamente no âmbito do processo educativo ou qualquer outro processo de difusão cultural, nos termos do seu artigo 20.º, n.º 1, d).

<sup>53</sup> Neste contexto, fazemos alusão ao título da monografia de FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da História e o último Homem*.

<sup>54</sup> Cfr. v. g., o caso das gravuras do Còa; sobre este assunto, cfr. JOÃO MARTINS CLARO, *Intimação para um comportamento. O caso das gravuras do Còa. Anotação à sentença do Tribunal Administrativo do Círculo de Coimbra de 23/10/95*, in *Polis - Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, ano I/II, n.º 4/5, 1995, onde o autor faz alusão a uma expressão da então vigente Lei n.º 13/85, de 6 de Julho, “imóveis em vias de classificação”, p. 281.

<sup>55</sup> Sobre a qualificação de um bem como património cultural, cfr. *infra*, 4.3.



mencionando o direito de acesso à cultura<sup>56</sup>, posição que sufragamos do ponto de vista material, porque se nos afigura essencial num Estado social de Direito<sup>57</sup>, realiza essa abordagem de forma desenquadrada sistematicamente dos termos do quadro classificatório que elabora<sup>58</sup>. Por outro lado, MARCOS VAQUER omite qualquer referência aos deveres da Sociedade Civil neste âmbito. Por último, ao mencionar a colocação sistemática das actividades culturais no capítulo referente aos *princípios orientadores da política social e económica*<sup>59</sup> não procede à qualificação das mesmas no contexto da relação que estabelecem com o poder político, isto é, liberdade, solidariedade..., aspecto que também se nos afigura essencial no âmbito de um Estado de Direito democrático e social, apenas lhes fazendo referência no campo organizatório, mais concretamente em sede de repartição de competências entre o Estado e as Comunidades Autónomas<sup>60</sup>; matéria que aliás aborda minuciosamente como se impõe na análise de uma Constituição que consagra um modelo de Estado unitário regional altamente descentralizado<sup>61</sup>.

Assim, percorrendo o texto da *Constituição da República Portuguesa* com intuito de localizar, qualificar e, por último, sistematizar as matérias em apreço, verificamos que o fenómeno cultural foi objecto de acolhimento numa dinâmica *pentatónica* que nos permite identificar a cultura como *liberdade*, como *solidariedade*,

---

<sup>56</sup> Cfr., artigo 44.º, n.º 1, *in fine*, da *Constitución Española* e *infra*, a classificação dos direitos fundamentais adoptada.

<sup>57</sup> Cfr. *infra*, 2.3.

<sup>58</sup> Cfr. MARCOS VAQUER que invoca em abono da sua posição que o *direito de acesso* é comum a ambas as perspectivas do fenómeno cultural (*Estado y Cultura*, p. 179) mas com essa solução vem aniquilar a classificação que elaborou porque *criação* e *resultado* (para mencionarmos os conceitos adoptados pelo autor) são também dois momentos comuns ao mesmo procedimento cultural.

<sup>59</sup> Cfr. Título I, Capítulo III, da *Constitución Española*.

<sup>60</sup> Cfr. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 313 e ss.

<sup>61</sup> Sobre este assunto, cfr., por todos, ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, vol II, *Los órganos constitucionales – El Estado autonómico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 367 e ss., e MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1996, p. 160 e ss., *max.* 193 e ss.

como *dever*, como *acervo* e ainda como *tarefa*. Com efeito, especificando a sequência de termos mencionados com o necessário detalhe, a cultura (i) como *liberdade* incorpora as liberdades *de criação* intelectual, nomeadamente artística, incluindo a literária, e científica<sup>62</sup> que compreendem a invenção, produção e divulgação da obra, abrangendo ainda a protecção legal dos direitos de autor<sup>63</sup>, a liberdade *de transmissão* (ensinar)<sup>64</sup> e a correlativa liberdade *de assimilação* (aprender) culturais<sup>65</sup>, a liberdade *de criação de escolas particulares e cooperativas*<sup>66</sup>, a *autonomia universitária*<sup>67</sup> e ainda a liberdade *de participação democrática no ensino*<sup>68</sup>. A cultura (ii) como *solidariedade* compreende o direito *de acesso à criação cultural*: artística, nomeadamente literária, e científica<sup>69</sup>, o direito *à educação*<sup>70</sup>, e o direito *à fruição cultural*<sup>71</sup>. Por seu turno, a cultura (iii) como *dever* comporta o direito-dever *dos pais de educação dos filhos*<sup>72</sup>, o *dever de todos preservarem, defenderem e valorizarem o património natural e cultural*<sup>73</sup> e o *dever de algumas associações e fundações colaborarem com as entidades públicas na prossecução das suas tarefas culturais*<sup>74</sup>. Quanto à cultura (iv) como *acervo*, compreende os *símbolos nacionais*<sup>75</sup> e o *património natural*<sup>76</sup> e *cultural*<sup>77</sup> do Estado Português. Por último, a cultura (v) como *tarefa* das entidades públicas abrange

---

<sup>62</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>63</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>64</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>65</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>66</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>67</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>68</sup> Cfr. artigo 77.º, da *CRP*.

<sup>69</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 1 e 3, e 78.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>70</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 1 e 2, 74.º a 77.º e 79.º da *CRP*; JAVIER TAJADURA menciona expressamente o artigo 73.º, n.º 1, da *CRP* como “antecedente” do artigo 44.º da *Constitución Española, La Constitución Cultural*, p. 123.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 5, da *CRP*.

<sup>73</sup> Cfr. artigos 66.º, n.º 1, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>74</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 3, e 78.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>75</sup> Cfr. artigo 11.º da *CRP*.

<sup>76</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 2, c) e d), *CRP*.

<sup>77</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, da *CRP*.

uma panóplia de actividades de âmbito cultural (dimensão material)<sup>78</sup> cuja prossecução está a cargo do Estado e de outras entidades públicas (dimensão orgânica)<sup>79</sup> visando o escopo da *realização da democracia económica, social e cultural* na sua plenitude<sup>80</sup>.

Deste modo, identificadas e sistematizadas as várias figuras jurídico-culturais com assento constitucional, a abordagem subsequente tem por objecto a realidade normativa agora identificada e delimitada: a *Constituição cultural portuguesa*. Com vista a prosseguir tal desiderato assumimos como (i) ponto *alfa* da investigação a empreender a análise do conceito, natureza e regime das várias figuras jurídico-constitucionais mencionadas, como (ii) *azimute* do percurso a indagação da consagração de princípios modeladores do sub-sistema normativo que denominamos por *Constituição cultural* e como (iii) ponto *ómega* de todo o labor a identificação e caracterização dos mesmos.

---

<sup>78</sup> Cfr., v. g., artigos 9.º, e) e f), e 73.º e ss. da CRP e, no plano doutrinário, RAFAEL BARRANCO, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 204 e ss.

<sup>79</sup> Cfr., no que concerne à repartição da competência legislativa, artigo 228.º, n.º 1, da CRP, artigos 57.º, n.º 2, a) a d), 63.º, n.º 2, a) e b), 64.º, n.º 2, e 65.º, n.º 2, do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores* e artigo 40.º, i), j), o) a s), u), oo) e pp) do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira* e no plano doutrinário, no que concerne às experiências constitucionais italiana e espanhola, respectivamente, ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 107 e ss., MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 313 e ss., e JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 119 e ss.

<sup>80</sup> Cfr. artigo 2.º, *in fine*, da CRP.



## 2. Os direitos culturais

*Es frecuente no considerar parte de la libertad de la cultura más que la creación cultural. Pero desde una visión coherente e interrelacionada de los complejos procesos de la vida culturales es necesario agrupar bajo el paraguas de este principio también otras libertades; por ello, en aras de esa visión sistemática del binomio cultura-libertad, proponemos alterar así la multiplicidad de libertades-autonomía que el Estado de Cultura debe reconocer: 1) las libertades de creación cultural, dentro de las que se deben distinguir: a) un derecho genérico a la libre transmisión de la cultura creada(...), b) la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra (...), 2) de comunicación cultural (...), 3) de emprendimiento y institucionalización cultural (...) y 4) el principio de libre desarrollo de la personalidad (...).*

JESÚS PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 225/226.

### 2.1. Uma pré-compreensão quanto ao conceito, à natureza e à classificação dos direitos fundamentais

#### 2.1.1. O conceito de direito fundamental

Os *direitos fundamentais*, conforme escrevemos noutra local, podem ser definidos “numa perspectiva meramente formal, como direitos da pessoa humana<sup>81</sup> reconhecidos pela Lei Fundamental. Contudo, se desejarmos conferir alguma substância a esta ideia, podemos identificar os mesmos *direitos fundamentais* como direitos da

---

<sup>81</sup> A posição sustentada no texto pressupõe que os *direitos fundamentais* revestem a natureza jurídica de *direitos subjectivos* e que constituem uma espécie dentro deste género. O conceito de *direito subjectivo*, como ensinava MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, pode definir-se “como a faculdade ou o poder atribuído pela Ordem Jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto de sua vontade (...) só de per si ou integrado depois por um acto de autoridade pública (...) produzir determinados efeitos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte)”, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, p. 3. A definição de MANUEL DE ANDRADE foi adoptada *ipsis verbis* por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 179; cfr. ainda HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. portuguesa de J. Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editora, 1984, p. 184 e ss., e *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 82 e ss., ROBERT ALEXANDER, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. castelhana de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 151 e ss., JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 86 e ss., e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 147 e ss., max. 162 e ss.

pessoa humana adequados a assegurar a sua dignidade no âmbito de “uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>82</sup>. Assim, os direitos fundamentais podem ser aferidos segundo um critério material e neste caso a *linha maginot* delimitativa da *fundamentalidade* dos *direitos subjectivos* em apreço<sup>83</sup> coincide com a *dignidade humana*<sup>84</sup>, enquanto que segundo um critério formal serão direitos fundamentais aqueles que lograram consagração no texto da Lei Fundamental<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direitos Fundamentais*, p. 1; em sentido aproximado, LUIS M. DÍEZ-PICAZO sustenta que “direitos fundamentais são aqueles direitos que são reconhecidos a todas as pessoas (...) pelo simples facto de o serem, [são inerentes] à condição de pessoa ou de cidadão tal como esta é reconhecida pelo ordenamento jurídico”, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 38. A posição sustentada no texto ignora a titularidade de direitos fundamentais por pessoas colectivas consagrada no artigo 12.º, n.º 2, da *CRP*, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 420 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 261 e ss., e *infra*.

<sup>83</sup> Apesar de algumas concepções recentes que sobrevalorizam a componente objectiva dos direitos fundamentais (cfr., por todos, PETER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 7 e ss.), subscrevemos GOMES CANOTILHO quando destaca que “a organização e o procedimento se perfilam como *meio* de garantir um resultado adequado aos direitos fundamentais”, *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVI, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 18 (itálico nosso, a indicação da página segue a numeração de uma separata); também ROBERT ALEXEY e VIEIRA DE ANDRADE se pronunciam expressamente pela natureza de *direito subjectivo* dos direitos fundamentais, cfr., respectivamente, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 151, e *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 111 e ss., e ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, 450 e ss., e *Direito Constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 125.º, 1992/1993, n.ºs 3815, 3821, 3822 e 3823.

<sup>84</sup> Cfr. artigo 1.º, *CRP*; neste preciso sentido, SÉRVULO CORREIA sustenta ser “a dignidade da pessoa humana que marca pela fundamentalidade os direitos de cuja efectivação a sua salvaguarda depende e que lhes confere unidade”, *Direitos Fundamentais*, p. 45, enquanto GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e CARMEN BARRANCO afirmam que “a justificação da pretensão moral em que consistem os direitos afirma-se sobre traços importantes derivados da ideia de dignidade humana, necessários para o desenvolvimento integral do ser humano”, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 29. Cfr. ainda, selectivamente, PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, p. 97/98 e 204, FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da História e o último Homem*, p. 289/290, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 225 e 379/380, e *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, *max.* p. 290 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 49 e ss., J. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 50 e 62, BEATRIZ GONZÁLEZ, *El Estado social*, p. 95/96, PETER HÄBERLE, que faz alusão expressa aos artigos 1.º, 13.º, n.º 1, 26.º n.º 2, e 66.º, n.º 1, da *CRP* (o autor escrevia por referência ao texto da Lei Constitucional n.º 1/2001), *Cultura dei diritti e diritto della cultura nello spazio costituzionale europeo*, p. 7, e PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 336 e 525.

<sup>85</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 379, LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 39, e J. COSSIO DÍAZ, que coloca o assento tónico da fundamentalidade formal na existência de garantias constitucionais efectivas (v. g., no ordenamento jurídico espanhol, a possibilidade de recurso de amparo para o Tribunal Constitucional), *Estado social y derechos de prestación*, p. 62 e ss.

Neste contexto, VIEIRA DE ANDRADE revela-se mais exigente ao aferir a fundamentalidade dos direitos por referência a um “critério tríptico”: (i) “a importância do seu *radical subjectivo*. O núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjectivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos”, (ii) “a *função* de (...) protecção e garantia de determinados *bens jurídicos das pessoas* ou de certo conteúdo das suas *posições ou relações* na sociedade que sejam consideradas essenciais ou primárias” e, por último, (iii) “uma *intenção específica* (...): o princípio da *dignidade da pessoa humana*”<sup>86</sup>. Se a definição *formal do conceito de direito fundamental* constitui assunto pacífico desde que GEORG JELLINEK considerou a positivação dos direitos da pessoa humana como o momento crucial para que estes deixassem de ser uma mera “quimera doutrinária” e que, em consequência, “considerados do ponto de vista jurídico formal, não pudessem suscitar reservas”<sup>87</sup>, ao invés, a *definição material do conceito de direito fundamental* continua a assumir capital importância no Direito Constitucional português porque “a partir do momento em que a *Constituição da República Portuguesa* consagra a denominada *cláusula aberta* de direitos fundamentais<sup>88</sup> e, de algum modo, essa abertura se há-de reflectir num regime privilegiado de protecção a essa categoria de direitos, adquire todo o sentido o apelo à fixação de um conceito material de direito fundamental<sup>89</sup>, pois só ele permitirá fundar a decisão sobre quais, de entre as posições constantes das leis ordinárias e das regras

---

<sup>86</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 79/80, segmentação do texto nossa, cfr. ainda p. 93 e ss.

<sup>87</sup> Ambas as expressões são de GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 385, cfr. ainda *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 42; neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 377, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 39/40, e DIETER GRIMM, *Constitutionalismo y derechos fundamentales*, p. 158.

<sup>88</sup> Cfr. artigo 16.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>89</sup> Cfr. artigos 17.º e ss. da *CRP*.

aplicáveis de Direito Internacional, devam ser consideradas para efeitos de aplicação do referido regime de protecção especial”<sup>90</sup>.

### **2.1.2. A natureza jurídica dos direitos fundamentais**

A sustentação da *dignidade da pessoa humana* ou *dignidade humana* como suporte axiológico para a *fundamentalidade* de um direito subjectivo, que sufragamos, depara-se, *ab initio*, com o escolho da opção por um dos conceitos uma vez que ambas as expressões são utilizadas pelo legislador constituinte, receptivamente, nos artigos 1.º e 26.º, n.º 2<sup>91</sup>. Sem prejuízo de reconhecermos a tradição da comunidade científica na utilização do conceito de *dignidade da pessoa humana*, é nosso entendimento que esta expressão soa ligeiramente a pleonasma pois, como afirma PAULO OTERO, “pessoa humana é todo o ser humano”<sup>92</sup> ou, se preferirmos exprimir o enunciado na formulação inversa diríamos que “todo o ser humano é uma pessoa”<sup>93</sup>; daí passarmos a utilizar apenas a expressão *dignidade humana*, conceito cuja análise aconselha a revisitação da filosofia *kantiana*.

Segundo as palavras de ANTÓNIO CORTÊZ, “a questão da dignidade humana foi uma referência central do pensamento de KANT. É verdade que a reflexão sobre a dignidade humana não nasce com o filósofo de *Königsberg* e que nem sequer insiste na expressão “dignidade humana” que só ocasionalmente aparece na sua obra. Mas foi ele que de forma mais sistemática a explicou e desenvolveu, tomando-a não apenas como

---

<sup>90</sup> Subscrevemos assim a posição de JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 47/48, itálico nosso.

<sup>91</sup> Assim, o artigo 1.º, desde o texto inicial da Constituição, estipula que “Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* (...)”, enquanto que aquando da revisão constitucional de 1982 foi inserido um novo artigo 26.º cujo n.º 2 dispõe: “A lei estabelecerá garantias contra a utilização abusiva, ou contrária à *dignidade humana* (...)”.

<sup>92</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 550.

<sup>93</sup> A expressão é de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, tomo III, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 30.



ideia regulativa mas também como princípio construtivo de toda a prática. A história da ideia de dignidade humana não se reduz, obviamente, a KANT mas ele é, sem margem para dúvidas, um marco decisivo dessa história”<sup>94</sup>. Sem que sintamos oportunidade, nem necessidade, no contexto da presente investigação para nos determos na análise da “concepção kantiana da liberdade como autonomia e expressão da personalidade moral do homem”<sup>95</sup>, entendemos apenas por bem recordar que “o princípio supremo da doutrina da virtude é o seguinte: age segundo uma máxima de *fins* tal que propô-los possa ser para cada qual uma lei universal. Segundo este princípio, o homem é fim tanto para si mesmo como para os outros, e não basta que ele não esteja autorizado a usar-se a si como um meio nem a usar os outros (...), mas que é em si um dever de propor-se como fim o homem em geral”<sup>96</sup> ou, noutra formulação do mesmo imperativo, “age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”<sup>97</sup>. O espírito avisado de IMMANUEL KANT não o podia deixar de advertir que “como imperativo categórico, este princípio da doutrina da virtude não permite prova alguma mas sim uma dedução a partir da razão pura prática. Aquilo que *pode* ser fim na relação dos homens consigo mesmos e com os outros homens é fim para a razão prática; pois esta é uma faculdade dos fins em geral; por isso, ser indiferente a seu respeito, isto é, não se interessar por eles, é uma contradição: porque então também ela não determinaria as máximas para as acções (estas, enquanto tais, contém sempre um fim) e, portanto, não seria uma razão prática. Mas a razão pura não pode ordenar a

---

<sup>94</sup> Cfr. ANTÓNIO CORTÊS, *O princípio da dignidade humana em Kant*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 602.

<sup>95</sup> A expressão é de JOSÉ LAMEGO, *O essencial sobre a filosofia do Direito do idealismo alemão*, p. 9.

<sup>96</sup> Cfr. IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes*, parte II, *Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, trad. portuguesa de Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 2004, p. 31.

<sup>97</sup> Cfr. IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. portuguesa de Viriato Soromenho-Marques e Paulo Quintela, Porto, Porto Editora, 1995, p. 59.

*priori* nenhum fim a não ser na medida em que o proclama como dever; dever que então se chama dever de virtude”<sup>98</sup>.

PETER HÄBERLE, um autor assumidamente *neo-kantiano*, sufraga uma tese peculiar sobre a *dignidade humana* no contexto dos direitos fundamentais, sustentando que este conceito carece ser abordado numa dupla perspectiva: “como *valor*, segundo a definição do Direito natural e da filosofia dos valores, e como *resultado*; nesta segunda perspectiva, a dignidade não consiste nem numa característica natural do homem, nem num valor, mas sim num resultado que o indivíduo pode alcançar mas que pode mesmo não chegar a atingir. Os direitos fundamentais não têm a função de assegurar a dignidade – tal escopo não está dentro dos poderes do Estado – mas de preservar as condições para que esse resultado possa ser alcançado”<sup>99</sup>. Ainda segundo o jurista de *Göppingen*, “a vantagem desta teoria em confronto com a doutrina dominante, a concepção filosófica dos valores, consiste na possibilidade de se reportar directamente à situação concreta de cada indivíduo”<sup>100</sup>. Sobre este assunto, apesar de reconhecermos acerto à posição de PETER HÄBERLE segundo a qual não está dentro dos poderes do Estado a tarefa de assegurar a dignidade humana mas apenas a de assegurar as condições para que esse resultado, isto é, para a pessoa viver com a dignidade que lhe é inerente, possa ser alcançado e de reconhecermos ainda a virtude do escopo de atender à situação de cada pessoa em concreto<sup>101</sup>, cremos que a posição citada sofre de uma petição de princípio na medida em que os direitos fundamentais não constituem um

---

<sup>98</sup> Cfr. IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes*, parte II, p. 31.

<sup>99</sup> Neste sentido, PETER HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritto della cultura nelli spazio costituzionale europeo*, p. 38.

<sup>100</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *idem*, p. 38/39.

<sup>101</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA afirma que “a dignidade da pessoa é a da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepitível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”, *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*, in *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Estoril, Principia, 2006, p. 472.

produto da vontade do poder político mas apenas e somente o reconhecimento de uma posição jurídica, ou um conjunto de faculdades, *inerente* à qualidade de pessoa humana e que se impõem *per se* ao Estado, é nisso que consiste a *dignidade humana*, conforme mencionado anteriormente. Assim sendo, a pessoa humana não pretende que o Estado lhe proporcione a *dignidade* que lhe é *inerente*, ou pressuposta, porque o que é inerente, por definição, não se busca, apenas poderá ocorrer não estarem reunidas as condições, ou existirem obstáculos, ao pleno e eficaz exercício das faculdades que lhe subjazem e que careçam ser providenciadas ou removidos, respectivamente. Ora, neste sentido, a pessoa humana não espera que o Estado lhe proporcione a *sua* dignidade mas apenas que respeite o exercício da mesma e nesse sentido que preserve as condições para que a pessoa humana viva com dignidade, dever que PETER HÄBERLE neste caso reconhece incumbir ao Estado. Contudo, tal conduta não constitui um *resultado* da actividade do Estado mas, pelo contrário, o reconhecimento de um *valor* supremo da ordem jurídica e de todas as ordens sociais, normativas e não normativas.

Ainda neste contexto, ao invés das pretensões universalistas de IMMANUEL KANT, o realista PETER HÄBERLE alerta para um aspecto da *dignidade humana* relacionado com a diversidade cultural quando sustenta que “não se encontra nenhuma fórmula que possa considerar-se suficiente, conveniente, do que é a dignidade humana. Das diversas cláusulas sobre a dignidade humana inscritas nas Constituições é perceptível, “entre linhas”, que as mesmas estão referidas a uma concepção culturalmente específica da dignidade humana. Isto coloca a questão da dependência cultural (e sobretudo, da dependência religiosa) das concepções sobre a dignidade humana”<sup>102</sup>. Na sequência, PETER HÄBERLE coloca uma questão crucial: “existe um

---

<sup>102</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 169; cfr., em sentido aproximado, INGO VON MÜNCH, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Jaime Nicolas

*núcleo* da dignidade humana que seja independente do âmbito cultural?”<sup>103</sup> Contudo, o autor não deixa a resposta para *mente alheia*, opinando que “a dignidade humana não é analisável apenas em termos culturais específicos. Uma olhada aos conceitos de identidade válidos entre as culturas mostra que certos componentes fundamentais da personalidade humana devem ser tomados em conta em todas as culturas, com o qual se convertem em conteúdo de um conceito de dignidade humana que não seja redutível a uma cultura específica”<sup>104</sup>. Conteúdo que, segundo PETER HÄBERLE, deverá, segundo uma metodologia que o autor utiliza com visível frequência nos seus escritos<sup>105</sup>, começar pela pesquisa nos catálogos de direitos fundamentais consagrados nos vários textos constitucionais até que o intérprete esteja habilitado a delimitar um *mínimo denominador comum* entre todos eles<sup>106</sup>. O aspecto em comum encontrado por *der Professor* na generalidade das *culturas*, em sentido antropológico, indagadas apresenta configuração rectilínea que exprime na fórmula, cujo conteúdo recorda a *acústica* da velha máxima imputável ao Prémio Nobel da Física ALBERT EINSTEIN para quem *as soluções mais simples eram sempre as melhores*, “o Estado constitucional realiza a dignidade humana fazendo dos cidadãos *sujeitos* da sua actuação”<sup>107</sup>. Concretizando melhor a sua ideia, sustenta que “a dignidade humana é a biografia desenvolvida e em desenvolvimento da relação entre o cidadão e o Estado. Aqui reside a justificação (parcial) de destacar a dignidade humana como auto-representação bem-

---

Muñiz, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2, n.º 5, 1982, p. 18 e ss.

<sup>103</sup> PETER HÄBERLE, *ibidem*.

<sup>104</sup> PETER HÄBERLE, *idem*, p. 170.

<sup>105</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

<sup>106</sup> PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 170 e ss.

<sup>107</sup> PETER HÄBERLE, *idem*, p. 171.

sucedida de uma pessoa constituída em indivíduo e, portanto, como realização própria de cada ser humano no individual”<sup>108</sup>.

Além deste pressuposto cultural em sentido antropológico, a dignidade humana assenta ainda num pressuposto cultural em sentido humanista na medida em que “exige que se verifiquem as condições necessárias à promoção quer dos indivíduos através da educação e da formação nos verdadeiros ideais, quer da “subjatividade” da sociedade, mediante a criação de estruturas de participação e co-responsabilidade. Hoje verifica-se a tendência para afirmar que o agnosticismo e o relativismo céptico constituem a filosofia e o comportamento fundamental mais idóneos às formas políticas democráticas, e que todos quantos estão convencidos de conhecer a verdade e firmemente aderem a ela não são dignos de confiança do ponto de vista democrático, porque não aceitam que a verdade seja determinada pela maioria ou seja variável segundo os diversos equilíbrios políticos. A este propósito, é necessário notar que, se não existe nenhuma verdade última que guie e oriente a acção política, então as ideias e as convicções podem ser facilmente instrumentalizadas para fins de poder. Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado, como a história demonstra”<sup>109</sup>.

JÜRGEN HABERMAS lançou recentemente um repto sobre o momento da incorporação do conceito de *dignidade humana* na Ordem Jurídica nos seguintes termos: “o que é interessante é o facto de o conceito filosófico de dignidade humana, que surgiu já na Antiguidade e alcançou em KANT uma versão que continua a ser

---

<sup>108</sup> PETER HÄBERLE, *ibidem*; em sentido aproximado, JOÃO LOUREIRO define *dignidade humana* como “o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de direitos e deveres correlativos”, *O direito à identidade genética do ser humano*, p. 281.

<sup>109</sup> KAROL WOJTYŁA, o Papa JOÃO PAULO II, *Carta Encíclica Centesimus Annus*, Roma, 1991, disponível na internet em [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html), § 46.

válida, só ter sido incluído em textos de Direito Internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial. O mesmo se passou com as Constituições nacionais que entraram em vigor posteriormente a esta. Há relativamente pouco tempo que este conceito também desempenha um papel central na jurisprudência internacional. Pelo contrário, o conceito jurídico de dignidade humana não aparece nem nas declarações clássicas de direitos humanos, do século XVIII, nem nas codificações do século XIX. Por que razão é a referência aos “direitos humanos” no Direito muito anterior à referência à “dignidade humana”?<sup>110</sup> O autor encerra a sua reflexão com uma conclusão, já qualificada como “particularmente sugestiva”<sup>111</sup>, segundo a qual “a “dignidade humana” é um sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática – isto é, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política têm de se conceder a si mesmos, para que possam *respeitar-se* reciprocamente enquanto membros de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais. *Só a garantia destes direitos humanos confere o estatuto de cidadãos que, enquanto sujeitos de direitos iguais, têm direito a ser respeitados na sua dignidade humana*”<sup>112</sup>. Com efeito, expressões como “todos os homens são livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais, dos quais, quando entram em sociedade, não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: ou seja, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”<sup>113</sup> ou “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o

---

<sup>110</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*, in JÜRGEN HABERMAS, (org.), *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, trad. portuguesa de Marian Toldy e Teresa Toldy, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 29; semelhante constatação é feita por J. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 15 e 56/57.

<sup>111</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Prefácio à edição portuguesa de JÜRGEN HABERMAS*, (org.), *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, trad. portuguesa de Marian Toldy e Teresa Toldy, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 11.

<sup>112</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*, p. 37.

<sup>113</sup> Cfr. artigo 1.º do *Bill of Rights of Virginia*.

exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”<sup>114</sup> que representam senão o reconhecimento implícito da *dignidade humana* como suporte axiológico direitos fundamentais desde os primórdios da modernidade? A resposta aos dois quesitos que suscitamos pode ainda ser encontrada nas palavras do próprio JÜRGEN HABERMAS quando afirma que “passados duzentos anos de História constitucional moderna, reconhecemos melhor as características desta evolução *desde o seu início*: a dignidade humana constitui, por assim dizer, o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o Direito. A noção de dignidade humana constitui a charneira conceptual que liga a moral do igual respeito por todos ao Direito positivo e à legislação democrática de modo que a sua conjugação permita, em condições históricas favoráveis, o surgimento de uma ordem política livre, justa e solidária”<sup>115</sup>.

Aceite o conceito de *dignidade humana* como fundamento axiológico supremo das declarações de direitos, questões não despiciendas neste contexto são as colocadas por JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ no sentido de indagar se a *dignidade humana* é apenas um (i) princípio nuclear em matéria de direitos fundamentais ou se ela própria constitui também um (ii) direito fundamental gerador de pretensões concretas<sup>116</sup>. O autor, apesar de sufragar a posição negativista, isto é, de sustentar que (i) a *dignidade humana* não configura um direito fundamental<sup>117</sup>, aceita, contudo, por referência à *Constitución Española de 1978*, que a *dignidade humana* consubstancia (ii) um parâmetro de interpretação de normas sobre direitos fundamentais na medida em que a

---

<sup>114</sup> Cfr. artigo 4.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*.

<sup>115</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*, p. 37.

<sup>116</sup> Cfr. J. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 50.

<sup>117</sup> Cfr. J. COSSIO DÍAZ, *ibidem*.

mesma Constituição consagra expressamente a regra segundo a qual “as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição são interpretadas em conformidade com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e com os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha”<sup>118</sup>. Se concordamos com a segunda das proposições de COSSIO DÍAZ e a consideramos como acertada à luz da *Constituição da República Portuguesa* e da própria *Constitución Española de 1978*<sup>119</sup>, não podemos, no entanto, aceitar a primeira conclusão pelos motivos que descriminamos na sequência do texto.

Assim, no que concerne à questão do parâmetro interpretativo, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* é também recebida no ordenamento jurídico português como *norma constitucional em sentido formal com valor reforçado* na medida em que constitui parâmetro de interpretação e de integração de lacunas dos “preceitos constitucionais e legais sobre direitos fundamentais”, nos termos do artigo 16.º, n.º 2<sup>120</sup>. Apesar desta proposição de COSSIO DÍAZ encontrar apoio no texto constitucional<sup>121</sup>, é um caminho demasiado sinuoso para atingir uma conclusão relativamente simples pois sempre que estiver em causa a interpretação de normas sobre direitos fundamentais conforme ao princípio da *dignidade humana*, o intérprete pode sempre lançar mão do disposto no artigo 1.º da *Constituição da República Portuguesa*, que consagra o

---

<sup>118</sup> Cfr. artigo 10, n.º 2, da *Constitución Española*.

<sup>119</sup> A *Constitución Española* afigura-se contudo mais *amiga* da posição de COSSIO DÍAZ que a *CRP* porque o respectivo artigo 10.º, n.º 2, manda interpretar “as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição” não apenas em conformidade com a *DUDH* mas também com “os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha”; ora como o Estado espanhol ratificou a *Carta das Nações Unidas* assim como o *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais*, além estar vinculado a normas do Conselho da Europa e da União Europeia que consagram o princípio em apreço (cfr. *supra*, II, 2.3.2., 2.3.3. e 2.3.4.), COSSIO DÍAZ dispõem de maior leque de fontes de Direito Internacional para legitimar a utilização do princípio da *dignidade da pessoa humana* como princípio hermenêutico que os juristas portugueses.

<sup>120</sup> Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, em sentido coincidente com o sustentado no texto, reconhece ao artigo 16.º da *CRP* as funções de “expansividade dos direitos humanos” e “critério de interpretação”, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 206; cfr. ainda *supra*, II, 2.3.2.

<sup>121</sup> Cfr. artigo 10.º, n.º 2, da *Constitución Española*.



princípio em apreço, como parâmetro de interpretação e de integração de lacunas das normas jurídicas que reconhecem direitos fundamentais, atendendo ao também princípio hermenêutico da *unidade da Constituição*<sup>122</sup>. Solução que COSSIO DÍAZ não explorou apesar do princípio da *dignidade da pessoa humana* estar de igual modo expressamente consagrado na *Constitución Española*<sup>123</sup>.

Ao invés, no que respeita à questão de aferir se a *dignidade humana* constitui *per se* um direito fundamental, não podemos concordar com as conclusões de COSSIO DÍAZ porque o mesmo princípio, além de estar consagrado expressamente como um direito subjectivo nos termos do artigo 26.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa*, é, enquanto princípio constitucional, susceptível de constituir faculdades directamente imputáveis à esfera jurídica das pessoas<sup>124</sup>. Aliás, a questão não é sequer

---

<sup>122</sup> Cfr. artigo 1.º *CRP*. Sobre o *princípio da unidade da Constituição como princípio hermenêutico*, KONRAD HESSE afirma que “a relação e interdependência existentes entre os diversos elementos da Constituição obrigam a não contemplar em nenhum caso apenas a norma isolada mas além disso o conjunto em que deve ser situada; todas as normas constitucionais necessitam de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas constitucionais”, *La interpretación constitucional*, in KONRAD HESSE (org.), *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48, cfr. ainda, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1223/1224; em sentido análogo ao defendido no texto, J. REIS NOVAIS considera que “na medida em que é fim do Estado de Direito e princípio fundamental da sua ordem de valores, [a dignidade humana] constitui-se (...) em padrão identificador da natureza do relacionamento entre Estado e indivíduo, com enormes consequência, desde logo, na interpretação da natureza e alcance dos direitos fundamentais”, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 51/52.

<sup>123</sup> Cfr. artigo 10.º, n.º 1; sobre este assunto, JORGE REIS NOVAIS destaca a importância do princípio da *dignidade humana* como “referência e critério último (...) da composição equilibrada entre valores igualmente dignos de tutela jurídica e que entram em tensão”, *idem*, p. 55.

<sup>124</sup> Cfr., neste sentido, mas sem fazer referência ao artigo 26.º, n.º 2, da *CRP*, PAULO OTERO quando sustenta que “a dignidade humana assume-se, ela própria como um direito fundamental”, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 563; INGO VON MÜNCH pronuncia-se expressamente pela qualificação da *dignidade da pessoa humana* como direito fundamental, abordando a questão numa perspectiva interdisciplinar (teológica, filosófica, política, biológica, económica e jurídica) com consequência das várias facetas do direito sobre o ordenamento jurídico alemão, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*, p. 12 e ss., CRISTINA QUEIROZ afirma que “o princípio da *dignidade da pessoa humana*, progressivamente, foi sendo percebido não apenas como fundamento mas especificamente como regra autónoma dotada de valor constitucional”, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 23, JORGE REIS NOVAIS, embora aborde a *dignidade humana* predominantemente como princípio (*idem*, p. 51 e ss., *max.* 62/63), não deixa de implicitamente lhe reconhecer a natureza de direito fundamental quando menciona alguns poderes dela decorrentes e susceptíveis de imputação directa à esfera jurídica do ser humano, como “dispor livremente

meramente académica na medida em que foi objecto de apreciação por Tribunais Constitucionais em vários Estados. Neste contexto, o Tribunal Constitucional Federal alemão aprovou um acórdão em cujos termos considerou inconstitucional a *Lei de segurança da aviação* e que assume especial interesse pelo impacto que produziu na opinião pública internacional. O Tribunal de *Karlsruhe* considerou inconstitucional o diploma em apreço, aprovado pelo *Bundestag* na sequência dos ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos da América em *11 de Setembro* de 2001, que “visava proteger um número indeterminado de pessoas ameaçadas em terra; para tal pretendia autorizar as forças armadas a abater aviões de passageiros que, numa situação desse tipo, se tivessem transformado em bombas”<sup>125</sup>. O Tribunal considerou que “a morte de passageiros causada por órgãos estatais seria inconstitucional. A obrigação de respeitar a dignidade humana dos passageiros tem precedência sobre a obrigação do Estado (...) de proteger a vida das potenciais vítimas de um atentado: ao dispor unilateralmente das vidas por razões de Estado, é negado (...) aos passageiros aéreos o valor atinente ao ser humano em si”<sup>126</sup>. Já anteriormente o mesmo supremo tribunal havia invocado o princípio da *dignidade humana* quando “considerou inconstitucional o § 211 do Código Penal alemão porque previa unicamente a pena de prisão perpétua [para efeito de punir a prática do crime de homicídio qualificado] sem abrir ao juiz ou tribunal que a aplica a possibilidade de penalizar de acordo com a culpa concreta verificada em cada caso. Segundo a decisão do tribunal estadual *a quo*, a prisão perpétua violaria o conteúdo essencial da garantia da liberdade e, por consequência, a dignidade humana do

---

das possibilidades de auto-conformação da sua vida” (*idem*, p. 61), cfr., ainda no mesmo sentido, ANTÓNIO CORTÊS, *O princípio da dignidade humana em Kant*, p. 604.

<sup>125</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*, p. 28.

<sup>126</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *ibidem*; a versão integral do acórdão pode ser consultada na internet em [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215\\_1bvr035705en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html).

condenado”<sup>127</sup>. O Tribunal Constitucional decidiu que “toda a pena deve ter uma relação proporcional e justa entre a gravidade do delito e a culpa do autor (...). O mandamento do respeito à dignidade humana significa especialmente que penas cruéis, desumanas e humilhantes são proibidas (...). O autor do delito não pode ser reduzido a um mero objeto do combate ao crime, sob violação de seu direito constitucional ao respeito e à valorização social (...). Os pressupostos básicos da existência humana individual e social devem ser preservados. Do artigo 1.º, § 1, da *Gundgesetz* combinado com o princípio do Estado social, deve-se, portanto – e isso vale especialmente para a execução penal – retirar a obrigação do Estado de garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência humana digna. Entendida a dignidade humana dessa forma, seria com ela incompatível que o Estado requeresse para si o direito de tirar à força a liberdade do indivíduo sem que houvesse pelo menos a oportunidade dele algum dia voltar a gozar novamente da liberdade”<sup>128</sup>.

O Tribunal Constitucional português reconheceu, de igual modo, a natureza de direito fundamental à *dignidade humana* quando, em sede de apreciação de diploma sobre colheita de órgãos em cadáveres, decidiu que “o ensinamento de KANT, de harmonia com o qual o Estado tem de respeitar a liberdade ética do homem individual, tem, ainda aqui, plena actualidade. É nessa liberdade ética que, no fundo, radica o dever admitir-se que cada homem, enquanto vivo, possa objectar à colheita de órgãos do seu cadáver para efeitos de transplantes. Por outro lado, o acatamento de uma tal vontade é algo que decorre para a consciência colectiva a partir de raízes ancestrais: aquelas em que o respeito e a veneração devidos aos mortos, e a vontade que em vida

---

<sup>127</sup> Cfr. JÜRGEN SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. portuguesa de Leonardo Martins e outros, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. – Oficina de Uruguay, 2005, p. 182.

<sup>128</sup> Cfr. JÜRGEN SCHWABE, *idem*, p. 184; a versão integral do acórdão pode ser consultada na *internet* em <http://openjur.de/u/60105.html>.

manifestaram, encontram o seu fundamento. Nesta perspectiva, entende o Tribunal que o direito da pessoa a opor-se à utilização do seu próprio cadáver para efeitos de recolha de tecidos ou órgãos, ao menos quando fundado em razões éticas, filosóficas ou de carácter religioso, tem consistência bastante para que deva ser-lhe reconhecida dignidade constitucional. Isto, como quer que, nomeadamente nesse plano, deva qualificar-se um tal direito”<sup>129</sup>. O Tribunal Constitucional pronunciou-se ainda, em momento mais recente, pela inconstitucionalidade do diploma que procedeu à revogação do *rendimento mínimo garantido* e criou o *rendimento social de inserção* “por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana”<sup>130</sup>.

Além de configurar um direito fundamental *a se*, conforme demonstrado, o princípio da *dignidade humana*, consagrado na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*<sup>131</sup> e na *Constituição da República Portuguesa*<sup>132</sup>, além de constituir parâmetro hermenêutico dos enunciados constitucionais que reconhecem direitos fundamentais sistematicamente qualificados como tal e além de constituir ainda parâmetro hermenêutico dos enunciados constitucionais que reconhecem direitos fundamentais *dispersos*<sup>133</sup> mas *documentais*, isto é, direitos com acolhimento na Constituição em sentido instrumental mas deslocados do seu *habitat natural*<sup>134</sup>,

---

<sup>129</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 130/1988, o texto integral do acórdão pode ser consultado na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880130.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880130.html).

<sup>130</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002, o texto integral do acórdão pode ser consultado na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html).

<sup>131</sup> Cfr. artigo 1.º da DUDH.

<sup>132</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da CRP.

<sup>133</sup> Segundo GOMES CANOTILHO, direitos fundamentais *dispersos* são aqueles direitos que, embora formalmente constitucionais, estão consagrados em normas situadas noutras partes da CRP, que não a Parte I, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 404/405.

<sup>134</sup> Consideramos, neste contexto, que *habitat natural* dos direitos fundamentais é o catálogo enumerado na Parte I da CRP, pelo que os demais, mesmo reconhecidos nos termos da Constituição em sentido documental ou instrumental, estão *dispersos*.

conforme também demonstrado anteriormente<sup>135</sup>, ainda poderá funcionar como *crivo* ou *malha* para qualificar como fundamental um direito subjectivo consagrado em fonte diversa da Constituição em sentido formal, quer seja em fonte de Direito interno, quer seja de Direito Internacional. Com efeito, os direitos fundamentais *dispersos* mas *extra-documentais*, isto é, aqueles direitos que *incorporam a Constituição material* com a qualidade de direitos fundamentais ao abrigo da *cláusula aberta* consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>136</sup>, carecem por maioria de razão de obedecer a um critério adequado a poderem lograr a qualificação como fundamentais; critério esse que não poderá ser diverso daquele que assinala a diferença específica dos direitos fundamentais em sentido documental, nem dos direitos fundamentais em sentido formal: a *dignidade humana*.

O sufrágio da *dignidade humana* como suporte axiológico da *fundamentalidade* de direitos da *pessoa humana*<sup>137</sup> não ignora o reconhecimento constitucional da eventual titularidade de direitos fundamentais por pessoas colectivas<sup>138</sup>. A justificação para essa opção constitucional pode ser encontrada nas palavras de LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO que invoca duas ordens de argumentos favoráveis ao reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas colectivas<sup>139</sup>, ou pessoas jurídicas na terminologia preferida

---

<sup>135</sup> Cfr. *supra*.

<sup>136</sup> Sobre o alcance (extenso) deste preceito, cfr. *supra*, II, 2.3.1., e ainda VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 73 e ss.

<sup>137</sup> A doutrina civilista tradicionalmente emprega as expressões *pessoas físicas* ou *pessoas singulares*, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, p. 44, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 154, e *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1978, p. 103.

<sup>138</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 2, da CRP, e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 420 e ss., e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 261 e ss.; a doutrina emprega por vezes as expressões *pessoas jurídicas* ou *pessoas morais* como sinónimo de *pessoas colectivas*, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, p. 222, e LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, vol. II, *Sociedades Comerciais*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1978, p. 5.

<sup>139</sup> Cfr. LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO que invoca ainda outro argumento, de ordem literal, ao alegar que embora não esteja consagrado um reconhecimento genérico de direitos fundamentais às pessoas colectivas, o enunciado de alguns preceitos constitucionais pressupõe-no (*Sistema de derechos*

pelo autor, a saber<sup>140</sup>: “(i) os valores ou bens jurídicos inerentes a alguns direitos fundamentais não são predicados unicamente dos seres humanos”<sup>141</sup> e (ii) “a visão mais realista da pessoa jurídica em qualquer das suas variantes (associação, sociedade comercial, fundação, etc) não é aquela que a concebe como uma realidade com um espírito próprio distinto do espírito dos seus membros mas aquela que se limita a considerá-la como uma entidade instrumental que os seres humanos usam para lograr determinados fins”<sup>142</sup>.

### **2.1.3. A classificação dos direitos fundamentais**

A fundamentalização dos direitos da pessoa humana é um produto da História Constitucional e desse modo torna-se necessário recuperar as suas origens e analisar a respectiva evolução por forma a delimitar com rigor as características que permitem qualificar a fundamentalidade dos direitos nas Constituições vigentes. Como ensina

---

*fundamentales*, p. 142); contudo este argumento não assume relevância para o estudo do ordenamento jurídico português.

<sup>140</sup> O problema coloca-se em termos diversos nas Ordens Jurídicas espanhola e portuguesa pois enquanto a *Constitución Española de 1978* não reconhece, em termos gerais, direitos fundamentais às pessoas colectivas (expressamente, apenas lhes reconhece a liberdade de criação de escolas privadas, cfr. artigo 27.º, n.º 6) e a doutrina tem demonstrado a preocupação em buscar um fundamento para suprimir essa lacuna, o artigo 12.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa* (por influência do artigo 19.º, n.º 3, da *Gundgesetz*) estabelece que as pessoas colectivas são titulares dos direitos fundamentais “compatíveis com a sua natureza”, portanto o labor hermenêutico da doutrina portuguesa tem por objectivo apenas justificar a bondade da decisão do legislador constituinte e, sobretudo, definir um critério para aferir a compatibilidade de um direito fundamental com a natureza de pessoa colectiva.

<sup>141</sup> Cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 141.

<sup>142</sup> Cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *idem*, p. 142; em reforço deste argumento podemos invocar as palavras de LUÍS DE CARVALHO FERNANDES quando afirma que “em regra, as pessoas colectivas surgem (...) como meras criações do Direito (...) mas acontece também, em certos casos, estarem os fins colectivos e permanentes de tal maneira interligados com a natureza gregária do Homem que certos entes colectivos votados à sua prossecução assumiram, eles próprios, uma maneira de ser particular. Em relação a tais pessoas colectivas seria mesmo descabido falar duma intervenção criadora do Direito: diversamente, seriam a ele anteriores e, com o sentido assinalado, impor-se-iam por si próprias, pelo que à semelhança das pessoas humanas, a ordem jurídica se limitaria a reconhecê-las como *personas jurídicas ou colectivas... naturais*”, *Pessoa colectiva*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 337/338. Apesar de aderirmos à tese de DíEZ-PICAZO em termos gerais, discordamos da aplicação desta argumentação no que concerne às fundações porque não existe “um momento pessoal nesta categoria de pessoas colectivas que se estruturam como personalização de patrimónios” (a expressão é de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação III ao artigo 12.º).

JORGE MIRANDA, “o constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a história da aquisição de direitos”<sup>143</sup> e desse modo os textos de Direito Constitucional e de Direito Internacional têm, como constatamos anteriormente, acumulado progressivamente o reconhecimento de novos direitos por força do desenvolvimento das *civilizações* e da *cultura*<sup>144</sup>. Se no início era o verbo dos filósofos jus-racionalistas<sup>145</sup>, os direitos da pessoa humana começaram a assumir força jurídica, mediante consagração nas *Declarações* subsequentes às revoluções liberais, bem como nas primeiras *Constituições*<sup>146</sup>, e revestiam uma de duas naturezas, ou de direitos *civis*, isto é, de direitos que pressupõem “*características intrinsecamente pessoais ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais*”<sup>147</sup>, ou de direitos *políticos*, ou seja, de direitos que permitem a participação dos cidadãos na decisão dos assuntos públicos<sup>148</sup>. As primeiras gerações de direitos fundamentais circunscreviam-se assim aos denominados direitos de *liberdade*, isto é, de uma esfera de autodeterminação pessoal que significava no fundo que a pessoa humana era titular de um conjunto de faculdades inatas perante o poder político. Contudo, já nesta época era notório que nem todas as *liberdades* conferiam faculdades da mesma natureza ao seu titular pois enquanto os denominados *direitos civis* permitiam o gozo de uma *liberdade-autonomia* ao seu titular, isto é, impediam que o Estado interferisse nos assuntos de carácter estritamente pessoal deste, como *v. g.*, os direitos à vida, à integridade moral e física, à intimidade da vida pessoal e familiar, enquanto os direitos *políticos* permitiam ao seu titular o gozo de

---

<sup>143</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 92.

<sup>144</sup> Cfr. *supra*, II, 1.1. e 1.2.

<sup>145</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 1, p. 46 e ss.

<sup>146</sup> Conforme abordado em momento anterior, GEORG JELLINEK considera o movimento constitucional decisivo para que os direitos da pessoa humana deixassem de ser apenas uma “quimera doutrinária” e, em consequência, “que, considerados do ponto de vista jurídico formal, não pudessem suscitar reservas”, *Teoría General del Estado*, p. 385, e *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 42.

<sup>147</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 421.

<sup>148</sup> Cfr. *supra*, II, 1.1. e 1.2.

uma *liberdade-participação* nos assuntos públicos, como a expressão do voto para escolha dos seus representantes nos órgãos de condução da vida política, nomeadamente no Parlamento, o direito de ser eleito e de exercer o mandato e o direito de acesso aos cargos públicos, nomeadamente à função pública. Os direitos em apreço eram entendidos como a faculdade de exigir um comportamento abstencionista, se bem que nalguns casos complementado, num contexto de um paradoxo meramente aparente, por uma *acção colaborante mas neutral*<sup>149</sup> do Estado, perante as condutas, pessoais ou participativas, dos cidadãos livres e esclarecidos.

A *revolução copernicana* no modo de relacionamento entre o cidadão e o Estado de Direito democrático<sup>150</sup>, e portanto na natureza dos direitos fundamentais, ocorreu primeiro com a entrada em vigor da *Constituição mexicana de 1917* e seguidamente com a *Constituição alemã de 1919*, as quais inovaram na consagração dos denominados direitos *económicos, sociais e culturais*, ou simplesmente de direitos sociais<sup>151</sup>, que não pressupunham mais um comportamento abstencionista do *Estado polícia* ou *Estado guarda-nocturno* mas que, pelo contrário, impunham ao mesmo Estado um comportamento activo com vista à produção e distribuição de bens e serviços com a finalidade de satisfazer as necessidades humanas constitucionalmente qualificadas como direitos, económicos, sociais e culturais, isto é, “o necessário não só para que os homens vivam mas para que vivam bem”<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Cfr. *infra*, 2.1.4.

<sup>150</sup> A alusão específica ao Estado de Direito democrático tem o intuito de excluir expressamente a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* e os demais textos revolucionários soviéticos.

<sup>151</sup> A expressão de conteúdo mais sintético *direitos sociais* logrou a preferência de autores como, v. g., JOÃO CARLOS ESPADA, *Direitos sociais de cidadania – Uma crítica a Friedrich A. Hayek e Raymond Plant*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1997.

<sup>152</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, cit. por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1142/1143; em sentido diverso, BEATRIZ GONZÁLEZ, embora não conteste a importância dos marcos históricos que representaram as *Constituições mexicana de 1917* e *alemã de 1919*, afirma que “não é pacífico na doutrina a determinação do momento em que ocorreu o nascimento dos direitos económicos, sociais e culturais nos textos jurídicos positivos”, *El Estado social*, p. 83 e ss.



A dicotomia mencionada ao nível das espécies de direitos fundamentais ainda se mantém, quer nos textos normativos, quer na doutrina largamente maioritária<sup>153</sup>. Assim acontece desde logo com o ordenamento jurídico da Organização das Nações Unidas, sob cujos auspícios foram adoptados e abertos à ratificação dos Estados membros em 1966 o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* que, conjuntamente com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, consubstanciam a doutrinariamente denominada *Carta Internacional dos Direitos Humanos*<sup>154</sup>. A terminologia dos direitos civis e políticos, em coerência com a tradição republicana, foi acolhida no ordenamento jurídico português na *Constituição de 1911*, no entanto o legislador constituinte de 1975/1976 preferiu a expressão dotada de teor algo mais indeterminado “direitos, liberdades e garantias”<sup>155</sup>. Apesar deste desvio à tradição terminológica do constitucionalismo, a *Constituição da República Portuguesa* não fugiu materialmente à sistematização assimilada pela nossa cultura na medida em que o título referente aos *direitos, liberdades e garantias* está subdividido exactamente em direitos, liberdades e garantias pessoais e direitos, liberdades e garantias de participação política<sup>156</sup>, além do

---

<sup>153</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 397.

<sup>154</sup> Cfr. CARLOS VILLÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 210 e ss., JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Direito Internacional II*, p. 42 e ss., e em sentido apenas parcialmente concordante BEATRIZ GONZÁLEZ, *El Estado social*, p. 71 e 91 e ss.

<sup>155</sup> Cfr. Parte I, epígrafe do Título II da CRP.

<sup>156</sup> O Capítulo III, referente aos *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*, veio transferido do Título II, referente aos direitos económicos sociais e culturais, aquando da revisão constitucional de 1982 (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 96) e consiste num conjunto de “direitos fundamenais particulares”, conceito que JORGE MIRANDA define como “direitos de certos e determinados membros [da comunidade política], devido às categorias sociais que integram ou às situações duradouras em que tenham de se mover” (*Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 121). Contudo, os *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores* não podem ser qualificados como um *tercium genus* por contraposição aos direitos *civis* e aos direitos *políticos* porque assumem natureza transversal, i. é, distinguem-se pelos seus titulares, são *direitos fundamenais particulares* conforme referimos, mas quanto ao conteúdo podem assumir a natureza de direitos de *liberdade pessoal* (segurança no emprego, associação e greve), ou de *liberdade de participação política* (participar na elaboração da legislação do trabalho, na gestão das instituições de segurança social, na concertação social).

legislador constituinte não se haver furtado à consagração dos doutrinariamente controvertidos *direitos económicos, sociais e culturais*<sup>157</sup>, nem desistido da positivação especificada dos mesmos em nenhuma das sete revisões constitucionais ocorridas.

Apesar da *ainda bicentenária juventude* do Direito Constitucional, à qual há que subtrair um período inicial de mais de um século de anátema doutrinário em relação ao estudo dos direitos fundamentais<sup>158</sup>, não deixamos de deparar com uma já *vexata quaestio* na doutrina jus-constitucionalista ao longo do século XX e que ainda alimenta acesas discussões nos alvares do século actual: o estabelecimento de um critério material seguro para realizar a distinção entre as duas espécies de direitos fundamentais mencionadas<sup>159</sup>, se bem que ultimamente tenham surgido na comunidade científica alguns *franco atiradores* a atizar o debate com a pretensão de esbater a diferença de natureza entre as mesmas<sup>160</sup>. Neste contexto, verificamos que existem basicamente três ordens de critérios distintivos das duas espécies de direitos fundamentais: (i) os critérios *subjectivos, relacionais* ou concernentes ao *modus operandi*, (ii) os critérios *objectivos* ou *normativistas* e (iii) os critérios *axiológicos* ou *valorativos*. Assim, segundo um critério *subjectivo, relacional* ou atinente ao *modus operandi*, o *leitmotiv* para a classificação dos direitos fundamentais reside no comportamento que o sujeito activo do direito pode adoptar no âmbito da relação jurídica que estabelece com o respectivo sujeito passivo para ver satisfeito o seu direito, ou então o modo de actuação que é legítimo esperar ver adoptado por este último para o mesmo efeito. Por seu turno, a

---

<sup>157</sup> Cfr. artigos 58.º e ss., da CRP.

<sup>158</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 22, e *supra*, II, 1.2.

<sup>159</sup> O assunto mencionado no texto assume especial relevância no Direito português por força do disposto no artigo 17.º da CRP; neste preciso sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 172.

<sup>160</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 127 e ss., e *Direitos sociais*, max. p. 251 e ss., ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O direito ao ensino*, p. 395 a 470, e ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, max. p. 239 e ss.

opção por um critério *objectivo* ou *normativista* implica que se considerem apenas as características da norma constitucional positivante do direito<sup>161</sup>. Por último, os critérios *axiológicos* ou *valorativos* atendem ao *valor* ou *bem jurídico* protegido pelo direito em apreço; contudo os autores não revelam apetência pelo sufrágio deste critério em exclusivo, apenas lhe fazendo referência em concertação com um, ou ambos, dos critérios anteriores.

### 2.1.3.1. Os critérios subjectivos ou relacionais

Atendendo ao primeiro dos critérios propostos, foi pioneiro na análise da questão GEORG JELLINEK que, no âmbito de “uma teoria de posições totais abstractas”<sup>162</sup>, realizava a distinção entre (i) direitos do *status negativus*, (ii) direitos do *status activus*, (iii) direitos do *status positivus*<sup>163</sup> e (iv) *status subjectionis*<sup>164</sup>. Segundo o autor *leipzigiano*, (i) o *status negativus* significava que “o indivíduo, enquanto pessoa, apenas está submetido a um poder limitado. A subordinação do indivíduo ao Estado circunscreve-se ao que o Direito ordena, pois toda a exigência do Estado a respeito do indivíduo necessita estar fundada juridicamente. A esfera de liberdade do indivíduo constitui aquilo que é seu, abstraindo-nos das limitações jurídicas que lhe são impostas. Esta liberdade não existe apenas de facto, como é causa de limitação do poder do Estado e do reconhecimento da personalidade, tem também um carácter jurídico”<sup>165</sup>. Em suma: “da personalidade do indivíduo nasce a exigência (...) de desaparecerem todas as

---

<sup>161</sup> Sobre as relações entre *direito fundamental* e *norma de direito fundamental*, cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 51 e ss.

<sup>162</sup> A expressão é de ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 219.

<sup>163</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 387 e ss.

<sup>164</sup> Cfr. GEORG JELLINEK não fazia referência ao *status subjectionis* nas primeiras monografias que publicou sobre o tema; o autor mencionou pela primeira vez este “quarto” *status* em *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr Verlag, 1905, p. 81 e ss.

<sup>165</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 388.

disposições do Estado que lesam a liberdade”<sup>166</sup>. Adverte o autor que, por outro lado, (ii) “da personalidade nascem exigências que chamam pela ajuda da actividade administrativa do Estado em auxílio de tais interesses”<sup>167</sup>. Ora, o *status activus* pressupõe que “o Direito penal e a polícia protejam os bens jurídicos do individuo; (...) a actividade administrativa do Estado, tal como se exerce no Direito comum, favorece também o individuo (...). O reconhecimento do carácter de membro que corresponde ao individuo encerra em si, antes de tudo, a garantia daquelas exigências. Deste modo, a posição da personalidade pode ser descrita como a situação positiva ou de associado do Estado que deriva precisamente das exigências da personalidade. Estas exigências são o contrário das mencionadas anteriormente. O seu conteúdo não é constituído por uma liberdade negativa relativamente ao Estado mas pelo contrário por serviços positivos deste”<sup>168</sup>. Por outro lado, (iii) quanto ao *status positivus*, afirma GEORG JELLINEK que “a vontade do Estado é vontade humana. O Estado consegue, segundo uma ordem legal determinada, a colaboração das vontades individuais que hão-de realizar as suas funções, podendo fazê-lo de dois modos: ou criando obrigações, ou concedendo um direito. Estes direitos que o Estado concede para realizar os seus fins são o fundamento de uma posição mais ampla da personalidade que consegue deste modo a participação na actividade do Estado ao ser reconhecida como titular de um órgão do mesmo”<sup>169</sup> e acrescenta “o dito vale, tanto para as exigências respeitantes à permanência num órgão, como a de participar através do voto na formação dos órgãos do Estado”<sup>170</sup>. Correlativamente aos *status* anteriores, o (iv) *status subjectionis* adstringe o individuo

---

<sup>166</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *idem*, p. 389.

<sup>167</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *ibidem*.

<sup>168</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *idem*, p. 389/390.

<sup>169</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *idem*, p. 390.

<sup>170</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *ibidem*.

ao cumprimento de deveres para com o Estado, assim como o interdita da prática de condutas proibidas por lei<sup>171</sup>.

HANS KELSEN, apesar de conhecido pelo seu positivismo normativista, doutrina com a qual conseguiu fazer com que a História do Direito *rezasse* da sua *Escola de Wien*, num aparente paradoxo<sup>172</sup>, aborda a temática dos direitos fundamentais pela óptica *subjectiva, relacional* ou do *modus operandi* do cidadão perante o Estado. Em sede de análise de posições *subjectivas*, o autor *vienense* utiliza preferencialmente a denominação genérica de *direitos políticos*<sup>173</sup> porque em seu entender estes direitos são inerentes à cidadania do indivíduo<sup>174</sup> e define-os como “os direitos que conferem ao seu titular um poder de influência na formação da vontade do Estado. O principal direito político é o direito de votar, isto é, o direito de participar na eleição dos membros do corpo legislativo e de outros funcionários do Estado, tais como o Chefe de Estado e os juízes. Em democracia directa, o direito político supremo é o de participar da assembleia popular. Como a vontade do Estado se expressa apenas na criação e execução de normas jurídicas, a característica essencial de um direito político é a de proporcionar ao indivíduo a possibilidade de participar da criação ou da execução das normas jurídicas”<sup>175</sup>. Contudo, HANS KELSEN vem a reconhecer uma outra categoria de direitos políticos quando afirma que “os direitos políticos não precisam necessariamente de ser reservados apenas a cidadãos. A ordem jurídica nacional pode conceder direitos políticos a não-cidadãos, especialmente a cidadãos de outro Estado,

---

<sup>171</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 84.

<sup>172</sup> Cremos que o paradoxo é apenas aparente porque sendo o Estado, no pensamento de KELSEN, uma comunidade criadora e aplicadora do Direito (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 183 e ss, *max.* 184), a aferição das categorias de direitos pelo critério do *modus operandi* dos cidadãos permite evidenciar como “característica essencial de um direito político (...) a possibilidade do indivíduo participar da criação ou da execução das normas jurídicas” (*idem*, 232).

<sup>173</sup> Cfr. HANS KELSEN, *idem*, p. 232.

<sup>174</sup> Neste sentido, HANS KELSEN, *ibidem*.

<sup>175</sup> Cfr. HANS KELSEN, *ibidem*.

sem violar o Direito desse Estado”<sup>176</sup>, apontando neste contexto algumas liberdades individuais constitucionalmente asseguradas<sup>177</sup>. Em suma, numa linguagem mais conforme aos padrões linguísticos jus-constitucionalistas actuais, HANS KELSEN classificava os direitos fundamentais em *direitos de participação política* e *direitos de liberdade pessoal*.

JEAN RIVERO distingue as *liberdades públicas*, que define como “a condição de um homem que não está sob o domínio de um mestre” e ainda “o poder de agir ou de não agir”<sup>178</sup>, dos *direitos do homem*, típicos de gerações mais tardias, que resultam do “reconhecimento posterior que a natureza humana exige mais: um mínimo de segurança material, que implica nomeadamente a protecção da saúde e a possibilidade de obter um emprego remunerado, e também um mínimo de desenvolvimento intelectual ligado ao acesso ao ensino, à cultura e à informação”<sup>179</sup>. Segundo o autor, “estes novos direitos do homem, tão essenciais como aqueles que lhe haviam sido inicialmente reconhecidos, distinguem-se profundamente do ponto de vista jurídico porque conferem ao seu titular, não um poder de livre opinião e de livre acção, mas de um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer prestações positivas para a satisfação dos direitos que implicam a criação de serviços públicos: segurança social, serviço de investimento, ensino, etc.”<sup>180</sup>.

GUSTAVO ZAGREBELSKY adopta uma classificação em tudo semelhante que tem “como referente a relação entre as situações jurídicas dos particulares e a intervenção do Estado”<sup>181</sup>. Assim, classifica os direitos fundamentais em *direitos de liberdade* e *direitos de prestação*, sendo os primeiros aqueles que permitem ao seu

---

<sup>176</sup> Cfr. HANS KELSEN, *idem*, p. 233.

<sup>177</sup> Cfr. HANS KELSEN, *ibidem*.

<sup>178</sup> Ambas as expressões são do próprio JEAN RIVERO, *Les libertes publiques*, vol. 1, p. 21.

<sup>179</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *idem*, p. 25.

<sup>180</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *ibidem*.

<sup>181</sup> Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional italiano*, in LOUIS FAVOREU (org.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 427.

titular não ser compelido a fazer algo, ou direitos de liberdade negativa, ou então que permitem exercer determinada actividade, ou direitos de liberdade positiva, enquanto os segundos são direitos a certas prestações<sup>182</sup>.

Uma variante das teorias de JEAN RIVERO e de GUSTAVO ZAGREBELSKY que supera a incongruência da dualidade de critérios, fazendo passar todos os direitos pelo crivo do valor protegido, foi elaborada por JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ que classifica os direitos fundamentais em *direitos fundamentais de liberdade* e *direitos fundamentais de igualdade*<sup>183</sup>. Sendo os primeiros aqueles que protegem o bem jurídico liberdade e nesse sentido o seu “objectivo primordial [consiste em] preservar as esferas jurídicas individuais frente a possíveis intervenções estatais”<sup>184</sup>, enquanto “o elemento prestacional constitui a chave para diferenciar os direitos de igualdade”<sup>185</sup>.

ROBERT ALEXY sufraga uma classificação que distingue (i) *direitos a algo*, (ii) *liberdades* e (iii) *competências*<sup>186</sup>. Segundo o autor, a (i) primeira espécie compreende quer “direitos que têm como objecto uma acção negativa (omissão), quer uma acção positiva (um *facere*) do destinatário. A diferença entre as acções negativas e positivas é, assim, o critério principal para a divisão dos direitos a *algo* em função do objecto. No âmbito dos direitos frente ao Estado (...), ( $\alpha$ ) os direitos a acções negativas correspondem aos geralmente designados por “direitos de defesa”, [enquanto] os direitos frente ao Estado mas a ( $\beta$ ) acções positivas coincidem apenas parcialmente com

---

<sup>182</sup> Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *ibidem*; a classificação de GUSTAVO ZAGREBELSKY é adoptada, em Espanha, *ipsis verbis*, por LUIS AGUIAR DE LUQUE, *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.ºs 18/19, 1983, p. 21, e *Los límites de los derechos fundamentales*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 14, 1993, p. 10.

<sup>183</sup> Cfr. JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 85 e ss.

<sup>184</sup> Cfr. J. COSSIO DÍAZ, *idem*, p. 85.

<sup>185</sup> Cfr. J. COSSIO DÍAZ, *idem*, p. 88.

<sup>186</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 163.

os chamados “direitos prestacionais”<sup>187</sup>. ROBERT ALEXY classifica ainda ( $\alpha$ ) “os direitos a acções negativas ou direitos de defesa” em três espécies: (1) “direitos a não ser impedido da prática de uma acção”<sup>188</sup>, esclarecendo que “a liberdade de movimento, a manifestação da fé, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a educação dos filhos, a reunião numa rua e a escolha de uma profissão são exemplos de acções do titular do direito que não podem ser impedidas ou obstaculizadas”<sup>189</sup>, (2) “direitos à não afectação de propriedades e situações”<sup>190</sup>, como por exemplo “a inviolabilidade do domicílio”<sup>191</sup> e (3) “direitos à não eliminação de posições jurídicas”<sup>192</sup>, como é o caso do direito a não ser expropriado dos seus bens<sup>193</sup>. Segundo o autor, ( $\beta$ ) “os direitos a acções positivas”<sup>194</sup>, por seu turno, são passíveis de classificação em (1) “direitos a prestações materiais”<sup>195</sup> ou “*direitos a prestações em sentido stricto*”<sup>196</sup>, como, v. g., o direito à percepção de “um mínimo vital”<sup>197</sup>, e (2) “direitos a prestações normativas”<sup>198</sup> que consiste na possibilidade de reclamar “a produção de actos públicos de criação de normas jurídicas”<sup>199</sup>. Quanto ao segundo termo do tronco central da sua classificação dos direitos, as (ii) *liberdades*, o jurista de *Oldenburg* distingue a ( $\alpha$ ) “liberdade positiva”<sup>200</sup>, sempre que a Ordem Jurídica permite ao titular do direito “a prática de uma acção”<sup>201</sup>, da ( $\beta$ ) “liberdade negativa”<sup>202</sup> que se verifica sempre que uma pessoa é titular

---

<sup>187</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 165.

<sup>188</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 166.

<sup>189</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>190</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 168.

<sup>191</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>192</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 168.

<sup>193</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>194</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 171.

<sup>195</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>196</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 172.

<sup>197</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 171.

<sup>198</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>199</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>200</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 190.

<sup>201</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*.

<sup>202</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 189.



de “alternativas de acção”<sup>203</sup>. Por último, as (iii) *competências* representam “os casos em que, mediante determinadas acções do seu titular, é modificada a situação jurídica”<sup>204</sup> e acrescenta “a modificação de uma situação jurídica mediante uma acção pode descrever-se de duas maneiras: (α) como criação de *normas* individuais ou gerais, que não seriam válidas sem esta acção, e também (β) como modificação de posições jurídicas dos sujeitos de direito que estão abrangidos por estas normas”<sup>205</sup>.

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO classifica os direitos fundamentais segundo um duplo critério, sendo o primeiro (i) de carácter histórico-funcional e o segundo (ii) de âmbito relacional<sup>206</sup>. Quanto ao (i) primeiro critério, distingue direitos *civis*, direitos *políticos* e direitos *sociais*. Segundo a função que desempenham, (α) “direitos civis são aqueles que têm como finalidade garantir determinados âmbitos de liberdade de actuação ou autonomia, nos quais o Estado não deve interferir (liberdade de expressão, direito à integridade física, liberdade de associação, etc.). Direitos políticos (β) são aqueles que têm como finalidade garantir a gestão democrática dos assuntos públicos (direito de sufrágio, direito de acesso aos cargos públicos, direito de petição, etc.). Direitos sociais (γ) são aqueles que têm como finalidade garantir condições de vida dignas às pessoas (direito à educação, direito à saúde, etc.)”<sup>207</sup>. Acrescenta ainda o autor que, de acordo com o processo histórico de gestação, “cada um destes grupos de direitos responde, respectivamente, às exigências do Estado de Direito, do Estado democrático e

---

<sup>203</sup> Cfr. ROBERT ALEXYY, *ibidem*.

<sup>204</sup> Cfr. ROBERT ALEXYY, *idem*, p. 202/203; a doutrina portuguesa utiliza a expressão *direito potestativo* para identificar a figura em apreço, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, p. 12 e ss., C. A. MOTA PINTO, A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 181 e ss., *max.* 183/184, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 89/90, e A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, tomo I, p.171.

<sup>205</sup> Cfr. ROBERT ALEXYY, *idem*, p. 203.

<sup>206</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 42.

<sup>207</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *idem*, p. 43.

do Estado social”<sup>208</sup>. Quanto ao (ii) critério relacional ou estrutural, isto é, quanto “à natureza da faculdade que proporcionam ao seu titular”<sup>209</sup>, distingue (α) “direitos de defesa, que permitem a exigência de não interferência; (β) direitos de participação, que facultam a prática de actos com relevância pública e (γ) direitos de prestação que facultam a reclamação de um benefício”<sup>210</sup>.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA adota uma classificação que distingue entre vários *status* na relação da pessoa com o poder político e nesse sentido afigura-se largamente tributária, embora de modo não assumido, do pensamento de GEORG JELLINEK. Assim, ao (i) *status negativus* correspondem os “direitos de defesa contra a intervenção dos poderes públicos na esfera individual autónoma”<sup>211</sup>, ao (ii) *status activus* ou *status activitae civitatis* está associada uma “igualização na vida política”<sup>212</sup>, os (iii) *direitos a prestações* ou *direitos de quota-parte* no bem-estar estão associados à “dependência das condições de vida em relação ao mercado e ao crescente papel das prestações sociais públicas como instrumento de garantia da preservação e da promoção da dignidade da pessoa humana”<sup>213</sup>, enquanto o (iv) *status positivus* se materializa em *direitos sociais*<sup>214</sup> que asseguram ao seu titular “a protecção estadual contra a situações materiais de indignidade”<sup>215</sup>.

---

<sup>208</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*.

<sup>209</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*.

<sup>210</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*; o autor adverte para a circunstância da aparente coincidência entre os critérios, alegando que “não existe uma correspondência entre ambos” e citando no contexto variados exemplos de direitos de *qualificação cruzada* entre os dois critérios, *ibidem*.

<sup>211</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais*, p. 13.

<sup>212</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *idem*, p. 14.

<sup>213</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *idem*, p. 15.

<sup>214</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA especifica referir-se aos direitos económicos, sociais e culturais, *ibidem*.

<sup>215</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *ibidem*.

### 2.1.3.2. Os critérios objectivos ou normativistas

CARL SCHMITT lançou na enciclopédia jurídica as teorias *objectivas* ou *normativistas* com a distinção entre (i) direitos fundamentais *absolutos* e (ii) direitos fundamentais *relativos*. Os primeiros, para os quais CARL SCHMITT reservava a qualificação de direitos fundamentais autênticos, (i) seriam aqueles que “não se garantem “segundo as leis”; o seu conteúdo não resulta da lei, pelo contrário a ingerência legal aparece como excepção, e, por certo como excepção limitada em princípio e mensurável, regulada em termos gerais. É próprio do princípio fundamental da limitação do Estado que se considere suposta a liberdade do indivíduo e que a delimitação estatal apareça como excepção”<sup>216</sup>. Com vista a ilustrar o seu pensamento, CARL SCHMITT acrescenta exemplos de algumas liberdades individuais, como “a liberdade de manifestação do pensamento, as liberdades de informação e de imprensa, a liberdade de culto, a liberdade de reunião, a de liberdade de associação e a liberdade de agir judicialmente”<sup>217</sup>. O autor identificava ainda (ii) “outros direitos reconhecidos pela *Constituição da I República Alemã* que, pelo contrário, qualificava “de antemão, apenas como relativos, isto é, garantidos dentro dos limites e segundo a lei”<sup>218</sup>, direitos que associava à regulação das actividades económicas e sociais consagrada na mesma *Constituição*<sup>219</sup>.

As teorias normativistas encontraram largo acolhimento na doutrina portuguesa, se bem que na maioria dos casos descontextualizadas dos pressupostos históricos e filosóficos que estiveram na sua génese. Assim, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

---

<sup>216</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 171.

<sup>217</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *ibidem*.

<sup>218</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *ibidem*; segundo BEATRIZ GONZÁLEZ este é um critério que ainda logra grande aceitação na doutrina italiana, *El Estado social*, p. 110/111.

<sup>219</sup> Cfr. *supra*.

ANDRADE, embora manifeste a sua preferência pela “classificação tripartida”<sup>220</sup> entre *direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação*<sup>221</sup>, no que concerne ao Direito positivo português conclui que “ao estabelecer dois regimes diferentes para os direitos fundamentais, a Constituição pressupõe dois tipos de direitos: aqueles (i) cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais e aqueles outros (ii) cujo conteúdo principal terá de ser, em maior ou menor medida, determinado por opções do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização. Isto é, que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos direitos susceptíveis de concretização a nível constitucional, mas já não àqueles que, para além de um mínimo, só se tornam “líquidos e certos” no plano da legislação ordinária”<sup>222</sup>.

CARLOS BLANCO DE MORAIS, partindo da regra da aplicabilidade directa dos direitos liberdades e garantias constitucionalmente consagrada<sup>223</sup>, opera a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais única e exclusivamente com base no regime jurídico aplicável ao direito e desse modo os direitos consagrados em (i) normas constitucionais auto-exequíveis revestem a natureza jurídica de direitos, liberdades e garantias, enquanto aqueles que estiverem consagrados em (ii) normas constitucionais hetero-exequíveis serão direitos económicos, sociais e culturais<sup>224</sup>. O autor sustenta ainda a existência de uma pretensa superioridade dos

---

<sup>220</sup> A expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 171.

<sup>221</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*; o autor utiliza também a expressão *direitos de quota-parte* para identificar os *direitos a prestações*, *idem*, p. 58.

<sup>222</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 176; a tese de VIEIRA DE ANDRADE é sufragada por CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, p. 39.

<sup>223</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 1, 1.ª parte da CRP.

<sup>224</sup> À boa maneira positivista, segundo CARLOS BLANCO DE MORAIS a distinção entre as espécies de direitos fundamentais em apreço decorre simplesmente da “aplicabilidade directa” dos direitos, liberdades e garantias (*Direito Constitucional II – Relatório*, p. 161) contra a “inexequibilidade imediata” dos direitos económicos, sociais e culturais (*idem*, p. 170 a 173); COSSIO DÍAZ, embora não se reporte à

direitos, liberdades e garantias sobre os direitos económicos, sociais e culturais alegando que “na realidade, o carácter programático das normas constitucionais que contêm os direitos sociais prestacionistas coloca a respectiva exequibilidade nas mãos do legislador e da própria administração, não existindo institutos jurídicos susceptíveis de garantir com eficácia o *incumprimento omissivo* dos mesmos direitos”<sup>225</sup>.

JORGE BACELAR GOUVEIA aceita a distinção do texto constitucional entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais e adopta “um critério de teor normativo, pelo qual a qualificação de um direito fundamental como análogo aos direitos, liberdades e garantias<sup>226</sup> se faça através da espécie de norma que o positiva, *a revestir sempre uma (i) natureza preceptiva e nunca (ii) programática*”<sup>227</sup>. Segundo as palavras do autor, “é uma conclusão que parte da observação das normas que positivam os direitos considerados pela *Constituição da República Portuguesa* direitos, liberdades e garantias e da razão de ser da separação existente entre o regime específico destes e o regime específico dos direitos sociais”<sup>228</sup>.

### 2.1.3.3. Alguns critérios mistos.

JORGE MIRANDA adopta um *critério misto* que combina *ordem de valores, relações jurídicas e força normativa* dos direitos fundamentais pois embora num

---

obra de BLANCO DE MORAIS, contesta textualmente este entedimento, afirmando mesmo estarmos perante um “equivoco” alegando que os direitos de prestação “gozam de um conteúdo [constitucional] indisponível” pelo que “não se pode afirmar que sejam de disposição legislativa”, *Estado social y derechos de prestación*, p. 89.

<sup>225</sup> Cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *idem*, p. 170, e ainda *Direito Constitucional II – Sumários*, p. 73.

<sup>226</sup> Cfr. artigo 17.º da *CRP*.

<sup>227</sup> Cfr. J. BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 437/438; esta foi também a tese sufragada por JORGE REIS NOVAIS, numa fase *intermédia* do seu pensamento, quando afirmou que “os direitos de liberdade, em confronto com os direitos sociais, [são] direitos que constituem na esfera jurídica do seu titular um espaço de autodeterminação através da garantia constitucional de um conteúdo juridicamente determinável de acesso ou fruição de um bem (...). Com base nessa determinabilidade do conteúdo do direito fundamental em questão, a norma constitucional que garante o direito de liberdade assume uma natureza preceptiva, independentemente do grau actual de exequibilidade que manifeste”, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 148.

<sup>228</sup> Cfr. J. BACELAR GOUVEIA, *idem*, p. 438.

primeiro momento afirma que “a existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos mas em planos diversos: com os (i) direitos de *liberdade*, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os (ii) direitos *sociais* é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende abraçar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar”<sup>229</sup>. Já num segundo momento, o autor afirma que “os direitos de liberdade e os direitos sociais distinguem-se não apenas pelo significado e pelas funções jus-fundamentais que envolvem (...) mas também pela sua estrutura”<sup>230</sup>, especificando que “a diferença básica reside (...) em que os direitos de liberdade são (i) direitos de agir [enquanto] os direitos sociais [são] (ii) direitos de exigir”<sup>231</sup>. Por último, ainda sustenta que (i) “os direitos de liberdade têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável ao nível das normas constitucionais e os (ii) direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opção do legislador ordinário”<sup>232</sup>.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, embora não se pronuncie por uma contraposição de categorias de direitos fundamentais<sup>233</sup> dentro do “*sistema de Direito Constitucional positivo*”<sup>234</sup>, reconhece a dualidade de espécies<sup>235</sup> adoptando um *critério misto* para distinção entre ambas cujo ponto de partida reside na identificação dos “*traços específicos*”<sup>236</sup> dos *direitos, liberdades e garantias*, enquanto define os *direitos económicos, sociais e culturais* genericamente como “direitos a prestações ou

---

<sup>229</sup> Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 101.

<sup>230</sup> Cf. JORGE MIRANDA, *idem*, p. 102.

<sup>231</sup> Cf. JORGE MIRANDA, *ibidem*.

<sup>232</sup> Cf. JORGE MIRANDA, *idem*, p. 104.

<sup>233</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 403.

<sup>234</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 398.

<sup>235</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 398 e ss.

<sup>236</sup> A expressão é do próprio GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 398.

actividades do Estado”<sup>237</sup>. Deste modo, o *lente coimbrão* aponta os seguintes “critérios tendenciais”<sup>238</sup> para identificação dos (i) direitos, liberdades e garantias: (α) o *radical subjectivo*, segundo o qual os direitos, liberdades e garantias “seriam (...) os direitos com *referência pessoal ao homem individual*”<sup>239</sup>, a (β) *natureza defensiva e negativa* que identificaria os direitos “cujo destinatário é o Estado e que tem como objecto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjectiva por eles definida e protegida”<sup>240</sup> e a (γ) *determinação ou determinabilidade do conteúdo* que qualifica como direitos, liberdades e garantias “aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das opções constitucionais”. Ao invés, ficariam excluídos desta categoria de (ii) direitos “aqueles que só se tornam “líquidos e certos” no plano da legislação ordinária, isto é, aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado por opções do legislador ordinário”<sup>241</sup>. GOMES CANOTILHO, revelando atitude de homem prudente, conclui pela insuficiência de qualquer dos critérios apontados e adverte ser “dogmaticamente mais avisado procurar as dimensões mais relevantes da categoria constitucional em análise”<sup>242</sup>.

GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASIS e MARIA DEL CARMEN BARRANCO adoptam um *critério* aparentemente *misto*, proclamando realizar uma distinção conforme ao *valor* ou *bem protegido* pelo direito e outra referenciada ao *modus operandi* do respectivo sujeito activo mas que na realidade se circunscreve a este último aspecto. Assim, começam por fazer referência ao que designam por *conteúdo dos direitos*, distinguindo neste contexto os (i) direitos *personalíssimos*, (ii) direitos de

---

<sup>237</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 403.

<sup>238</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 398.

<sup>239</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

<sup>240</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 399.

<sup>241</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 400.

<sup>242</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

*sociedade, comunicação e participação*, (iii) direitos *políticos*, (iv) direitos de *segurança jurídica* e (v) direitos *económicos, sociais e culturais*<sup>243</sup>. A título de especificação referem que (i) “nos direitos personalíssimos o que se toma em consideração e se protege é a pessoa em si, com independência da vida social e das suas relações com os outros”<sup>244</sup> e acrescentam que “o mais radical de todos eles é o direito à vida, condição de existência dos restantes (...), a integridade física e moral, as liberdades de consciência e de religião e os direitos à honra e à imagem”<sup>245</sup>. Por seu turno, (ii) os direitos de sociedade, comunicação e participação “são aqueles que protegem a pessoa no âmbito da Sociedade Civil, favorecendo o relacionamento entre todos os seus membros e a sua intervenção nas relações sociais”<sup>246</sup>, referindo neste grupo “o direito à igualdade e à não discriminação, a liberdade de culto, a inviolabilidade do domicílio, o segredo das comunicações, a liberdade de residência e de circulação, as liberdades de expressão e de informação, o direito à criação literária, científica, artística e técnica, a liberdade de cátedra, a liberdade de ensino, o direito de reunião e manifestação e o direito de associação”<sup>247</sup>. Por outro lado, (iii) “os direitos políticos são aqueles que permitem a participação dos seus titulares na formação da vontade estadual e na configuração dos poderes e dos órgãos das entidades públicas”<sup>248</sup>, referindo ainda “o direito de aceder aos cargos públicos em condições de igualdade”<sup>249</sup>. Quanto (iv) aos direitos de segurança jurídica, reportam-se “às garantias processuais que beneficiam o indivíduo, produzem a tranquilidade, a certeza e a confiança jurídica”<sup>250</sup>,

---

<sup>243</sup> Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 283; segmentação do texto nossa.

<sup>244</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 284.

<sup>245</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *ibidem*.

<sup>246</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *ibidem*.

<sup>247</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *ibidem*.

<sup>248</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 284/285.

<sup>249</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 285.

<sup>250</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 286.



são os casos do “direito à liberdade e à segurança, as garantias em caso de detenção, o direito a ser assistido por advogado em processo judicial e o direito a obter a tutela judicial efectiva dos seus direitos”<sup>251</sup>. Por último, (v) os direitos económicos, sociais e culturais “protegem determinadas dimensões de âmbito privado com conteúdo económico ou cultural, ou permitem criar condições, nessas dimensões, e ambos os casos, para favorecer e tornar possível o desenvolvimento da personalidade, através da escolha de planos de vida (...). Protegem os benefícios dos quais se gozam (propriedade), ou pretendem criar novos benefícios (educação, saúde, segurança social, habitação)”<sup>252</sup>. Aparentemente, os autores apresentam uma segunda classificação que atende ao *modus operandi* do sujeito activo do direito ou à “forma do seu exercício”<sup>253</sup> e, neste contexto, distinguem (i) direitos de *autonomia*, (ii) direitos de *participação* e (iii) direitos de *prestação*<sup>254</sup>. Contudo, ao definir os direitos de autonomia, os autores referem que “implicam uma protecção do indivíduo frente a acções externas dos poderes públicos, de outros grupos e de pessoas individuais que podem dificultar a sua liberdade de escolha e conseqüentemente o dinamismo conducente desta à liberdade moral”<sup>255</sup> e, como os próprios autores reconhecem, incorporam simultaneamente os direitos personalíssimos, os direitos de sociedade, comunicação e participação e os direitos de segurança jurídica<sup>256</sup>, enquanto “os direitos de participação são os direitos políticos vistos desta perspectiva e implicam uma acção positiva dos seus titulares que tem que ser amparada e promovida pelos poderes públicos e pelas instituições”<sup>257</sup> e, por último, “os direitos de prestação (...) implicam uma acção positiva, normalmente dos

---

<sup>251</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 287.

<sup>252</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *ibidem*.

<sup>253</sup> A expressão é de G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, p. 288.

<sup>254</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 288 e ss.

<sup>255</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 289.

<sup>256</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *ibidem*.

<sup>257</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *ibidem*.

poderes públicos, ainda que também possa ser dos particulares mas excepcionalmente, para ajudar à satisfação das necessidades básicas que não podem ser satisfeitas pela própria e exclusiva força do interessado”<sup>258</sup>.

#### **2.1.3.4. A negação das classificações: a *unicidade* dos direitos fundamentais**

JORGE REIS NOVAIS, embora aparente começar por alicerçar a sua construção numa perspectiva relacional dos sujeitos dos direitos fundamentais, confessando até a origem remota do seu pensamento na doutrina de GEORG JELLINEK<sup>259</sup>, acaba por denunciar a insuficiência da perspectiva “da relação jurídica que se estabelece entre o indivíduo e o Estado consoante a diferente natureza e função do direito fundamental em causa e do *status* individual em que se integra”<sup>260</sup>, afirmando que “todavia, por si só, não permitem apreender toda a complexidade da situação jurídica em que se encontra o titular do direito fundamental face ao Estado, nem a especificidade da natureza de cada uma das posições jurídicas que, independentemente do *status* em que se considera associado um dado direito fundamental, lhe vêm sempre associadas”<sup>261</sup>. O autor pronuncia-se, ao que se nos afigura em termos concludentes, no sentido segundo o qual “se bem que a partir da mesma norma de direito fundamental seja possível deduzir um complexo de posições ou pretensões jurídicas de direitos fundamentais, é necessário integrar as distinções analítico-estruturais num enquadramento tipológico que, atendendo à justificação funcional do direito fundamental como um todo, forneça as indicações elementares sobre a natureza dos interesses em disputa nas eventuais

---

<sup>258</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, R. DE ASÍS e C. BARRANCO, *idem*, p. 290.

<sup>259</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 126/127 e 142.

<sup>260</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 127.

<sup>261</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *ibidem*.

situações de limitação dos respectivos direitos fundamentais”<sup>262</sup>, portanto numa flagrante negação do ponto *alfa* da sua concepção de direito fundamental para enveredar pelas teorias normativistas. Com efeito, JORGE REIS NOVAIS vem a realizar a distinção entre *direitos de liberdade e direitos sociais*<sup>263</sup> nos seguintes termos: (i) “nos direitos de liberdade, a norma constitucional de direitos fundamentais cria, ela própria, uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental, impondo, desde logo, aos poderes constituídos a obrigação de acatarem e garantirem a inviolabilidade e possibilidades de realização e concretização do poder de autodeterminação individual assim, directa ou indirectamente, reconhecido. Por sua vez, (ii) nos direitos sociais a norma de direito fundamental impõe ao Estado um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional não pode garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinável de acesso ao bem protegido”<sup>264</sup>. Em suma, o autor distingue as espécies de direitos em apreço com base “em dois critérios: (i) o critério da determinabilidade [do conteúdo do direito] e (ii) o critério da natureza dos condicionamentos que afectam a realização dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos”<sup>265</sup>. A argumentação citada constitui, no entanto, apenas um estágio intermédio do pensamento de JORGE REIS NOVAIS com vista ao esbatimento do

---

<sup>262</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 129.

<sup>263</sup> Após algumas apreciações intermédias, J. REIS NOVAIS apresenta esta como a classificação que adopta no momento presente, *idem*, p. 133.

<sup>264</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *ibidem*.

<sup>265</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 147, segmentação do texto nossa.

fenómeno que em seu entendimento não passa de uma aparente dualidade de espécies, *direitos de liberdade e direitos sociais*, consagrada na *Constituição da República Portuguesa*. Com intuito de provar esta última posição, argumenta que “o Estado social não se basta, como anteriormente, com a garantia e protecção da liberdade e da propriedade do reduzido corpo de cidadãos que possuíam os recursos, as habilitações e a educação para procurar, por si próprios, as condições de uma existência digna, mas assume-se também como provedor de todas as pessoas sob a sua jurisdição e que, abandonadas às capacidades próprias e aos recursos proporcionados pelo livre jogo do mercado, seriam incapazes de aceder àquelas condições mínimas de existência e, conseqüentemente, de gozo da liberdade. Para tanto, o Estado social preocupa-se activamente com as condições fácticas da liberdade e da autonomia, com a equalização das condições de participação, assume tarefas de redistribuição de riqueza comum, de prestação generalizada de serviços públicos essenciais, de racionalização e regulação das relações económicas e sociais, da melhoria das condições de vida das camadas mais débeis, de promoção do bem-estar. Investindo essas alterações no domínio específico da linguagem dos direitos, o surgimento dos direitos sociais nas Constituições sinaliza o advento do novo tipo histórico de Estado e uma mudança global de concepções que se reflecte, no plano dos direitos fundamentais, por uma reconfiguração do entendimento, natureza e abrangência dos deveres estatais correlativos”<sup>266</sup>. O autor reforça a exposição dos seus argumentos com recurso a metodologia exemplificativa e, nesse contexto, vem a afirmar que “de nada adianta pretendermos fundar uma diferença entre o direito à vida e o direito à habitação naquele tipo de diferenças estruturais quando sabemos que, indiferentemente integrados num e noutra direito fundamental, encontramos direitos ou

---

<sup>266</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *Os direitos sociais*, p. 256/257; cfr. *infra* o contraditório da “reconfiguração do entendimento, natureza e abrangência dos deveres estatais correlativos” aos direitos sociais.

faculdades particulares com a mais diversa natureza estrutural. Quer no direito à vida quer no direito à habitação, considerados *como um todo*, encontramos direitos negativos e positivos, de conteúdo mais e menos determinado, apelando, para a respectiva realização, aos vários tipos de deveres estatais e consequentes diferentes reservas que os afectam. Neste sentido, mesmo este tipo de critérios só será admissível como fundamento de distinção quando consideramos os direitos fundamentais em abstracto e naquela que é a sua dimensão tida como principal, ou seja, dimensão de prestação fáctica nos direitos sociais e dimensão de defesa nos direitos de liberdade”<sup>267</sup>.

A concepção unitária dos direitos fundamentais, apesar de minoritária, não tem JORGE REIS NOVAIS por seu único defensor na juspublícistica portuguesa pois havia sido pioneiro no sufrágio deste entendimento ANDRÉ SALGADO DE MATOS quando, a propósito do direito ao ensino, sustentou que “há muito tempo que se tomou consciência de que os tradicionais direitos de liberdade exigem actividades positivas, jurídicas e fácticas, que garantam a sua efectivação: a própria *Constituição de 1822* dizia já que “a segurança pessoal consiste na protecção, que o Governo deve dar a todos, para poderem conservar os seus direitos pessoais” (artigo 3.º). A superação do liberalismo, político e económico, veio consolidar a ideia de que a liberdade não se pode atingir através da mera garantia de um espaço de actuação incondicionada e livre de interferências exteriores, antes postulando a actuação positiva do Estado para assegurar a ausência dessas interferências e para evitar que uma actuação pretensamente livre contenda com a liberdade de terceiros”<sup>268</sup>. À doutrina em apreço aderiu também, embora numa versão baseada em argumentos mais suaves, ISABEL MOREIRA quando sustenta que “os direitos de liberdade são garantes *imediatos* da existência, no sentido

---

<sup>267</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 343.

<sup>268</sup> Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O direito ao ensino*, p. 402.

de esfera de autonomia individual, ao passo que os direitos sociais são garantidos *mediatos* dessa mesma existência. Os direitos sociais, mesmo sendo sobretudo prestações positivas, têm por função melhorar as condições de existência. A imbricação teleológica dos direitos dá-se no ponto em que imediata e mediatamente se visa a condição de existência sem a qual não há, verdadeiramente, liberdade”<sup>269</sup>.

#### **2.1.3.5. Apreciação das teses mencionadas**

Atendendo à infinidade da literatura jurídica sobre esta *vexata quaestio* e considerando que reunimos um conjunto amplo e diversificado de entendimentos sobre o assunto, cremos ser o momento adequado a realizar o balanço quanto ao grau de realização dos objectivos a que nos propusemos no início do presente *item*, a recordar, definir *uma pré-compreensão quanto ao conceito, à natureza jurídica e à classificação dos direitos fundamentais*<sup>270</sup>. Sem preocupação de esgotar a apreciação de todos os autores citados na medida em que os argumentos coincidem com alguma frequência, as posições citadas merecem-nos algumas observações.

Assim, apesar de sufragarmos em abstracto a bondade das doutrinas *subjectivas* ou *relacionais*<sup>271</sup>, discordamos de vários dos argumentos que os autores mencionados invocam para fundamentar as suas posições. Com efeito, JEAN RIVERO utiliza uma dualidade de critérios numa única classificação pois enquanto que para qualificação das *liberdades públicas* o autor se reporta ao valor protegido pelo direito, no caso dos *direitos do homem* indexa a denominação ao objecto do mesmo direito. A posição de GUSTAVO ZAGREBELSKY merece-nos crítica análoga na medida em que o autor

---

<sup>269</sup> Cfr. ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*, p. 248.

<sup>270</sup> Cfr. *supra*.

<sup>271</sup> Cfr. *infra*.

italiano, diversamente do intuito expressamente proclamado, acaba por incorrer no problema de empregar uma dualidade de critérios, *valor v. objecto*, numa classificação que se pretendia unitária. Quanto à tese de COSSIO DÍAZ, embora logre superar o problema da dualidade de critérios na medida em que se reporta a um binómio exclusivamente composto por valores, *liberdade e igualdade*, culmina numa redundância uma vez que afere o valor igualdade pelo conteúdo prestacional dos direitos que qualifica neste segundo grupo. Por outro lado, o autor *mexicano* não fundamenta nos seus escritos que o princípio da igualdade, consagrado na *Constitución Española*<sup>272</sup>, constitua um fim em si mesmo, nem sustenta em termos adequados o nexo de causalidade que aceita como pressuposto existir entre os direitos de prestação e o valor igualdade. Além de não sustentar em momento algum da sua monografia que a igualdade constitua desiderato constitucional *a se*<sup>273</sup>, pelo contrário menciona o valor em apreço<sup>274</sup> apenas como um limite a observar pelo legislador na tarefa de realização dos princípios directivos da política social e económica<sup>275</sup>, portanto como uma *medida de tratamento* que o poder político deve observar nas relações que estabelece com os cidadãos<sup>276</sup>. Por seu turno, a tese de DÍEZ-PICAZO, mais que uma classificação de direitos consiste numa periodização da sua aquisição pela humanidade com o

---

<sup>272</sup> Cfr. artigos 1.º, n.º 1, e 9.º, n.º 2, da *Constitución Española*.

<sup>273</sup> Cfr. *infra*.

<sup>274</sup> Consagrado no artigo 14.º da *Constitución Española*.

<sup>275</sup> Consagrados no artigo 39.º e ss. da *Constitución Española*.

<sup>276</sup> Cfr. J. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 93/94. A orientação sufragada no texto é adoptada na doutrina portuguesa por ANTÓNIO BARBOSA DE MELO ao sustentar que “a igualdade reconhece como inerente a todo o ser humano a *mesma* dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos *essenciais*, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no *tratamento* entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica (v. g., baseados na raça, no sexo, na língua ou na religião), *Democracia e Utopia*, p. 18 (itálico nosso), e por JOÃO MARTINS CLARO, *O princípio da igualdade*, in JORGE MIRANDA e MARCELO R. SOUSA (org.), *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa 1986, p. 33; a sustentação da *igualdade* como meta, ou como uma das metas, do Estado social incorre sempre no perigo de estrangimento da *liberdade* pessoal pois, como adverte JORGE MIRANDA, “existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade (...), um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal”, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 264.

inconveniente de colocar equidistantes os direitos de liberdade-autonomia, de liberdade-participação e os direitos sociais quando é público e notório que os dois primeiros termos da classificação revestem a característica comum de facultar ao seu titular uma esfera de autodeterminação pessoal por oposição ao último termo que se reporta às condições materiais de vida das pessoas. Acresce que com os critérios que adopta, o autor não consegue integrar sistematicamente num único quadro todos os direitos que reconhece à pessoa humana na medida em que sustenta que “nas últimas décadas (...) tem aparecido uma nova categoria de direitos: os chamados “direitos colectivos” (meio ambiente, património cultural, etc.)”<sup>277</sup>. Cremos que para além de nem a titularidade, nem o objecto, destes direitos permitir ao autor fundamentar que os mesmos apenas protegem “interesses supra-individuais”<sup>278</sup>, também não os consegue inserir com coerência nos quadros classificatórios que elaborou<sup>279</sup>.

Quanto às teorias *objectivas* ou *normativistas*, a posição de VIEIRA DE ANDRADE afigura-se-nos relativamente inconsistente porque o autor não oferece um critério adequado a distinguir com segurança os direitos cujo conteúdo representa uma “*execução vinculada da Constituição*” daqueles que decorrem de “um comportamento mais ou menos *livre do legislador*, enquanto poder estadual autónomo”<sup>280</sup> na medida em que é o próprio autor a verificar e a reconhecer a existência de casos em que a Constituição “remete para a lei ordinária (expressa ou implicitamente) a determinação do conteúdo de um direito” mesmo no caso de liberdades, ainda que de carácter económico como “o direito de propriedade e, sobretudo, a liberdade de iniciativa

---

<sup>277</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 35/36.

<sup>278</sup> A expressão é do próprio DÍEZ-PICAZO, *idem*, p. 43.

<sup>279</sup> O próprio autor reconhece esse *calcanhar de Aquiles* do seu critério sistemático na medida em que afirma que “a todo o anterior (...) acrescem os chamados “direitos colectivos” (...) que protegem interesses supra-individuais”, *ibidem*.

<sup>280</sup> Ambas as expressões são do próprio VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 177.



económica”<sup>281</sup>. Além dos exemplos citados pelo próprio autor, podemos ainda mencionar, sem carácter exaustivo, outros exemplos de direitos, liberdades e garantias cujo preciso conteúdo só estará definido depois de aprovada lei concretizadora do mesmo, como o direito à cidadania<sup>282</sup>, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência<sup>283</sup>, o direito de *habeas data*<sup>284</sup>, o exercício do direito de antena pelos seus titulares<sup>285</sup> e ainda dos direitos de petição<sup>286</sup> e de acção popular<sup>287</sup>.

Quanto às demais teses *normativistas*, cremos que só um positivismo como o de BLANCO DE MORAIS poderia sufragar posição como a mencionada pois, apesar de inspirada remotamente no pensamento de um dos expoentes máximos da literatura jurídica do século XX, CARL SCHMITT<sup>288</sup>, afigura-se-nos logicamente insustentável à luz da *Constituição da República Portuguesa* pelos seguintes motivos. À partida, os pressupostos históricos sobre os quais o jurista de *Plettenberg* elaborou a distinção entre direitos fundamentais absolutos e relativos foram ultrapassados com a aprovação da *Gundgesetz*, em 1949, pois, como afirma magistralmente PABLO LUCAS VERDÚ, a diferença entre a força jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais nas Constituições actuais comparativamente com aquela que lhes era reconhecida na *Constituição da I República Alemã* reside exactamente na circunstância “destes direitos não girarem em torno da Legislação, da Administração ou da Justiça; pelo contrário,

---

<sup>281</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 167.

<sup>282</sup> Cfr. artigos 26.º, n.º 1, e 4.º da *CRP*.

<sup>283</sup> Cfr. artigo 34.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>284</sup> Cfr. artigo 35.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>285</sup> Cfr. artigo 40.º da *CRP*, quer do direito de antena geral dos partidos políticos e de outras organizações (n.º 1), quer do direito de antena específico do Governo e dos partidos de oposição (n.º 2), quer do direito de antena eleitoral (n.º 3).

<sup>286</sup> Cfr. artigo 51.º, n.º 1 da *CRP*.

<sup>287</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>288</sup> Cfr. *supra*.

estas últimas fazem-no agora em torno dos direitos fundamentais”<sup>289</sup>. Por outro lado, entendemos por contraproducente, de certo modo ilógico, aceitar a definição de qualquer figura jurídica com fundamento no regime jurídico que lhe é aplicável. Com efeito, desde sempre que sufragamos a posição ensinada pela autorizada voz de DIOGO FREITAS DO AMARAL segundo a qual “o conceito não deve estar comprometido com soluções de regime jurídico”<sup>290</sup>. Conforme nós próprios escrevemos noutra local e contínua a ser nossa convicção profunda, “a delimitação de um conceito deve ter somente por função identificar a diferença específica da figura em análise por referência às demais categorias da Ordem Jurídica, [sem fazer] depender a definição de um conceito do regime a que a Ordem Jurídica positiva sujeita a figura identificada num dado espaço geográfico, ou territorial, e num dado momento histórico”<sup>291</sup> porque o regime jurídico poderá ser alterado por decisão legislador sem que isso implique *ope legis* a alteração da essência, do conteúdo, dos contornos e da própria natureza jurídica da figura em questão. Aliás, em abono da posição que acabamos de sustentar, podemos verificar que as sucessivas revisões da *Constituição da República Portuguesa* vêm reduzindo progressivamente a veracidade da tese de BLANCO DE MORAIS na medida em que o legislador constituinte tem reconhecido novos direitos, bem como aperfeiçoado o conteúdo de direitos já anteriormente reconhecidos mas, com o avanço da sociedade técnica e a conseqüente indeterminabilidade de alguns enunciados constitucionais, pela sua natureza de texto virtualmente pacificador da eminente

---

<sup>289</sup> Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ baseia a sua posição na garantia do conteúdo essencial dos (de todos os) direitos fundamentais consagrada no artigo 53.º da *Constitución Española de 1978, Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 285/286.

<sup>290</sup> Cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, Coimbra, 2005, p. 37, e *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 662; o autor chega ao ponto de afirmar que a “definição de um conceito deve ser feita de forma descomprometida em relação à concepção que se perfilhará ulteriormente quanto à natureza da figura jurídica em causa”, *ibidem*.

<sup>291</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 307.

conflitualidade social<sup>292</sup> e pela complexidade do seu procedimento de revisão<sup>293</sup>, tem vulgarizado a técnica legiferante de remissão do conteúdo dos direitos para lei ordinária, nomeadamente por força da utilização de conceitos próprios de outras ciências, como, v. g., “identidade genética do ser humano”<sup>294</sup>, “telecomunicações e demais meios de comunicação”<sup>295</sup>, “dados pessoais”<sup>296</sup>, “redes informáticas”<sup>297</sup>, “fluxos de dados”<sup>298</sup> ou “actividades de comunicação social”<sup>299</sup>. Com efeito, na versão inicial da Lei Fundamental podíamos verificar que o conteúdo de cinco das normas consagradas no respectivo Título II da Parte I remetiam a definição do conteúdo do direito para lei ordinária, referimo-nos às normas que consagravam os direitos da inviolabilidade do domicílio e da correspondência<sup>300</sup>, da regulação dos requisitos e efeitos do casamento e da sua dissolução<sup>301</sup>, à salvaguarda da independência da imprensa perante os poderes político e económico<sup>302</sup>, aos critérios de repartição do tempo de antena geral dos partidos políticos e das organizações sindicais e profissionais<sup>303</sup> e ao direito de acção popular<sup>304</sup>, enquanto o texto vigente do mesmo título e capítulo da Lei Fundamental excede as três dezenas de remissões para acto legislativo, pelo que cada vez mais o

---

<sup>292</sup> Sobre este assunto, cfr. FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, p. 99 e ss.

<sup>293</sup> Sobre o procedimento de revisão da *CRP*, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1059 e ss., RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Os Princípios Estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Livraria Almedina, ano XXVIII, 1988, p. 337 e ss., ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A revisão constitucional de 1997 – Um ensaio de história político-constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 2005, p. 638 e ss.

<sup>294</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>295</sup> Cfr. artigo 34.º, n.º 4, da *CRP*.

<sup>296</sup> Cfr. artigo 35.º, n.ºs 1 e 2, da *CRP*.

<sup>297</sup> Cfr. artigo 35.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>298</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>299</sup> Cfr. artigo 39.º, n.º 1, d), da *CRP*.

<sup>300</sup> Cfr. artigo 34.º, n.º 2, do texto inicial da *CRP*.

<sup>301</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 2, *idem*.

<sup>302</sup> Cfr. artigo 38.º, n.º 5, *idem*.

<sup>303</sup> Cfr. artigo 40.º, n.º 1, *idem*.

<sup>304</sup> Cfr. artigo 49.º, n.º 2, *idem*.

princípio constitucional da aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias<sup>305</sup>, *in facto esse*, assume carácter residual sem que a natureza dos direitos em apreço sofra qualquer alteração. Por último, *the last but not the least*, diversamente do sustentado por BLANCO DE MORAIS os direitos económicos, sociais e culturais, como qualquer direito, estão dotados de um conteúdo essencial constitucionalmente consagrado que carece ser respeitado pelos órgãos do Estado, nomeadamente pelo legislador, como acontece com qualquer norma constitucional, pelo que são direitos cujo conteúdo não se encontra na disponibilidade dos órgãos legislativos; ao invés, a estes e aos demais órgãos do Estado cabe providenciar as condições materiais para proporcionar às pessoas o gozo dos mesmos<sup>306</sup>.

Sobre a tese de JORGE BACELAR GOUVEIA, cremos que o autor teria acertado na *mouche* se tivesse logrado elaborar uma definição material de norma preceptiva constitucionalmente adequada mas como permanece vinculado às definições formais de norma preceptiva da Escola de Direito de Lisboa, sustentadas por JORGE MIRANDA e MARCELO REBELO DE SOUSA, a sua distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais culmina numa redundância. Com efeito, BACELAR GOUVEIA distingue normas preceptivas de normas programáticas “com base no critério da intensidade normativa de cada proposição em causa”<sup>307</sup> e, nesse sentido, “o carácter preceptivo coincide com a eficácia imediata da norma, sem dependência da realização de qualquer outra condição, ao passo que o carácter programático fica conexo com a ideia de eficácia mediata da norma, sendo certo que a respectiva operacionalidade, já minimamente existente, se assume

---

<sup>305</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>306</sup> Neste preciso sentido, J. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 89.

<sup>307</sup> Cfr. J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 708.

sobretudo ao nível dos fins, e não tanto dos meios”<sup>308</sup>. Sobre este assunto, já nos primeiros anos de vigência da Constituição, MARCELO REBELO DE SOUSA ensinava que “uma classificação (...) corrente de normas constitucionais atende à sua eficácia e diferencia as *normas constitucionais preceptivas* das *normas constitucionais programáticas*”<sup>309</sup> e especificava que “as *normas preceptivas* são consideradas normas de aplicação actual e imediata, vinculando todos os sujeitos de Direito, quer públicos quer privados, neles se incluindo o próprio legislador ordinário”<sup>310</sup>, enquanto “as *normas programáticas* são habitualmente julgadas como de aplicação diferida e mediata, dirigindo-se ao legislador ordinário, na dependência do qual fica o exercício de um poder discricionário que se traduz na emissão de regras tornando exequíveis aquelas normas”<sup>311</sup>, no entanto assumia que “estes traços distintivos não são suficientes para, por si sós, caracterizarem, na sua plenitude as normas programáticas”<sup>312</sup>. Por seu turno, JORGE MIRANDA ensina que *normas constitucionais preceptivas* se distinguem de *normas constitucionais programáticas ou directivas*, “sendo preceptivas as de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de facto (...) e programáticas aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da Ordem Jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam uma concretização incindível dessa realidade”<sup>313</sup>. Se a problemática jurídica das *normas programáticas* foi minuciosa e magistralmente analisada por GOMES CANOTILHO que as identifica nos seguintes termos: “existem preceitos constitucionais que constituem verdadeiras “ordens” de actuação positiva dirigidas sobretudo ao

---

<sup>308</sup> Cfr. J. BACELAR GOUVEIA, *idem*, p. 708/709.

<sup>309</sup> Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, p. 96.

<sup>310</sup> Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *ibidem*.

<sup>311</sup> Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *ibidem*.

<sup>312</sup> Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 97.

<sup>313</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 281/282.

legislador, no sentido de este emitir uma ou várias leis de execução, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (i) à conformação jurídica de situações de facto, (ii) à regula(menta)ção de questões específicas, (iii) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional ou (iv) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental”<sup>314</sup>, o conceito de *norma preceptiva* continua a necessitar de uma reflexão profunda. Com efeito, as definições de *normas preceptivas* de JORGE MIRANDA, MARCELO REBELO DE SOUSA e JORGE BACELAR GOUVEIA paradoxalmente afiguram-se excessivamente normativistas porque atendem exclusivamente ao respectivo regime jurídico, isto é, limitam-se a qualificá-las como *auto-exequíveis*<sup>315</sup>, todavia os autores incorrem imediata e invariavelmente em contradição com o cerne da definição na medida em que admitem, e sem faltar rigorosamente à verdade, a existência de *normas preceptivas não exequíveis por si próprias*<sup>316</sup>. JORGE MIRANDA e MARCELO REBELO DE SOUSA tentam *salvar a honra do convento*, o primeiro com o argumento da (i) eventual inexecutabilidade das normas preceptivas “não depender de condições institucionais ou de facto” mas apenas de condições jurídicas para promover a sua executabilidade<sup>317</sup> e o segundo com argumentos de duas ordens, (ii) as normas preceptivas não exequíveis por si próprias “têm um conteúdo eminentemente jurídico”, enquanto as normas programáticas “contêm directivas de natureza essencialmente política”<sup>318</sup> e (iii) que as primeiras “se dirigem primordialmente aos órgãos legislativos ordinários para que eles emitam *especificamente* as regras que as tornem exequíveis”, enquanto que as segundas “se

---

<sup>314</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 297/298.

<sup>315</sup> Cfr. *supra*.

<sup>316</sup> Assim, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol II, p. 289, M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, p. 97/98, e J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 710.

<sup>317</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *idem*, p. 282.

<sup>318</sup> Ambas as expressões são de M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, p. 98

dirigem a todos os órgãos do poder político para que estes providenciem *genericamente* no sentido da sua exequibilidade<sup>319</sup>.

Os argumentos apresentados merecem-nos algumas reservas porque, quanto a JORGE MIRANDA olvida que a exequibilidade de algumas normas preceptivas como, v. g., aquela que consagra o *direito à liberdade e à segurança*<sup>320</sup>, em especial a este último, depende da existência de um corpo policial que assegure a protecção destes direitos contra terceiros, portanto depende efectivamente de condições institucionais. O mesmo acontecia com o exercício do *direito de objecção de consciência ao serviço militar obrigatório*<sup>321</sup> que revestia a natureza de um “direito fundamental de cunho procedimental ou direito dependente de um procedimento”<sup>322</sup> e nesse contexto necessitava da verificação de condições institucionais, nomeadamente a existência de uma *Comissão Nacional de Objecção de Consciência* que, até à cessação, primeiro constitucional<sup>323</sup> e depois legal<sup>324</sup>, do dever fundamental de cumprimento do serviço militar obrigatório, era o órgão competente para preceder à apreciação dos pedidos de estatuto de objector de consciência<sup>325</sup>. Por seu turno, MARCELO REBELO DE SOUSA força o primeiro dos argumentos que invoca porque o conteúdo das normas programáticas também assume natureza jurídica e não meramente política<sup>326</sup> e, por outro lado, a ideia da *auto-exequibilidade* das normas preceptivas está progressivamente em vias de caducidade porque a experiência vem mostrando que em cada procedimento

---

<sup>319</sup> Cfr. M. REBELO DE SOUSA, *ibidem*.

<sup>320</sup> Cfr. artigo 27.º da *CRP*.

<sup>321</sup> Cfr. artigo 41.º, n.º 6, da *CRP*.

<sup>322</sup> A expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 188.

<sup>323</sup> Cfr. artigo 276.º, n.º 2, da *CRP*, na redacção que lhe foi conferida pela Lei Constitucional n.º 1/1997.

<sup>324</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 174/99, de 21 de Setembro.

<sup>325</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 278 e ss.

<sup>326</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 163 e ss.; em sentido aproximado, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional italiano*, p. 443/444.

de revisão constitucional que ocorre são consagradas mais normas preceptivas não exequíveis por si próprias por decisão do próprio legislador constituinte<sup>327</sup>, ou como acontece como maior frequência são reformuladas as normas preceptivas já consagradas no sentido de colocar a sua exequibilidade na dependência de acto legislativo<sup>328</sup> e, verificadas as circunstâncias, os autores citados *estão a tomar a nuvem por Juno*.

Ao invés da *communis opinio doctorum*, cremos que o critério adequado a aferir do carácter preceptivo ou programático de uma norma constitucional consiste no *grau de realização* do bem ou valor constitucional protegido pela mesma. Se recordarmos que, segundo as palavras de PETER HÄBERLE, “a Constituição é (...), sobretudo, expressão viva de um *statu quo* cultural já alcançado que está em permanente evolução, um meio pelo qual o povo pode encontrar-se a si mesmo através da sua própria cultura; a Constituição é, finalmente, espelho fiel de herança cultural e fundamento de toda a esperança”<sup>329</sup>, podemos afirmar que as *normas preceptivas* exprimem o *acquis civilizacional e cultural* de uma comunidade política<sup>330</sup>, enquanto as *normas programáticas* encerram a esperança na continuidade do desenvolvimento desses mesmos valores. Só nesta perspectiva poderíamos identificar os direitos, liberdades e garantias com a positivação em normas constitucionais preceptivas porque, nesse caso, os mesmos direitos, liberdades e garantias exprimiriam o grau civilizacional

---

<sup>327</sup> Com intuito de provarmos a afirmação sustentada no texto basta comparar os textos das sucessivas leis de revisão constitucional que na versão original compreendia um número exíguo de *normas preceptivas não exequíveis por si próprias*, enquanto na redacção com que a Lei Constitucional n.º 1/2005 configurou a Lei Fundamental podemos encontrar algumas dezenas de exemplos destas normas dispersas pelas respectivas quatro partes.

<sup>328</sup> Cfr. *supra*.

<sup>329</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 145.

<sup>330</sup> Segundo a definição de AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, os *adquiridos constitucionais* são “*soluções que, normalmente, já valeram no passado, mas que também valem no presente e que tenderão a valer no futuro, sendo constante e pacificamente aceites*”, *Para uma teoria dos adquiridos constitucionais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 1050.



e cultural já alcançado na comunidade política<sup>331</sup> e sintetizado no enunciado “a República Portuguesa é um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes”<sup>332</sup>, enquanto as normas programáticas estabeleceriam os objectivos de transformação ou aperfeiçoamento dessa mesma comunidade política, nomeadamente “visando a realização da democracia económica, social e cultural”<sup>333</sup>. Assim, o critério normativista nos termos elaborados por BACELAR GOUVEIA afigura-se-nos perfeitamente redundante porque remete para um conceito que o autor, por força de amarra normativista, não logra atingir.

JORGE REIS NOVAIS vem introduzir na doutrina portuguesa uma inovadora concepção dos direitos fundamentais, que no entanto começa a *fazer Escola*<sup>334</sup>, baseando a sua tese em dois postulados essenciais: (i) o carácter fundamental dos direitos sociais e (ii) a natureza unitária das várias espécies de direitos fundamentais, isto é, por um lado, os direitos sociais revestem a natureza de direitos fundamentais tal como os direitos de liberdade<sup>335</sup> e, por outro lado, não existe diferença em sede de conteúdo normativo entre estas duas espécies de direitos nessa mesma natureza, poderá quando muito existir uma diferença de grau<sup>336</sup>. Se concordamos com o autor quanto à solução que adopta relativamente à primeira questão, já não podemos sufragar o

---

<sup>331</sup> Ainda segundo AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, “os *adquiridos constitucionais* surgem submetidos a uma *vinculação cultural*, referindo-se logo a *valores constitucionais* (...), mas não se confundido com eles, e exprimindo-se em princípios *constitucionais fundamentais* que dão imediata expressão normativa àqueles valores e ainda, possivelmente, em simples *regras constitucionais*, pelo menos quando estas sejam ou nos aspectos em que estas sejam consideradas expressão imediata ou decorrência necessária de tais valores e princípios. E um dos domínios privilegiados da sua afirmação culturalmente vinculada é o dos *direitos e deveres fundamentais*”, *idem*, p. 1060/1061.

<sup>332</sup> Cfr. artigo 2.º, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>333</sup> Cfr. artigo 2.º, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>334</sup> Cfr. os autores citados *supra*.

<sup>335</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, p. 17 e ss.

<sup>336</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 31 e ss.

entendimento da natureza unitária dos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos sociais encerram todas as características de verdadeiros direitos fundamentais: em primeiro lugar, são direitos subjectivos, isto é, conferem ao seu titular a faculdade de exigir uma acção de outrem, em princípio o Estado, neste caso específico uma prestação<sup>337</sup> e, além disso, são reconhecidos ao seu titular como medida adequada a assegurar a respectiva *dignidade humana*<sup>338</sup>. Neste contexto, considerando que existem pessoas no mundo que dispõem de menos que o equivalente a um dólar americano por dia para viver<sup>339</sup>, não podemos deixar de concordar com as palavras do próprio REIS NOVAIS ao afirmar que “os direitos sociais fundam-se, agora<sup>340</sup>, programaticamente, não apenas no ideal de construção de uma sociedade superior, de índole socialista, mas num espectro cada vez mais alargado que vai, nos dias de hoje, desde o programa de realização de uma sociedade mais justa, incluindo os valores próprios da solidariedade cristã ou duma concepção substancialista da dignidade humana, até ao simples pragmatismo de uma racionalidade económica utilitarista, mas também, renovando a

---

<sup>337</sup> Cfr. *supra*, a definição de direito subjectivo adoptada, 2.1.1.

<sup>338</sup> A favor da tese adoptada, RONALD DWORKIN sustenta que “o Governo deve tratar os governados com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento de frustrações e com respeito, ou seja, como seres humanos capazes de chegar a concepções inteligentes sobre como deverão viver a sua vida e de actuar de acordo com elas. O Governo não deve apenas tratar todos com consideração e respeito mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de modo desigual, baseando-se na ideia que alguns cidadãos têm direito a mais porque são dignos de maior consideração” (*Los derechos en serio*, p. 388/389) e GOMES CANOTILHO quando afirma que “o caminho (...) não deve ser o de procurar desesperadamente uma nova teoria de “direitos absolutos puros”, mas sim o de, com base em “pactos fundadores”, “*antropologicamente amigos*”, promover uma política constitucional das liberdades “aberta” e “progressista”, mas sempre intersubjectivamente fraterna” (*Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, in J. J. GOMES CANOTILHO, (org.), *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 68, *itálico nosso*); contra ERNEST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 261 e ss.

<sup>339</sup> Cfr. CARLOS VILLÁN, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, p. 33; o autor baseia-se no relatório do Secretariado Geral das Nações Unidas A/54/959, de 8 de Agosto de 2000, que menciona a existência, à data, de mil e duzentos milhões de pessoas a viver nestas condições.

<sup>340</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS refere-se ao final da conjuntura dos regimes autoritários do século XX (v. g. regime soviético) que reconheciam direitos sociais aos cidadãos um pouco em jeito de compensação da privação da liberdade individual, cfr. *Direitos sociais*, p. 17 e ss.

controvérsia e radicalidade, aos novos e difusos projectos alternativos emancipatórios desenvolvidos em nome das periferias excluídas da sociedade global”<sup>341</sup>.

Ao invés, não se nos afigura sustentável a incorporação dos direitos sociais numa dogmática unitária de direitos fundamentais e cremos até que REIS NOVAIS peca pela incoerência dos argumentos apresentados. Com efeito, o autor que havia começado por denunciar a insuficiência das teorias relacionais para aderir às concepções normativistas, vem agora sustentar que “as preocupações com a efectividade do institucional, com a participação igualitária, com a igualdade fáctica e não meramente jurídico-formal, à luz de uma nova concepção global da dignidade da pessoa humana, que, num processo conhecido, haviam conduzido à *chegada* dos direitos sociais às Constituições, invadiram também as concepções gerais sobre os direitos fundamentais, incluindo uma reconversão profunda do próprio elenco dos direitos de liberdade (...) e modificações sensíveis na forma de conceber os deveres que, das respectivas normas constitucionais de protecção, se impunham ao Estado. Essas mudanças reflectiram-se numa complexificação e diversificação dos tradicionais deveres de respeito e protecção, mas, sobretudo, geraram ainda o surgimento e desenvolvimento de um *novo* dever geral de promoção dos direitos fundamentais consentâneo com a posição interventiva do Estado social de Direito”<sup>342</sup>. Em suma, o autor regressa pontualmente às concepções relacionais sobre a classificação dos direitos, aludindo aos deveres de (i) respeito, (ii) protecção e (iii) promoção que incumbem ao Estado no âmbito da sua relação com o titular activo do direito.

Os argumentos invocados por REIS NOVAIS merecem-nos a seguinte apreciação: quanto ao (i) dever de *respeito* que, segundo o autor “continua a traduzir-se

---

<sup>341</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 22/23; em sentido concordante com a fundamentalidade dos direitos sociais BEATRIZ GONZÁLEZ, *El Estado social*, p 127 e ss.

<sup>342</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 257.

essencialmente num dever de abstenção, de não interferência nas esferas de autonomia, de liberdade e de bem-estar dos particulares garantidas pelos direitos fundamentais; essa continua a ser a sua dimensão principal. Concebem-se, no entanto, seja por interpretação constitucional seja através de consagração expressa, novos direitos fundamentais cuja complexidade ou natureza exigem também alguma actuação positiva, isto é, não considerando ainda os deveres de protecção e promoção onde as obrigações de prestações são correntes<sup>343</sup>. Ora, como o próprio autor reconhece a dimensão principal da conduta exigida ao poder político continua a ser a abstenção com vista a permitir à pessoa o gozo da sua liberdade; nesse sentido mesmo que seja necessária uma *atitude colaborante* do Estado para otimizar o gozo do direito, ela pressupõe necessariamente um comportamento *neutral*<sup>344</sup> e terá lugar sempre a título meramente acessório<sup>345</sup>. Quanto ao (ii) dever de *protecção*, segundo REIS NOVAIS “deixa de estar focado na estrita protecção e segurança da propriedade privada e da liberdade individual, para se alargar a todos os direitos fundamentais”<sup>346</sup> mas, como o próprio autor assume, “na chamada *sociedade de risco*, o dever de protecção dirige-se também contra contingências ou eventualidades naturais, catástrofes, riscos tecnológicos, actividades perigosas ou de consequências desconhecidas ou incertas que, de alguma forma, ameacem o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos”<sup>347</sup>. Ora, neste caso, nem o conteúdo, nem a estrutura do direito resultam alterados por força da dinâmica comunitarista do Estado social de Direito; pelo contrário, o dever estatal de

---

<sup>343</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *idem*, p. 257/258.

<sup>344</sup> Cfr., *v. g.*, o princípio da imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas eleitorais (artigo 113.º, n.º 3, c) da *CRP*) e referendárias (artigo 115.º, n.º 9, também da *CRP*).

<sup>345</sup> Neste preciso sentido, J. COSSIO DÍAZ sustenta que “a vertente prestacional do direito, nestes casos, reveste carácter instrumental, *Estado social y derechos de prestación*, p. 87; sobre a questão da “possibilidade de conceber os direitos fundamentais negativos em termos de prestação”, cfr. ainda DIETER GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 168 e ss.

<sup>346</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, p. 259.

<sup>347</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *ibidem*.

protecção é alargado por motivos exógenos aos direitos fundamentais, isto é, pelo risco que paira sobre as sociedades contemporâneas. Por último, quanto ao (iii) dever de *promoção*, que se reporta à anteriormente mencionada “função de “conformação da sociedade” própria de um Estado social de Direito”<sup>348</sup>, o autor reconhece que “este dever de promoção do acesso é sobretudo considerado no âmbito da garantia dos direitos sociais, dado que, precisamente, a escassez dos bens por ele garantidos e o seu custo inibem o respectivo acesso a grande parte da população”<sup>349</sup>. Em suma, como ensina VIEIRA DE ANDRADE, “há a considerar (...), relativamente a cada direito, a existência de um *conteúdo principal*, que abrange as faculdades ou garantias específicas de cada hipótese normativa, e de um *conteúdo instrumental*, que incluirá outras faculdades ou deveres que, não constituindo o programa normativo do direito em si, decorrem directamente da necessidade da sua efectivação, visando assegurar o seu respeito, a sua protecção ou a sua promoção”<sup>350</sup>, portanto a distinção entre *direito de liberdade* e *direito social* deve ser aferida em sede do *conteúdo essencial* ou *principal* do direito e não do seu *conteúdo instrumental* e a esse nível subsiste a dualidade de espécies de direitos fundamentais.

#### 2.1.3.6. Quantas as *gerações* de direitos fundamentais?

A elaboração dos quadros classificatórios sobre direitos fundamentais depara ainda com o escolho dos autores de um modo geral omitirem a referência à denominada *quarta geração* nas suas propostas sistematizadoras. A maioria dos autores omite pura e simplesmente esta categoria de direitos das suas classificações, outros como LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, apesar de reconhecerem a existência de uma quarta geração de

---

<sup>348</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>349</sup> Cfr. J. REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, p. 262.

<sup>350</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 165.

direitos fundamentais, não conseguem integrar sistematicamente num único quadro todos os direitos que reconhecem à pessoa humana na medida em que se limitam a referir casuisticamente alguns direitos surgidos nas últimas décadas como “meio ambiente, património cultural, etc.”<sup>351</sup> que denominam por “direitos colectivos”<sup>352</sup>. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que foram seguramente os primeiros entre os autores portugueses sensíveis ao despontar de um nova geração de direitos fundamentais, começaram por fazer referência a uma quarta geração de direitos fundamentais enunciando, a título exemplificativo, “o direito ao ambiente e à qualidade de vida”<sup>353</sup> e apontaram a *bússola*, para efeitos de integração dos mesmos no universo das “referências ideológico-constitucionais e histórico-constitucionais”, às “acções dos movimentos ecologistas e conservacionistas”<sup>354</sup>. GOMES CANOTILHO voltou ao tema pela via *topológica* acrescentando ao elenco “o direito ao desenvolvimento e o direito ao património comum da humanidade”, esboçando uma identificação desta quarta geração com a dos “direitos dos povos”<sup>355</sup>. JORGE MIRANDA faz também referência a uma quarta geração de direitos fundamentais que começa por exemplificar como sendo “a dos direitos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias”<sup>356</sup> para concluir com um esboço de critério de identificação como direitos “ligados à sociedade de *informação* e à sociedade de *risco*”<sup>357</sup>.

---

<sup>351</sup> Cfr. LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 35/36 e *supra*, 2.1.3.1.

<sup>352</sup> Cfr. *supra*; manifestamos a nossa discórdia relativamente a esta denominação porque os direitos em apreço não são necessariamente direitos de titularidade colectiva, nem o respectivo objecto protege necessariamente bens colectivos, cfr. *infra*.

<sup>353</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, p. 93.

<sup>354</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *idem*, p. 94.

<sup>355</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 386.

<sup>356</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 30; recordemos que já CARL SCHMITT advertira que a técnica “não era um terreno neutral no sentido do processo de neutralização [do Estado] e toda a política forte gostaria de servir-se dela”, *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, p. 121.

<sup>357</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *ibidem*.

Contra a doutrina que começa inevitavelmente a assumir dimensão dominante pelas evidências de um ordenamento jurídico que se deseja continuar a acompanhar os *sinais dos tempos*, CARLOS BLANCO DE MORAIS nega a autonomia científica do que denomina por “supostos direitos de quarta geração”<sup>358</sup> com o argumento segundo o qual “é *duvidoso que se possa falar, sem mais, em direitos de quarta geração* dado o seu carácter heteróclito, surgindo a expressão mais ligada a uma fase histórica do aparecimento de certas posições activas, do que a uma categoria jurídica *a se*. Para se falar numa geração de direitos importa que os mesmos se evidenciem pela existência de especificidades relevantes de carácter homogéneo que pressuponham a sua inclusão numa categoria dogmática”<sup>359</sup>. Após uma referência às características específicas de cada uma das *três gerações de direitos fundamentais que reconhece*, conclui que “estes pressupostos de homologia material ou de regime jurídico não se encontram, contudo, presentes, nos chamados *novos direitos*, impedindo a sua categorização em direitos de *quarta geração*”<sup>360</sup> e discrimina os vários tipos de *novos direitos*, especificando relativamente a cada um deles as características que, em seu entender, determinam a sua inclusão numa das gerações anteriores<sup>361</sup>. A posição de BLANCO DE MORAIS só pode ser compreendida na medida em que o *modus cogitans* do autor permanece enquadrado historicamente pelos pressupostos filosóficos do “Estado burguês de Direito”<sup>362</sup>, ignorando por completo a “mudança estrutural da esfera pública”<sup>363</sup> ocorrida durante o século XX que alterou as características típicas da sociedade europeia promovendo a sua *metamorfose*, para usarmos uma expressão particularmente

---

<sup>358</sup> Cfr. BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II – Relatório*, p. 173, e *Direito Constitucional II – Sumários*, p. 69.

<sup>359</sup> Cfr. BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II – Relatório*, *ibidem*.

<sup>360</sup> Cfr. BLANCO DE MORAIS, *ibidem*.

<sup>361</sup> Cfr. BLANCO DE MORAIS, *idem*, p. 173/174.

<sup>362</sup> A expressão é de CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, v. g., p. 137.

<sup>363</sup> A expressão corresponde ao título da monografia de JÜRGEN HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública*.

grata ao próprio BLANCO DE MORAIS<sup>364</sup>, em *sociedade técnica*, *sociedade de massas*<sup>365</sup>, *sociedade industrial*<sup>366</sup>, *sociedade pós-industrial*<sup>367</sup> ou, mais recentemente, *sociedade de risco*<sup>368</sup>. Com efeito, só a *amarra* ideológica a um positivismo decisionista impede BLANCO DE MORAIS de verificar que no Estado contemporâneo<sup>369</sup> as *massas* não exigem somente a possibilidade de exercerem as suas liberdades, autonomia e participação, não se satisfazem apenas com as prestações materiais que lhes proporcionam bem-estar individual mas reivindicam ainda uma protecção estadual acrescida e adequada a enfrentar os novos problemas sociais que haverá necessariamente de se consubstanciar em medidas diversas daquelas que eram proporcionadas pelos direitos típicos das anteriores gerações<sup>370</sup>.

A *quaestio ad probandum* neste momento reside no seguinte: a evolução do processo social de aquisição de direitos fundamentais<sup>371</sup> será periodizada com maior rigor em três ou em quatro gerações<sup>372</sup>? Caso se conclua pela bondade da periodização em quatro gerações, quais as características específicas dos direitos fundamentais que incorporam esta última geração? Neste contexto, consideramos como provada a resposta afirmativa à questão prévia pois, para além dos argumentos acabados de mencionar, conforme havíamos referido anteriormente as características dos *novos direitos fundamentais* residem na circunstância de pretenderem assegurar a protecção da pessoa

---

<sup>364</sup> Cfr. v. g., BLANCO DE MORAIS, *As metamorfoses do semipresidencialismo português* in *Revista Jurídica*, Lisboa, Nova série, n.º 22, 1998, p. 141 a 159.

<sup>365</sup> Ambas as expressões são de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*.

<sup>366</sup> A expressão é de ERNST FORSTHOFF, discípulo dilecto de CARL SCHMIDT, *El Estado de la sociedad industrial*.

<sup>367</sup> Cfr. MANUEL GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, v. g., p. 18.

<sup>368</sup> Cfr. ULRICH BECK, *Sociedade de Risco*.

<sup>369</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.

<sup>370</sup> Cfr. *infra*, 2.1.4.

<sup>371</sup> Será momento para recordar a já clássica advertência de JORGE MIRANDA: “o constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a história da aquisição de direitos”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 92.

<sup>372</sup> Cfr. a advertência que fizemos (*supra*, II, 1.2.) sobre o entendimento que sufragamos do termo *geração de direitos fundamentais* que é vai sentido de *acervo* de categorias de direitos e não de *sucessão* dos mesmos no tempo.



humana perante os problemas típicos das sociedades de risco<sup>373</sup>, por regra começaram a ser reivindicados a partir dos anos sessenta e setenta do século XX por organizações não-governamentais<sup>374</sup> e protegem (i) bens jurídicos para os quais a humanidade apenas despertou por essa época, como o desenvolvimento sustentado ou o património comum da humanidade, ou então (ii) bens jurídicos que só começaram a ser ameaçados pela *sociedade industrial*, como o ambiente, o ordenamento do território, a qualidade de vida, a informação, sanitária e técnica, aos consumidores e a fragilidade da posição comercial destes no mercado, ou (iii) pela *sociedade de risco*, como a identidade genética do ser humano ou a violação da reserva da intimidade da vida privada e familiar pela utilização da informática e de outras tecnologias para tratamento de dados pessoais.

Quanto à segunda das questões suscitadas, isto é, a especificidade dos *direitos de quarta geração*, cremos que a construção de LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO que associa as várias espécies de direitos fundamentais, direitos *civis*, direitos *políticos* e direitos *sociais*, às gerações em que despontaram pode constituir uma hipótese de trabalho adequada para análise do problema em apreço. Assim, segundo um critério funcional<sup>375</sup>, a primeira geração seria a dos *direitos civis* que têm como finalidade garantir determinados âmbitos de liberdade de actuação ou de autonomia pessoal, nos quais o Estado não deve interferir<sup>376</sup>, a segunda geração seria a dos *direitos políticos* que têm como objectivo permitir a participação dos cidadãos na gestão democrática dos assuntos que respeitam a toda a comunidade<sup>377</sup>, enquanto a terceira geração seria a dos *direitos sociais* cuja finalidade consiste em assegurar condições materiais de vida dignas às

---

<sup>373</sup> Citamos novamente a expressão de ULRICH BECK, *Sociedade de Risco*.

<sup>374</sup> Neste sentido, JACQUES CHEVALIER, *L'État post-moderne*, p. 42 e ss., e *supra*, II, 1.2.

<sup>375</sup> Cfr. *supra*, 2.1.3.1.

<sup>376</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO menciona os exemplos da liberdade de expressão, do direito à integridade física e da liberdade de associação, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 43.

<sup>377</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO cita a título de exemplo o direito de sufrágio, o direito de acesso aos cargos públicos e o direito de petição, *ibidem*.

pessoas<sup>378</sup>. Se aceitamos a sistematização, ou periodização<sup>379</sup>, elaborada por LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO quanto às três primeiras gerações de direitos fundamentais, não podemos acompanhar o autor no que concerne aos direitos fundamentais de quarta geração<sup>380</sup>. Com efeito, os direitos sociais foram reconhecidos como resposta à procura existencial de bens e serviços pelos grupos sociais que se aproximaram do poder por força do exercício massivo dos direitos políticos que entretanto lhes foram reconhecidos<sup>381</sup> mas, condicionado pela dinâmica dos factos económicos dos finais do século XX, o Estado foi abandonando a sua actividade prestacional e, em virtude da alteração das tarefas que lhe estão confiadas, assistimos à sua progressiva conversão em *Estado activador, infra-estrutural* ou *regulador*<sup>382</sup>. Deste modo, “em consequência do declínio dos monopólios estatais no âmbito dos serviços públicos essenciais e da abertura dessas actividades à concorrência com as entidades privadas”<sup>383</sup>, “o poder político não é o único capaz de prejudicar as pessoas nos assuntos protegidos pelos direitos fundamentais. Existem poderes sociais e outras pessoas capazes de causar malefícios e prejuízos dos quais nos devemos proteger com os direitos fundamentais. A vida, a integridade física, as condições de trabalho, a liberdade de ensino, o direito de reunião e de manifestação, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, não são os direitos pelos quais devamos temer em primeira linha o poder

---

<sup>378</sup> DÍEZ-PICAZO recorda os exemplos do direito à educação e do direito à saúde, *ibidem*.

<sup>379</sup> Cfr. a observação que formulamos anteriormente à sistematização de DÍEZ-PICAZO, *supra*.

<sup>380</sup> Cfr. *supra*, 2.1.3.1.

<sup>381</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2, v. g., alargamento do sufrágio.

<sup>382</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.3.

<sup>383</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, p. 49, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, p. 173 a 187, MARCOS VAQUER, *Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general*, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, p. 103, e RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, p. 20 e ss.

político numa sociedade democrática”<sup>384</sup>. Os direitos fundamentais de quarta geração são assim reconhecidos como meios de defesa necessários contra as novas ameaças trazidas pelas sociedades contemporâneas.

Consequentemente, enquanto os *direitos fundamentais de terceira geração* legitimavam as pessoas a reivindicar prestações materiais do Estado, os novéis *direitos fundamentais de quarta geração* distinguem-se dos anteriores por permitirem às pessoas, expostas às ameaças da sociedade de risco, reclamar do Estado o exercício de uma actividade de regulação, e em certa medida de protecção, na maioria dos casos sobre as entidades privadas, mas também sobre entidades públicas, produtoras e distribuidoras de bens e serviços destinados à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais, ou seja, das *public utilities* na linguagem própria das ciências económicas, que normalmente actuam no mercado em situação de oligopólio. Sob o ponto de vista económico, e conforme já escrevemos noutra local como arrimo em PAUL SAMUELSON e WILLIAM NORDHAUS, “a *regulação económica* consiste numa atitude de relacionamento entre o Estado e a actividade económica baseada na “emanação de regras pelo poder político com vista à modificação ou ao controlo das operações dos agentes económicos” que teve a sua primeira manifestação histórica nos Estados Unidos da América em finais do século XIX”<sup>385</sup>. Sob o ponto de vista jurídico, a tarefa em apreço consubstancia-se na realização de *prestações jurídicas* que podem consistir em medidas legislativas sempre que a matéria em apreço seja, nos termos da respectiva Constituição, da reserva de acto legislativo ou da reserva de competência dos

---

<sup>384</sup> Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 339, que acrescentam: “uma análise das violações desses direitos, através *v. g.*, das estatísticas da comissão de delitos, coloca em destaque a presença dos particulares entre os infractores dos mesmos. A limitação da validade deriva mais de uma construção teórica que de um estudo social do que realmente acontece e do modo como funciona o aparelho do Estado”.

<sup>385</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 42/43, e ainda *supra*, I, 1.6.3.

órgãos legislativos<sup>386</sup> mas, no que extravasa as matérias referidas, a análise dos sistemas jurídico-constitucionais revela que as tarefas de regulação normalmente estão a cargo de *autoridades administrativas independentes* com vista a assegurar o princípio da imparcialidade da administração perante os operadores públicos e simultaneamente os privados<sup>387</sup>. Assim, o conceito de *direitos a prestações normativas* integrante da classificação de ROBERT ALEXYY, que o autor define como a possibilidade de reclamar “a produção de actos públicos de criação de normas jurídicas”<sup>388</sup>, afigura-se redutor da defesa da posição subjectiva dos seus titulares porque as *autoridades administrativas independentes*, além de competentes para a aprovação de regulamentos administrativos<sup>389</sup>, no exercício das suas funções praticam actos administrativos, celebram contratos administrativos ou de direito privado, fiscalizam e controlam os operadores e praticam actos de natureza jurisdicional<sup>390</sup>, portanto a defesa dos direitos das pessoas contra as ameaças da sociedade de risco pode ser realizada quer por *actos jurídicos* com conteúdo normativo, quer por *actos jurídicos* sem conteúdo normativo.

---

<sup>386</sup> Os conceitos mencionados no texto obrigam-nos a esclarecer o entendimento que perfilhamos acerca da diversidade entre *reserva de lei* (ou reserva de acto legislativo) e *reserva de Parlamento* (ou reserva de competência legislativa); com efeito, no Estado liberal, em que a separação de poderes assumia um carácter simultaneamente orgânico-pessoal e orgânico-funcional (cfr. NUNO PIÇARRA, *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 101/102), reserva de lei coincidia com reserva de Parlamento, i. é, “o Parlamento é não só o titular do poder legislativo como a função legislativa lhe compete em exclusivo” (a expressão é de MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, p. 475). Contudo, numa Lei Fundamental como a *CRP*, que acolhe um sistema de *dualismo*, e nalgumas matérias de *pluralismo*, legislativo (cfr. *supra*, Introdução, 1.1.), os conceitos são necessariamente diversos pois *reserva de lei* significa que a matéria deverá ser regulada integralmente por acto legislativo, no sentido fixado no artigo 112.º, n.º 1, da mesma *CRP*, i. é, “a Constituição impõe que tal tarefa caiba à lei, vedando à Administração e à jurisdição qualquer interferência ou, pelo menos, qualquer interferência a título principal” (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 214), enquanto que *reserva de competência legislativa* “pressupõe que da Constituição se retire (...) a exigência do acto parlamentar dispor sobre certas (...) matérias” (M. AFONSO VAZ, *idem*, p. 390).

<sup>387</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 465/466.

<sup>388</sup> ROBERT ALEXYY, *Teoría de los derechos fundamentales* p. 171; cfr. *supra*.

<sup>389</sup> Os regulamentos consubstanciam o único tipo de acto jurídico com conteúdo normativo praticado pelas autoridades administrativas independentes, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, max. p. 481 e ss.

<sup>390</sup> Sobre este assunto, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 393 e ss.

Assim como as duas primeiras gerações de direitos fundamentais nasceram sob o signo da *liberdade*, residindo a diferença específica na natureza da autodeterminação pessoal que pode ser de *autonomia* ou de *participação*<sup>391</sup>, também as terceira e quarta gerações de direitos fundamentais estão subordinadas a um valor constitucional comum: a *solidariedade*. Com efeito, os direitos de quarta geração mantêm um conteúdo de carácter económico, social ou cultural, no entanto, a marca distintiva relativamente à geração anterior reside no modo de satisfação dos mesmos, enquanto na fase pioneira do Estado social *as massas* reivindicavam uma atitude provedora das entidades públicas na produção e distribuição de bens e serviços, no Estado contemporâneo as pessoas apenas exigem do Estado uma atitude de activação ou fomento do mercado e simultaneamente uma acção reguladora de modo a submeter as entidades, públicas ou privadas, produtoras e distribuidoras de bens e serviços adequados a satisfazer as necessidades públicas, a obrigações de *serviço de interesse geral* com objectivo último de não deixar as pessoas, nomeadamente os utentes destes serviços ou os consumidores de grupos económicos, nacionais ou transnacionais, isoladas ou desprotegidas, isto é, submetidas às puras regras de mercado na aquisição dos bens e serviços necessários a assegurar a sua dignidade enquanto seres humanos<sup>392</sup>.

#### **2.1.4. Uma proposta de classificação dos direitos fundamentais**

Analisadas as várias ordens de concepções doutrinárias em sede de classificação dos direitos fundamentais, cremos que uma classificação dos mesmos em termos coerentes deve começar por atender aos elementos que integram o conceito de *direito fundamental*. Anteriormente definimos a figura em apreço como “direitos da pessoa

---

<sup>391</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.

<sup>392</sup> Cfr. *infra*, 2.1.4.

humana adequados a assegurar a sua dignidade no âmbito de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>393</sup> e nesse sentido o direito fundamental é, em primeiro lugar, um (i) *direito subjectivo*<sup>394</sup>. Assente nesta premissa, importa recortar a espécie *direito fundamental* dentro do género *direito subjectivo* e, assim sendo, estamos em condições de afirmar que no universo dos direitos subjectivos, a diferença específica dos direitos fundamentais reside na sua função de (ii) assegurar a *dignidade humana*, não em ambiente individual ou isolado mas *no âmbito de uma sociedade livre, justa e solidária* cuja construção a *Constituição da República Portuguesa* estabelece como fim ou objectivo primário do Estado Português<sup>395</sup>. Neste contexto, o conceito de *direito fundamental* deve começar por atender à respectiva natureza de *direito subjectivo*, especificamente aos (i) *poderes ou faculdades que o mesmo confere ao seu titular*<sup>396</sup> e além disso carece de atender ao (ii) *valor ou bem jurídico que o mesmo direito fundamental protege* e que, segundo a *Constituição da República Portuguesa* são os valores da *liberdade*, da *justiça* e da *solidariedade*<sup>397</sup>. Deste modo, no que concerne aos (i) poderes ou faculdades que conferem ao respectivo titular, os direitos fundamentais podem ser classificados em (α) *direitos a abstenções* e (β) *direitos a prestações*, por seu turno, quanto aos (ii) valores que protegem os mesmos direitos fundamentais podem distinguir-se em (α) *direitos de liberdade* e (β) *direitos de solidariedade*.

---

<sup>393</sup> Cfr. *supra*, 2.1.1.

<sup>394</sup> Neste preciso sentido, LUIS AGUIAR DE LUQUE, *Dogmatica y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, p. 20, e *supra*, 2.1.1.

<sup>395</sup> Cfr. artigo 1.º da *CRP*.

<sup>396</sup> Sobre esta questão, cfr. LUIS AGUIAR DE LUQUE, *Dogmatica y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, p. 20; no sentido defendido no texto, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 126/127.

<sup>397</sup> ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, em sentido aproximado, sustenta que “todos e cada um dos direitos fundamentais são racionalmente formuláveis como desenvolvimentos do conjunto incindível (...) da trilogia democrática [liberdade, igualdade e fraternidade], isto é, expressões suas mas com conteúdo mais denso e visível ou mais próximo das necessidades de ordenação da convivência social”, *Democracia e Utopia*, p. 27/28, pela nossa parte sufragamos o fundamento axiológico dos direitos fundamentais na trilogia *liberdade, justiça e solidariedade* porque se figura mais conforme ao Direito Constitucional português vigente (artigo 1.º da *CRP*).

Assim, no que concerne aos (i) poderes que a Constituição reconhece ao titular do direito, recordando o conceito de *direito subjectivo* anteriormente adoptado “como a faculdade ou o poder atribuído pela Ordem Jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer)”<sup>398</sup>, verificamos que a *Constituição da República Portuguesa* reconhece uma primeira espécie de ( $\alpha$ ) direitos em que o seu sujeito activo tem a faculdade de exigir do Estado, das demais entidades públicas e das entidades privadas que exercem uma posição de domínio sobre o titular do direito<sup>399</sup>, um comportamento que não impeça o exercício da sua autodeterminação pessoal. O comportamento exigido a título principal ao sujeito passivo do direito consiste numa abstenção, ou num comportamento negativo, que pode consistir numa abstenção pura e simples ou numa abstenção a título principal mas acompanhada de uma acção, ou comportamento positivo, a título acessório que optimize o exercício do direito<sup>400</sup>. Com efeito, se uma pessoa deseja exercer a sua liberdade de expressão, que compreende os poderes “de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio”<sup>401</sup> tem a faculdade de exigir do Estado que se abstenha de “impedir ou limitar o exercício deste direito por qualquer tipo ou forma de censura”<sup>402</sup>. O mesmo sucede no caso de uma pessoa pretender realizar uma actividade que tenha um valor intrínseco intelectual, artístico ou científico<sup>403</sup>, neste caso o sujeito activo do direito tem a faculdade de exigir do Estado que se abstenha de impedir, por qualquer modo, nomeadamente por via censural, a

---

<sup>398</sup> Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, p. 3; cfr. *supra*, 2.1.1.

<sup>399</sup> Cfr. artigo 18, n.º, 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>400</sup> Sobre esta questão, cfr., SÉRVULO CORREIA, *Direitos fundamentais*, p. 15/16.

<sup>401</sup> Cfr. artigo 37, n.º 1, da *CRP*.

<sup>402</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>403</sup> Cfr. artigo 42, n.º 1, da *CRP*.

criação, a produção ou a divulgação da obra<sup>404</sup>, assim como de reivindicar as faculdades de natureza pessoal e de perceber as vantagens de carácter patrimonial que lhe são reconhecidos no âmbito do direito de autor<sup>405</sup>. Não obstante, existem outros casos em que o sujeito activo do direito espera legitimamente um comportamento abstencionista do respectivo sujeito passivo que não impeça o exercício da sua autodeterminação pessoal mas nos quais poderá ser necessária, a título acessório ou instrumental, uma *acção colaborante, embora neutral*, do Estado que permita o exercício da liberdade em questão. O tipo de relação jurídica em causa é passível de se consubstanciar no contexto das liberdades pessoais na medida em que a polícia tem por função “garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”<sup>406</sup> e nesse caso qualquer pessoa pode solicitar auxílio, portanto uma actuação, policial para conseguir disfrutar em pleno a sua liberdade individual, ao arrepio da arcaica concepção do *Estado de polícia* como inimigo primário das liberdades individuais, sendo até que *apenas* é legítimo a qualquer pessoa, no âmbito do direito de resistência, “repelir pela força qualquer agressão [de terceiro], quando não seja possível recorrer à autoridade policial”<sup>407</sup>. O fenómeno da necessidade de uma atitude de *neutralidade colaborante* do Estado para o exercício dos direitos é, no entanto, paradigmático das liberdades de participação política em que é sempre necessário um comportamento positivo dos órgãos e serviços do Estado que tornem exequível o exercício do direito mas em que as autoridades públicas na prática da acção que lhes é exigida a título acessório não podem impedir, nem sequer limitar, a autodeterminação das pessoas no exercício das liberdades que a Constituição lhes reconhece, daí que qualifiquemos esta atitude de *neutralidade colaborante*. O exemplo

---

<sup>404</sup> Cfr. artigo 42, n.ºs 1 e 2, da *CRP*.

<sup>405</sup> Cfr. artigo 42, n.º 2, 2.ª parte, da *CRP*, e artigos 9.º e 11.º do *Código dos direitos de autor e dos direitos conexos*.

<sup>406</sup> Cfr. artigo 272.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>407</sup> Cfr. artigo 21.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.



mais claro que podemos invocar reporta-se ao exercício do direito de sufrágio que exige a organização e o funcionamento de uma *Administração eleitoral* com carácter permanente cuja função consiste em assegurar o correcto funcionamento do processo eleitoral que tem início com a marcação do acto eleitoral<sup>408</sup> e culmina com a publicação dos respectivos resultados no *Diário da República*<sup>409</sup>. Neste caso, a actividade do Estado destina-se apenas a permitir que os cidadãos melhor exerçam o direito de sufrágio que não deixa, nem poderá deixar de ser, pessoal porque é um direito fundamental como tal expressamente consagrado<sup>410</sup> e porque correlativamente a *Administração eleitoral* está vinculada, na sua actividade, ao princípio da imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas<sup>411</sup>. Em suma, nestes casos o comportamento que o titular do direito exige a *título principal* ao respectivo sujeito passivo assume sempre carácter abstencionista por forma a permitir-lhe o exercício das suas liberdades pessoais ou de participação política, v. g., de se deslocar livremente pelo território nacional<sup>412</sup> ou de decidir com absoluta liberdade o sentido do seu voto em eleição ou referendo<sup>413</sup>, mesmo que para isso o sujeito passivo esteja por vezes obrigado, a *título acessório*, a colaborar com o sujeito activo mas com objectivo de otimizar o exercício do direito e não de o limitar ou impedir, isto é, num paradoxo meramente aparente, mas apenas aparente, é a *acção* do Estado no que concerne ao conteúdo acessório do direito que garante a *abstenção* do mesmo Estado relativamente ao conteúdo principal do mesmo direito. Ao jeito de conclusão, podemos afirmar que,

---

<sup>408</sup> Cfr. v. g. a competência do Presidente da República para “marcação, de harmonia com a lei eleitoral, do dia das eleições do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República, dos Deputados ao Parlamento Europeu e dos deputados às assembleias legislativas das regiões autónomas; artigo 133.º, b), da *CRP*.

<sup>409</sup> Cfr. artigo 119.º, n.º 1, i), da *CRP*.

<sup>410</sup> Cfr. artigo 49.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>411</sup> Cfr. artigo 113.º, n.º 3, c), da *CRP*.

<sup>412</sup> Cfr. artigo 44.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>413</sup> Cfr. ainda artigo 49.º, n.º 2, da *CRP*.

ao arrepio de qualquer das classificações elaboradas por GEORG JELLINEK<sup>414</sup>, o conteúdo do direito consiste, a título principal, numa liberdade negativa relativamente ao Estado e simultaneamente, a título acessório, é composto por serviços positivos prestados por este. A acção do Estado, neste contexto específico, assume a natureza jurídica de uma *garantia institucional*<sup>415</sup> porque é constitutiva das condições objectivas para o exercício de um direito fundamental pelo seu titular no contexto de um Estado de Direito democrático<sup>416</sup>.

Ainda considerando o critério dos poderes que a Constituição reconhece ao titular do direito, verificamos que a *Lei Fundamental* reconhece uma outra espécie de (β) direitos em que o seu sujeito activo tem a faculdade de exigir do Estado, e eventualmente de outras entidades públicas, um comportamento ou actividade no sentido de realizar prestações em seu benefício. A prestação, num determinado enquadramento, o contexto do Estado social de Direito na sua versão genuína, em princípio assume carácter material e neste caso destina-se a melhorar as condições materiais de vida do seu beneficiário no âmbito da realização da democracia económica, social e cultural que constitui uma incumbência do Estado Português constitucionalmente consagrada<sup>417</sup>. A *Constituição da República Portuguesa* qualifica as prestações em apreço como o correlato dos direitos económicos, sociais e culturais

---

<sup>414</sup> Cfr. *supra*, 2.1.3.1.

<sup>415</sup> Neste sentido, LUIS AGUIAR DE LUQUE, *Dogmatica y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, p. 23; sobre o conceito de garantia institucional, VIEIRA DE ANDRADE afirma consistir num “conjunto jurídico-normativo [que] regula um determinado sector da realidade económica, social ou administrativa em torno de um “direito” fundamental e em vista da sua realização”, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 134 e ss., cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 397/398 e 1170/1171, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 88 e ss., e MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 105 e ss.

<sup>416</sup> Cfr. artigo 2.º da *CRP* e, no plano doutrinário, embora com referência ao ordenamento jurídico-positivo espanhol, LUIS AGUIAR DE LUQUE, *ibidem*.

<sup>417</sup> Cfr. artigo 2.º, *in fine*, da *CRP*.

porque o seu conteúdo respeita sempre a um destes sub-sistemas sociais e traduz-se em termos concretos no fornecimento de um bem ou de um serviço ao sujeito activo do direito adequado à satisfação do mesmo, ou na compensação pecuniária pelo respectivo custo. Ainda no contexto da versão originária do Estado social, a prestação destinada à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais poderia, de igual modo, revestir carácter jurídico como são os casos, *v. g.*, de aprovação de legislação sobre o horário, as condições de higiene e de segurança no trabalho, o descanso semanal e o direito a férias. Se consideramos o Estado na sua versão contemporânea de *Estado activador, regulador* ou *infra-estrutural*<sup>418</sup>, verificamos que o mesmo não deixa de revestir a natureza de Estado social porque não abandonou a sua incumbência de “conformação da sociedade”<sup>419</sup>, apenas procedeu à “redefinição das suas funções”<sup>420</sup> adequadas à prossecução do escopo em apreço. Assim, o Estado social passou a exercer as suas tarefas em moldes diversos da actividade *welfariana* de providência de bens e serviços, e além de continuar a exercer a sua função (i) *garantística* da coesão social e da segurança pessoal<sup>421</sup>, passou a acumular as tarefas de (ii) *supervisão* das actividades económicas, sociais e culturais, mediante a regulação das mesmas e o delineamento de estratégias<sup>422</sup> e uma renovada forma de (iii) *protecção* que passa sobretudo pela redefinição da lógica da solidariedade<sup>423</sup>. Neste novo contexto, as prestações estaduais adequadas à satisfação de alguns dos direitos de terceira geração, agora já não são necessariamente asseguradas pelos serviços públicos em regime de monopólio mas, em

---

<sup>418</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.

<sup>419</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.5.

<sup>420</sup> A expressão é de JACQUES CHEVALIER, *L'État post-modern*, p. 50.

<sup>421</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *idem*, p. 52 e ss., e *supra*, I, 1.6.3.

<sup>422</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *idem*, p. 59 e ss., e *supra*, I, 1.6.3.

<sup>423</sup> Cfr. JACQUES CHEVALIER, *idem*, p. 68 e ss., e *supra*, I, 1.6.3.

princípio, pelos serviços de interesse geral em regime de mercado<sup>424</sup>. Considerando o novo *modus essendi* do Estado perante as tarefas de “conformação da sociedade”, os *direitos de quarta geração* encerram um conteúdo predominantemente jurídico que se afigura mais adequado à realização das tarefas próprias do renovado Estado social<sup>425</sup>.

Quanto à segunda parte do tronco central da classificação, como referimos ao iniciar a construção do presente quadro classificatório, se considerarmos os (ii) valores constitucionalmente consagrados que os direitos fundamentais protegem, estes podem distinguir-se em (α) *direitos de liberdade* e (β) *direitos de solidariedade*. Com efeito, não concebemos uma classificação de direitos fundamentais que não considere um critério aferido pelos valores constitucionalmente protegidos pela simples razão de que “toda a Constituição se inspira numa ideologia”<sup>426</sup> e se um direito subjectivo para lograr qualificação como *fundamental* carece sempre de reconhecimento constitucional, seja por consagração expressa no texto da Lei Fundamental, seja pelo acolhimento através da generosa e oportuna *cláusula aberta*<sup>427</sup>, então os direitos fundamentais reflectem necessariamente a ideologia suprajacente à Constituição que os incorpora.

Os “princípios fundamentais” que definem a “ideologia constitucional”<sup>428</sup> ou a “identidade axiológica”<sup>429</sup> da *Constituição da República Portuguesa*, consubstanciam a

---

<sup>424</sup> Cfr. *supra*, 1.6.3.

<sup>425</sup> Como afirma ERNST FORSTHOFF, “as relações exteriores, a protecção da ordem jurídica, as funções de administração interna anteriormente qualificadas como de polícia e a administração da educação continuam a ser tão indispensáveis para a “esfera pública” como no passado. Como mais tarde (...) conhecemos a importância de uma Administração burocrática actuando normativamente vinculada à legalidade e como complemento necessário da economia e da sociedade. A sociedade industrial seria incapaz de sobreviver sem uma transformação social assim realizada. A necessidade de regulações legal-normativas pela sociedade é enorme e a sua contínua satisfação a cruz permanente do moderno procedimento legislativo”, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 76.

<sup>426</sup> A expressão é de PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 50; no mesmo sentido, PAULO OTERO afirma que “todas as Constituições pressupõem e traduzem uma determinada ordem de valores: não existem Constituições axiologicamente neutras”, *Direito Constitucional Português*, vol. I, *Identidade Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 21.

<sup>427</sup> Sobre estes dois assuntos, cfr. *supra*, 2.1.1.

<sup>428</sup> A expressão é de FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 184.

<sup>429</sup> Citamos agora a expressão de PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 21.

“ante-parte” do texto constitucional<sup>430</sup> e começam por definir o Estado Português como “uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>431</sup>. Ainda na mesma linha ideológica, o Estado Português é caracterizado como “um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”<sup>432</sup>. Atendendo ao disposto nos enunciados constitucionais em apreço, PAULO OTERO define a “identidade axiológica” da *Constituição da República Portuguesa* como (i) um *Estado de direitos humanos* (ideia de Direito) e simultaneamente como (ii) um *Estado de Direito democrático* (critério teleológico do projecto político)<sup>433</sup>.

Ora, não podemos deixar de considerar como pleonástica a conclusão apurada por PAULO OTERO na medida em que uma das dimensões materiais do princípio do Estado de Direito democrático é precisamente o reconhecimento e a garantia da

---

<sup>430</sup> A expressão é utilizada por JORGE MIRANDA para identificar os artigos 1.º a 11.º da *CRP*, uma vez que não se reportam a nenhuma das quatro partes em que o legislador constituinte sistematizou a *CRP*, antes contêm princípios comuns referentes a todas elas no seu conjunto (daí as expressões adoptadas pelos autores citados nas notas anteriores), *A Constituição de 1976*, p. 260.

<sup>431</sup> Cfr. artigo 1.º da *CRP*; sem que queiramos colocar em causa o regime político republicano constitucionalmente consagrado, cremos, no entanto, ser o momento adequado a manifestar a nossa discordância pela referência ao mesmo em sede de *definição e caracterização* do Estado Português em coerência com a posição que assumimos anteriormente segundo a qual uma figura jurídica nunca deve ser definida pelo seu regime jurídico (cfr. *supra*), nem sequer por elementos com ele conexos, também uma comunidade política soberana não deve ser definida pelo regime político que nela vigora num determinado momento histórico.

<sup>432</sup> Cfr. artigo 2.º da *CRP*.

<sup>433</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 23; o autor acrescenta ainda, com fundamento noutros preceitos constantes desta *ante parte* da *CRP*, as características de *Estado de soberania internacionalizada e europeizada* e de *Estado unitário descentralizado* que não abordamos no texto por não apresentarem conexão imediata com o objecto da presente investigação.

efectivação dos direitos da pessoa humana<sup>434</sup>. Contudo, apesar da nossa demarcação relativamente a esta terminologia inicial, reputamos como útil o contributo de PAULO OTERO na medida em que o autor que elenca várias considerações adequadas para que o intérprete possa alicerçar e classificar os direitos fundamentais, ou direitos humanos na terminologia que adopta<sup>435</sup>, por referência aos valores constitucionalmente protegidos. Com efeito, “o imperativo constitucional de edificação de um Estado humano, identificado no artigo 1.º da *Constituição* com o empenho na “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, envolve a definição de tarefas ou incumbências fundamentais do poder político no sentido de promover uma melhor dignificação de cada ser humano: os valores da liberdade, da justiça e da solidariedade tornaram-se “pedras angulares” do sistema constitucional de um Estado de direitos humanos”<sup>436</sup>. A dignificação da pessoa humana no âmbito do processo de construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*, pressupõe o reconhecimento de direitos fundamentais axiologicamente decorrentes da *ideologia constitucionalmente acolhida* pois só deste modo a sociedade política é colocada ao serviço da pessoa humana, “fazendo de cada ser humano a razão justificativa do Estado e do Direito e justificando o propósito de construção de uma sociedade mais humana e mais solidária”<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> A solução avançada no texto resulta desde logo do disposto no artigo 16.º do *Livro dos Génesis* do Direito Constitucional, i. é, da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen* que estabelece que no caso de não estarem assegurados os direitos não existe Constituição; sobre os momentos materiais do Estado de Direito, cfr. *supra*, II, 1.2.

<sup>435</sup> Sobre a questão terminológica, PAULO OTERO opina que o “Estado de direitos humanos é (...) um modelo mais exigente do Estado de direitos fundamentais, apelando a uma dimensão material do conceito de direitos fundamentais, pode dizer-se que exclui o acessório e se concentra no essencial, i. é, nos direitos fundamentais ligados à natureza humana”, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 33.

<sup>436</sup> Cfr. PAULO OTERO, *idem*, p. 31.

<sup>437</sup> Cfr. PAULO OTERO, *ibidem*; pelos motivos indicados no texto consideramos redundante a distinção que o autor realiza entre direitos humanos e direitos fundamentais na medida em que definimos anteriormente os *direitos fundamentais*, numa perspectiva meramente formal, como “direitos da pessoa humana reconhecidos pela Lei Fundamental”, enquanto do ponto de vista material identificámo-los com os “direitos da pessoa humana adequados a assegurar a sua dignidade no âmbito de uma sociedade livre, justa e solidária” (cfr. 2.1.1.), portanto os conceitos são por princípio coincidentes, podendo no entanto os direitos fundamentais ser objecto de interpretação extensiva também quanto aos sujeitos e, em

Assim, quanto aos valores consagrados no artigo 1.º da *Constituição da República Portuguesa*, o valor *justiça* é, ele próprio, sinónimo de *Direito*<sup>438</sup>, pelo que não é susceptível de ser desmantelado por quadros classificatórios de *direitos fundamentais*. Quanto ao (α) valor *liberdade*, mantém actualidade a clássica admoestação de JOHN LOCKE segundo a qual a liberdade de um homem “consiste em fazer tudo o que ele considere conveniente para garantir a sua própria preservação, bem como a dos outros, dentro dos limites autorizados pela lei natural”<sup>439</sup>. A presente investigação está orientada sob o signo da liberdade, até ao momento a *liberdade* como valor legitimante de uma esfera de autodeterminação pessoal e participativa, ou se preferirmos de *liberdade-autonomia* e simultaneamente de *liberdade-participação*<sup>440</sup>, foi abordada desde as origens do constitucionalismo até ao Estado contemporâneo e foi certamente o termo mais vezes referido no texto. ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, magistralmente, define *liberdade* como “a autonomia da *razão pessoal* existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência da sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade”<sup>441</sup>. Deste modo, resta-nos apenas acrescentar, em jeito de síntese orientada para o Direito Constitucional português vigente, que “a afirmação de um princípio de liberdade envolve, por consequência, o reconhecimento de um direito à diferença de cada pessoa humana na sua maneira de ser, pensar e agir, enquanto realidade única, irrepetível e infungível: o livre desenvolvimento da personalidade determina o respeito pela autonomia de cada ser humano na formação da sua individualidade, na exploração das potencialidades das suas

---

consequência, reconhecidos às pessoas colectivas, se a natureza da pessoa colectiva o justificar (artigo 12.º, n.º 2, da *CRP*), nomeadamente por analogia com as necessidades de protecção da pessoa humana.

<sup>438</sup> Neste sentido, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Direito*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 290/291.

<sup>439</sup> Cfr. JOHN LOCKE, *Dois tratados de direito civil*, p. 317; cfr., em sede de Direito positivo, artigo 4.º da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*.

<sup>440</sup> Cfr. o conceito *dual* de liberdade magistralmente descrito por BENJAMIN CONSTANT, *supra* II, 1.2.

<sup>441</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, p. 18.

forças e talentos, na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo de vida”<sup>442</sup>.

Quanto ( $\beta$ ) ao valor *solidariedade*, remonta a LEÓN DUGUIT a verificação da existência de um natural e inevitável laço de solidariedade entre os membros de uma comunidade política; recordando as palavras do autor *bordalense*: “os homens de um mesmo grupo social são solidários uns com os outros porque (i) têm necessidades comuns cuja satisfação não pode ser assegurada senão por uma vida em comum e porque (ii) têm necessidades diferentes e aptidões diferentes, vendo-se obrigados a assegurar a satisfação das suas diversas necessidades pela troca de serviços recíprocos, devidos ao desenvolvimento e ao emprego das suas diversas aptidões. A primeira espécie de solidariedade é a solidariedade por *similitude*, enquanto a segunda é a solidariedade *por divisão do trabalho*”<sup>443</sup>. Deste modo, a *Escola do objectivismo sociológico* encontra na *solidariedade* ou *interdependência social* o fundamento de toda a Ordem Jurídica<sup>444</sup>. A liberdade, por seu turno, apesar de constituir um direito “não era entendida como uma prerrogativa inerente ao homem pelo facto de ser homem”<sup>445</sup>; algo paradoxalmente, a liberdade, segundo LEÓN DUGUIT, “é um direito, porque o homem tem o dever de proporcionar à sua actividade individual o maior desenvolvimento possível, uma vez que a sua actividade constitui factor essencial da solidariedade por divisão do trabalho. Tem, por conseguinte, o direito de desenvolver livremente a sua actividade mas ao mesmo tempo não disfruta desse direito a não ser na medida em que consagre a sua própria actividade à realização da solidariedade social”<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 42.

<sup>443</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 8.

<sup>444</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *idem*, p. 9 e ss.

<sup>445</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *idem*, p. 11.

<sup>446</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *ibidem*.



Sem incorrer no paradoxo de LEÓN DUGUIT, de conferir prevalência à *solidariedade* sobre a própria *liberdade*, ALESSANDRO PIZZORUSSO adota uma orientação parcialmente coincidente em que qualifica a *solidariedade* como um valor complementar da *liberdade* sustentando que “aos princípios constitucionais dos quais deriva o reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão, tanto como indivíduo como em razão da sua pertença a grupos e instituições diversas, deve acrescentar-se o “princípio da solidariedade” consagrado no artigo 2.º, 2.ª parte [da *Costituzione Italiana de 1947*] – e especificado noutras disposições constitucionais – em virtude do qual “a República requer o cumprimento dos inderrogáveis deveres de solidariedade política, económica e social”<sup>447</sup>.

GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASIS e MARIA DEL CARMEN BARRANCO apontam igualmente como diferença específica do valor da solidariedade em relação aos demais valores que suportam axiologicamente direitos fundamentais a concretização destes últimos “por intermédio de deveres políticos que incumbem directamente aos poderes públicos ou que estes atribuem a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas”<sup>448</sup>. Contudo, não se limitam a identificar o valor da solidariedade pela via dos deveres correlativos, logrando construir uma definição material deste valor por via positiva como “o reconhecimento da realidade do outro e a consideração dos seus problemas como não alheios mas, ao invés, susceptíveis de resolução pela intervenção dos poderes públicos e da Sociedade”<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 202.

<sup>448</sup> Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.ª DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 179.

<sup>449</sup> Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.ª DEL CARMEN BARRANCO, *idem*, p. 178.

ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, por seu turno, com um discurso de carácter menos oneroso para o cidadão, sustenta que a “fraternidade<sup>450</sup> – o princípio sistematicamente ignorado pelo individualismo – afirma o sentido essencialmente *dialógico* e *convivente* do ser humano e prescreve a solidariedade de todas as pessoas no gozo das vantagens e na partilha dos riscos produzidos pela vida em comunidade”<sup>451</sup>. Sem embargo do reconhecimento da existência de deveres fundamentais do cidadão para com a comunidade política<sup>452</sup>, pois só a cooperação humana permite a manutenção da paz social, importa verificar *se e em que medida* a *Constituição da República Portuguesa* reconhece direitos fundamentais com suporte axiológico na solidariedade.

Ainda neste sentido, PAULO OTERO sustenta que “a solidariedade é (...) uma manifestação da cultura da vida própria de um Estado de direitos humanos, determinando sempre uma exigência de justiça social que dignifique a pessoa humana: sem solidariedade a vida humana é menos digna e sem dignidade a solidariedade é desumana”<sup>453</sup>. Neste contexto, a solidariedade pode constituir pressuposto da própria liberdade na medida em que “as liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais carecem de utilidade para aqueles a quem faltam os pressupostos materiais do seu exercício”<sup>454</sup> e nesse sentido será necessária uma intervenção do Estado ou da Sociedade Civil por forma a criar as condições necessárias ao exercício das liberdades que pode ser realizada mediante o provimento de prestações materiais ou normativas<sup>455</sup>. O valor da solidariedade manifesta-se no reconhecimento de posições activas da pessoa

---

<sup>450</sup> Sobre o conteúdo específico dos conceitos de *fraternidade*, *caridade* e *solidariedade* e as relações que a doutrina estabelece entre os mesmos, cfr *supra*, I, 1.4.

<sup>451</sup> Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, p. 18.

<sup>452</sup> Aliás, o Título III, da Parte I, da *CRP* tem por epígrafe exactamente o enunciado “direitos e *deveres* económicos, sociais e culturais”, itálico nosso.

<sup>453</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 43.

<sup>454</sup> A expressão é de DIETER GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 161, cfr. ainda *infra*, 2.3.

<sup>455</sup> Cfr. *supra*, 2.1.3.6.

humana perante o Estado e a Sociedade Civil como, v. g., no (i) direito de todas as pessoas, “ao ensino”<sup>456</sup>, secundado pela “garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”<sup>457</sup> e ainda pela incumbência programática do Estado “assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito”<sup>458</sup>, ou nos direitos de todas as pessoas “à fruição e à criação cultural”<sup>459</sup>, no (ii) direito de certos grupos sociais, como as pessoas em situação de especial carência, “à segurança social”<sup>460</sup> ou, até no (iii) direito das gerações futuras, “ao ambiente”<sup>461</sup>.

Alguma doutrina enquadra axiologicamente os direitos que impõem a realização de uma acção ou prestação do Estado no valor da igualdade, como é o caso anteriormente mencionado de COSSIO DÍAZ<sup>462</sup>. A apreciação da tese em apreço foi realizada em sede própria e mereceu-nos crítica no sentido da igualdade consistir numa *medida de tratamento* que o poder político deve observar nas relações que estabelece com os cidadãos e não como um objectivo ou meta a prosseguir pelo Estado social<sup>463</sup>. A posição agora sustentada não ignora em absoluto que a *Constituição da República Portuguesa* estabelece como *tarefa fundamental do Estado*, entre outras, a de

---

<sup>456</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*, e ainda *infra*, 2.3.

<sup>457</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>458</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, a), da *CRP*.

<sup>459</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*; sobre esta questão, MARCOS VAQUER sustenta que “a conexão lógica entre o valor da dignidade humana e os serviços públicos referentes à pessoa realiza-se através do princípio da solidariedade social”, *Los servicios atinentes a la persona en el Estado social*, in *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º11, 2000, p. 39.

<sup>460</sup> Cfr. artigo 63.º da *CRP*, em cujos termos (epígrafe, que constitui elemento histórico de interpretação autêntica do preceito, e n.º 5) o legislador constituinte associa expressamente o valor da solidariedade ao direito à segurança social e, no plano doutrinário, JOÃO LOUREIRO que qualifica a solidariedade como “uma das traves do Estado Constitucional” e ainda como “programa e princípio constitucional” (neste último aspecto por inspiração em UWE VOLKMANN, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998), *Adeus ao Estado social?*, p. 195 e ss., max. 196, JACQUES CHEVALIER, *L’État post-moderne*, p. 68/69, e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, p. 132.

<sup>461</sup> Cfr. artigo 66.º da *CRP* e, no plano doutrinário, PAULO OTERO que manifesta a sua preocupação com a continuidade da espécie humana quando adverte que “ao nível da garantia de um ambiente de vida humano, o princípio da solidariedade exige a salvaguarda de um aproveitamento racional dos recursos naturais, respeitando-se a situação da gerações vindouras (artigo 66.º, n.º 2, d))”, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 44.

<sup>462</sup> Cfr. J. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 88 e ss.

<sup>463</sup> Cfr. *supra*.

“promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a *igualdade real* entre os portugueses”<sup>464</sup>. Contudo, entendemos por bem sufragar a tese de PAULO OTERO, segundo a qual “é no valor da solidariedade que se alicerça a cláusula constitucional de bem-estar”<sup>465</sup>, enquanto garantia de uma existência condigna inerente à própria dignidade humana”<sup>466</sup>, pelos seguintes motivos. À partida, (i) apesar das tarefas do Estado consagradas no artigo 9.º, e em certa medida também no artigo 81.º<sup>467</sup>, da *Constituição da República Portuguesa* constituírem *fins* do Estado Português<sup>468</sup>, os mesmos terão que ser prosseguidos com observância estrita da “ideologia constitucional”<sup>469</sup> ou “identidade axiológica”<sup>470</sup> consagradas nos artigos iniciais do texto constitucional e portanto o desiderato de “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, consagrado no artigo 1.º da Lei Fundamental consubstancia ele próprio o *leitmotiv* das tarefas do Estado discriminadas nos artigos 9.º e 81.º do mesmo texto constitucional. Ainda neste contexto, (ii) apesar do preâmbulo constitucional<sup>471</sup> se manter conforme a sua versão originária e, em consequência, ainda carregar a marca ideológica específica da conjuntura política ao momento da aprovação do texto constitucional subsequente, do mesmo consta que o propósito “de abrir caminho para uma sociedade socialista”<sup>472</sup>, isto é, o tipo de sociedade onde a promoção da igualdade real entre os cidadãos é aceite

---

<sup>464</sup> Cfr. artigo 9.º, d), 1.ª parte, da *CRP*, itálico nosso.

<sup>465</sup> Cfr. artigos 9.º, d), e 81.º, a), da *CRP*.

<sup>466</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 44.

<sup>467</sup> Cfr. artigo 81.º da *CRP*, epigrafado de *incumbências prioritárias do Estado*.

<sup>468</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA afirma que “a tarefa não é mais que um fim do estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político constitucional, em certo regime ou Constituição material”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 10.

<sup>469</sup> Recordando a expressão de FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 184.

<sup>470</sup> Se preferirmos a expressão de PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 21; sobre o significado de ambas as expressões, cfr. *supra*.

<sup>471</sup> Qualificamos o preâmbulo como elemento de *interpretação autêntica* da Constituição; no mesmo sentido, embora sem fazer referência ao sujeito, ou autor, da operação hermenêutica, JORGE MIRANDA afirma que “a sua função própria consiste em servir de elemento de interpretação e de integração dos preceitos constitucionais”, *O Preâmbulo da Constituição*, in JORGE MIRANDA (org.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 24.

<sup>472</sup> Cfr. preâmbulo da *Constituição da República Portuguesa*, § 4, *in fine*.

como um objectivo *certus an*, embora *incertus quandum*<sup>473</sup>, além de subordinado à “vontade do povo português”<sup>474</sup>, “tinha em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”<sup>475</sup>, portanto os ideais socialistas referentes à promoção da *igualdade real* constitucionalmente consagradas sempre estiveram, e continuam a estar subordinadas, ao valor da solidariedade entre os membros da comunidade<sup>476</sup>. Por último, (iii) o próprio legislador constituinte não coloca a promoção do bem-estar e da qualidade de vida na dependência da mencionada *igualdade real* na medida em que consagra estas tarefas como cumulativas e não numa relação de causa e efeito<sup>477</sup>. Em jeito de conclusão sobre o acerto do valor da *solidariedade* e não do da *igualdade* como fundamento axiológico dos direitos económicos, sociais e culturais, será caso para questionar se “cabe a um ordenamento jurídico produzir o igualitarismo?”<sup>478</sup>

---

<sup>473</sup> Apenas a título de referência histórica, recordamos que o método de construção da sociedade socialista, ou igualitária, pela via pacífica foi *apenas* a causa da ruptura entre ROSA LUXEMBURGO e KARL KAUTSKY, e o próprio *Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD)*, na medida em que *la pasionaria alemã* acusou o partido de renegar os ideais que estiveram na sua génese ao trocar a via revolucionária pela reformista quando enveredou pela metodologia de buscar a afirmação das suas convicções através dos mecanismos de participação política próprios do *Estado de Direito burguês*, ROSA LUXEMBURG, *A crise da Social-Democracia*, trad. portuguesa de Maria Julieta Nogueira e Silvério Cardoso da Silva, Lisboa, Editorial Presença, 1975, *max.* p. 115 e ss.

<sup>474</sup> Cfr. preâmbulo da *Constituição da República Portuguesa*, § 4, *in fine*, e no plano doutrinário, RUI CHANCERELLE DE MACHETE afirma que do artigo 1.º da CRP “pode inferir-se, com segurança, *que qualquer progresso no sentido da construção do socialismo terá que ser decidido pela vontade do Povo, nos termos normais da concretização do princípio democrático, pelo voto em eleições, ou através de decisões dos órgãos que politicamente o representam*”, *Os Princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Livraria Almedina, ano XXVIII, 1988, p. 357.

<sup>475</sup> Cfr. preâmbulo da *Constituição da República Portuguesa*, § 4, *in fine*.

<sup>476</sup> A mesma orientação é sufragada por ANTÓNIO BARBOSA DE MELO para quem os direitos que estabelecem as prestações de bens e serviços que os cidadãos podem exigir individualmente do poder “vão nuclearmente referidos à ideia da *fraternidade* ou *solidariedade* (v. g., os direitos às prestações sociais), Democracia e Utopia, p. 28 (itálicos nossos); em sentido aproximado, CARLOS GONZÁLES SÁNCHEZ, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española*, p. 31 e ss., era ainda neste sentido a posição sustentada por GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS nas suas lições orais de *Direito da Economia* ao 5.º ano jurídico, no ano lectivo de 1989/1990.

<sup>477</sup> Cfr. artigo 9.º, d), da CRP, o legislador constituinte exprime o elemento de ligação num *e*, daí sustentarmos o carácter independente, das duas tarefas, apesar de consagradas no mesmo enunciado.

<sup>478</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos fundamentais na arena global*, p. 103; a CDFUE também reconhece o valor expressamente o valor da solidariedade como suporte axiológico de alguns dos direitos coincidentes com aqueles que aqui qualificamos com essa, cfr. epígrafe do Título IV (artigos 27.º e ss.).

Após, e somente após, a aquisição desta pré-compreensão quanto ao conceito, à natureza e à classificação dos direitos fundamentais, estamos em condições de sistematizar as figuras jurídicas componentes da *Constituição cultural portuguesa*, em especial os direitos que a mesma reconhece às pessoas neste âmbito ou sub-sector da sociedade<sup>479</sup>, a esfera cultural, e que classificamos em (i) direitos de liberdade em matéria cultural e (ii) direitos de solidariedade em matéria cultural, e realizar a análise específica de cada um destes direitos. Além dos direitos fundamentais, que constituem o *núcleo duro* de uma *Constituição cultural antropocentricamente configurada*<sup>480</sup>, importa ainda indagar dos deveres fundamentais, correlativos ou complementares dos primeiros, e das tarefas das entidades públicas constitucionalmente consagradas e teleologicamente apontadas à satisfação daqueles.

## **2.2. Os direitos de *liberdade* em matéria cultural**

### **2.2.1. Razão de ordem**

Conforme mencionado anteriormente, o *Estado cultural* consubstancia-se num conjunto de figuras jurídicas consagradas numa Constituição em sentido material<sup>481</sup>. Assim, no âmbito da presente investigação, importa analisar cada uma das figuras jurídicas insertas na *Constituição da República Portuguesa* que consubstanciam um *Estado cultural* em concreto. Neste contexto e beneficiando da análise realizada anteriormente, primeiro sobre o (i) acolhimento da cultura na *Constituição da República Portuguesa*, onde detectamos o acolhimento de aspectos, quer referentes à cultura em

---

<sup>479</sup> Cfr. *supra*, II, 1.4.

<sup>480</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA sustenta que “a Constituição de 1976, a despeito do seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no artigo 1.º, ou seja na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”, *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*, p. 469.

<sup>481</sup> Cfr. *supra*, II, 2.2., e III, 1.1 e 1.2.

sentido antropológico, quer concernentes à cultura em sentido humanista, e posteriormente em busca de uma (ii) pré-compreensão sobre o conceito, a natureza e a classificação dos direitos fundamentais, no epílogo da qual sufragamos uma classificação dos direitos fundamentais em (α) direitos de *liberdade* e (β) direitos de *solidariedade*, os pressupostos para análise da *quaestio probanda* estão sedimentados. Deste modo, numa atitude de fidelidade ao reconhecimento do *primado da dimensão antropocêntrica da Constituição*<sup>482</sup>, a agenda de trabalhos referente à fase subsequente da investigação busca enquadrar os direitos fundamentais incidentes sobre matéria cultural nos quadros classificatórios elaborados. Acertado o *azimute* para sequência da investigação nestes termos, iniciamos a análise da *Constituição cultural portuguesa* pela identificação, descrição e caracterização das *liberdades culturais* que compreendem três momentos subsequentes, embora distintos, dos procedimentos culturais: a (i) *criação*, a (ii) *transmissão* e a (iii) *assimilação* culturais<sup>483</sup>, visando a alcançar a sistematização da *Constituição cultural* no seu conjunto com arrimo no regime e natureza jurídicos dos direitos fundamentais em apreço.

---

<sup>482</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.2.

<sup>483</sup> Em sentido algo diverso, MARCOS VAQUER, por referência ao Direito constitucional espanhol, sustenta que as *liberdades* de “produção, e criação literária, artística, científica e técnica”, por um lado, e de “cátedra”, por outro, são duas espécies do mesmo género (*Estado y Cultura*, p. 182/183); posição que é corroborada na doutrina italiana por SALVATORE MASTROPASQUA quando sustenta que “no fenómeno cultural é necessário distinguir dois momentos essenciais, o da criação (ou da elaboração ou produção) e o da difusão (ou da divulgação), se tivermos presente tal distinção, compreenderemos que a cultura respeita a ambas as fases mas é apenas na segunda e por meio desta que se realiza o fim social de aproximar a cultura do povo” (*Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 15). Considerando que a liberdade de aprender é um direito fundamental distinto dos anteriores (cfr. artigo 43.º, n.º 1, da CRP), a nossa posição sobre o assunto vai no sentido de classificamos as *liberdades culturais* como três espécies do mesmo género (utilizando a terminologia de MARCOS VAQUER, *ibidem*) e cremos até que seria também esta a conclusão mais acertada à luz do ordenamento espanhol, por interpretação do artigo 27.º, n.º 2, da respectiva Constituição, “a educação terá por objecto o pleno desenvolvimento da personalidade humana”, na medida em que não é possível alcançar o *pleno desenvolvimento da personalidade humana* se não for reconhecida ao discente liberdade na aprendizagem; do mesmo modo que seria a conclusão mais acertada à luz do ordenamento italiano porque não será possível lograr “o desenvolvimento da cultura” (artigo 9.º) se não existir liberdade na actividade investigatória.

### 2.2.2. As liberdades de criação cultural

O legislador constituinte português reuniu num único preceito, sob o género comum *liberdade de criação cultural*<sup>484</sup>, as liberdades de criação intelectual, artística e científica<sup>485</sup>. O artigo 42.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa condensa, assim, a essência do fenómeno cultural em sentido humanista, pelo menos na configuração com que foi moldado pelo legislador constituinte português<sup>486</sup>.

Como fontes inspiradoras deste enunciado normativo que remonta ao texto inicial da Constituição da República Portuguesa<sup>487</sup>, à semelhança do sucedido com um conjunto significativo de preceitos constitucionais em matéria de *direitos, liberdades e garantias*<sup>488</sup>, encontramos o artigo 33.º, § 1, da *Costituzione Italiana de 1947* e o artigo 5.º, n.º 3, da *Gundgesetz Alemã*, de 1949. Assim, estipula o primeiro dos preceitos mencionados que “a arte e a ciência são livres, como livre é o seu ensino”, enquanto o segundo dispõe que “a arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. Ainda ao nível do direito comparado, embora não como fonte da Constituição da República Portuguesa devido à sua posteridade<sup>489</sup>, o artigo 20.º, n.º 1, b), da *Constitución Española de 1978* estabelece que “se reconhecem e protegem os direitos: à produção e criação literária, artística, científica e técnica”. Os enunciados normativos mencionados

---

<sup>484</sup> Cfr. epígrafe do artigo 42.º da CRP.

<sup>485</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, da CRP.

<sup>486</sup> Cfr. *supra*, 1.1.; neste campo, “qualquer intervenção dos poderes públicos que não se circunscreva a favorecer as condições para o livre desenvolvimento da cultura pode, em concreto, representar uma violação do princípio da liberdade”, cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 15/16.

<sup>487</sup> Cfr. artigo 42.º do texto originário da CRP.

<sup>488</sup> Sobre esta questão cfr. JORGE MIRANDA que atribui a causa da analogia à circunstância de serem Constituições que sucederam a deposição de regimes totalitários e por isso a conjuntura em que foi aprovada a Constituição da República Portuguesa, i. é, na sequência de uma Revolução que pôs cobro a um regime autoritário apresenta similitudes com os procedimentos constituintes mencionados no texto, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 362.

<sup>489</sup> Neste caso, a influência percorreu o trajeto inverso, cfr. ainda JORGE MIRANDA, *idem*, p. 190/191.



reportam-se ao sentido *humanista* da cultura que definimos anteriormente, na esteira de HONORIO VELASCO e por oposição ao sentido *antropológico* da mesma, como o sentido de cultura que “tem o seu núcleo na arte e naquele sector da ciência que ainda designamos por humanidades mas que se estende (...) a todas as ciências e a todas as artes até inundar e definir o amplo campo do saber, dos conhecimentos”<sup>490</sup>.

Abstraindo no imediato das referências ao ensino<sup>491</sup>, geminadas com a criação cultural nos textos constitucionais italiano e alemão, numa primeira análise, o direito fundamental de *liberdade de criação cultural* aparenta compreender objectos diversos nos vários ordenamentos constitucionais abordados. Contudo, analisados com minúcia os enunciados normativos, verificamos que a falta de coincidência é meramente aparente porque as Constituições pioneiras do Estado cultural, a *Gundgesetz Alemã* e a *Costituzione Italiana*, ambas aprovadas no final da II Guerra Mundial, no que concerne à criação cultural, consagram em termos similares a liberdade de criação nas esferas da arte e da ciência. A *Constituição da República Portuguesa* acrescenta o domínio intelectual, enquanto a *Constitución Española de 1978* mantém a referência às matérias da arte e da ciência mas prefere a menção específica às esferas literária e técnica em detrimento da referência genérica ao domínio intelectual. Ora, estabelecido um mínimo denominador comum no que concerne à *arte* e à *ciência*, resta indagar os contornos dos demais conceitos. Assim, o vocábulo *intelectual* no idioma de CAMÕES reporta-se a “intelecto ou faculdade de compreender”<sup>492</sup>, portanto ao domínio do *conhecimento*<sup>493</sup>. Neste contexto, devemos interpretar o artigo 42.º da *Constituição da República Portuguesa* como preceito positivante de uma liberdade de criação com objecto mais

---

<sup>490</sup> Cfr. HONORIO VELASCO, *Identidad cultural y política*, p. 266, e *supra* Introdução, 1.2., III, 1.1.

<sup>491</sup> Sobre esta liberdade, cfr. *infra*, 2.2.3.

<sup>492</sup> Cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 949.

<sup>493</sup> Cfr. ainda J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *ibidem*.

amplo que qualquer das suas congêneres reconhecidas pelos textos constitucionais mencionados<sup>494</sup>. A nossa posição fundamenta-se na circunstância da *Constituição da República Portuguesa* reconhecer, numa cláusula geral, a liberdade de criação do espírito humano em matérias referentes a qualquer ramo do conhecimento<sup>495</sup>, e simultaneamente exemplificar algumas liberdades de criação em vários domínios do conhecimento, como a arte<sup>496</sup>, nomeadamente a literatura<sup>497</sup>, ou a ciência<sup>498</sup>, diversamente da *Gundgesetz Alemã* e da *Costituzione Italiana* que circunscrevem a liberdade de criação cultural taxativamente à arte e à ciência. Quanto à *Constitución Española de 1978*, por um lado, apresenta a particularidade de especificar o domínio da literatura, matéria que assume *mutatis mutandis*, os contornos que lhe atribuímos no ordenamento português, e enuncia, por outro lado, a técnica, que significa no idioma de

---

<sup>494</sup> O enunciado do artigo 42.º, n.º 1, corresponde ao texto do artigo 12.º, n.º 6, 1.ª parte, do *Projecto de Constituição apresentado pelo PARTIDO DO CENTRO DEMOCRÁTICO SOCIAL (CDS)*, disponível na internet em [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01230405i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01230405i.html); sobre a matéria em apreço, o projecto do PARTIDO POPULAR DEMOCRÁTICO reconhecia num único preceito os direitos “de liberdade de ensino, de investigação e de criação intelectual e científica” (artigo 25.º, n.º 1, 1.ª parte, [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01270418i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01270418i.html)), enquanto o PARTIDO COMUNISTA PORTUGUÊS e o PARTIDO SOCIALISTA propunham uma redacção semelhante ao artigo 5.º, n.º 3, 1.ª parte, da *Gundgesetz* (cfr. projectos, respectivamente, artigo 50.º, n.º 1, [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01250410i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01250410i.html), e artigo 24.º, [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01260415i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01260415i.html)). Contra a posição sustentada no texto, JOÃO PACHECO DE AMORIM sustenta que a redacção do artigo 42.º, n.º 1, da *CRP* “está todavia mais próxima da canónica fórmula “weimariana” adoptada pelas actuais leis fundamentais alemã e italiana e nessa medida verifica-se também maior abertura do teor literal no preceito à dimensão objectiva do direito fundamental nele tutelada”, *A liberdade de ciência na Constituição portuguesa de 1976*, in *Tékhnē – Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2010, p. 130; a nossa discordância com o autor será fundamentada na sequência do texto.

<sup>495</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>496</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>497</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, da *CRP*; *literatura* que constitui uma espécie no género *arte* na medida em que consubstancia a *sexta arte* na classificação de RICCIOTTO CANUDO que reúne as seguintes formas de expressão artística: (i) música (expressão artística pelo som), (ii) dança (*idem*, movimento), (iii) pintura (*idem*, cor), (iv) escultura (*idem*, volume), (v) teatro (*idem*, representação), (vi) literatura (*idem*, palavra), (vii) cinema (*idem*, representação, palavra e cor), *Manifeste des Sept Arts*, Metz, Seguíer, 1923. Contra, EDUARDO ANDRÉ FOLQUE FERREIRA afirma que a *CRP* “deixa aberta (...) a possibilidade de ser compreendida a obra que, embora sendo literária, não se apresenta com conteúdo artístico”, *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, p. 246; posição que rejeitamos liminarmente na medida em que a literatura é, por natureza, uma forma de manifestação de arte, conforme mencionamos anteriormente.

<sup>498</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, 3.ª parte, da *CRP*.

CERVANTES precisamente aquilo que é “pertencente ou relativo às aplicações das ciências e das artes”<sup>499</sup>, referência que portanto assume carácter pleonástico em relação às demais matérias de âmbito cultural mencionadas no preceito em apreço<sup>500</sup>, não consagrando qualquer cláusula residual. Em jeito de balanço, cremos que a Constituição da República Portuguesa apresenta a solução mais aberta ao desenvolvimento do conhecimento porque, por um lado, se “o princípio da liberdade é o princípio jurídico geral”<sup>501</sup> não é legítimo ao legislador constituinte colocar *numerus clausus* aos domínios do conhecimento, actuais ou futuros, que podem ser objecto do pensamento humano. Ainda, por outro lado, assim como arte e ciência se separam como domínios do conhecimento “com o surgimento do método científico”<sup>502</sup> e se a Constituição representa “uma pretensão de ligar o futuro ao presente”<sup>503</sup> não é legítimo a uma geração concluir que a humanidade chegou *ao fim da História e ao último Homem*<sup>504</sup> impedindo o desenvolvimento do conhecimento às gerações seguintes, ou pelo menos impedindo a *liberdade de criação* em novos domínios do conhecimento que o intelecto humano venha eventualmente a identificar.

JOÃO PACHECO DE AMORIM, em sentido diverso, considera que apesar da consagração expressa da *liberdade de criação intelectual* na *Constituição da República*

---

<sup>499</sup> Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, disponível na internet em <http://lema.rae.es/drae/?val=t%C3%A9cnica>.

<sup>500</sup> Cfr. artigo 20.º, n.º 1, b) da *Constitución Española*.

<sup>501</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

<sup>502</sup> A expressão é de FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, p. 85; neste contexto, RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ define o método científico como a “validação ou comprovação da construção teórica mediante um processo de *experimentação racional*, adoptado no Renascimento, a partir dos trabalhos de Galileu e Bacon”, *La investigación científica como espacio iusfundamental de normación*, in RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (org.), *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 20. Sobre esta questão, cfr. ainda *infra*, 2.2.2.2.

<sup>503</sup> Citamos novamente uma conhecida expressão de ROGÉRIO SOARES, *Constituição*, p. 672.

<sup>504</sup> Neste contexto, fazemos novamente alusão ao título da monografia de FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da História e o último Homem*.

*Portuguesa*<sup>505</sup>, “sob o signo comum da “cultura” continuam a existir apenas dois distintos âmbitos de protecção (a actividade artística e a actividade científica) tutelados por duas diferentes liberdades (a liberdade artística e a liberdade científica)”<sup>506</sup>. O autor fundamenta a sua tese no argumento segundo o qual “a expressão “criação intelectual” se reporta a um conjunto mais vasto de realidades tuteladas pelo “denominado bloco das liberdades do pensamento ou liberdades de conteúdo intelectual”, liberdades estas que se configuram sobretudo como direitos subjectivos individuais que requerem “ausência de interferências ou intromissões das autoridades no processo de comunicação” e que são (...) as liberdades de expressão ou comunicação e de informação (artigos 37.º, 38.º, 39.º e 40.º da *CRP*), a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º da *CRP*), a liberdade de ensino (artigo 43.º da *CRP*) e ainda a liberdade de profissão (artigo 47.º, n.º 1 da *CRP*)”<sup>507</sup>. Analisada a tese de PACHECO DE AMORIM, cremos que a mesma peca simultaneamente por defeito e por excesso. À partida, a tese de PACHECO DE AMORIM peca por defeito porque, conforme sustentamos anteriormente, a estatuição em apreço assume carácter residual por forma a proteger a liberdade de criação nos domínios do conhecimento, efectiva ou virtualmente, não enumerados no artigo 42.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>508</sup>. Por outro lado, a tese de PACHECO DE AMORIM peca por excesso na medida em que ignora que o artigo 42.º protege a *criação*, isto é, a *invenção*, ou “faculdade de criar na imaginação”<sup>509</sup>, nos

---

<sup>505</sup> Cfr. 42.º, n.º 1, da *CPR*.

<sup>506</sup> Cfr. J. PACHECO DE AMORIM, *A liberdade de ciência na Constituição portuguesa de 1976*, p. 131.

<sup>507</sup> Cfr. J. PACHECO DE AMORIM, *idem*, p. 130/131.

<sup>508</sup> Cfr. *supra*; em sentido análogo, SALVATORE MASTROPASQUA crítica a solução consagrada no artigo 33.º da *Costituzione Italiana* por circunscrever a cultura à *arte* e à *ciência* porque entende que, deste modo, o legislador constituinte apenas considerou “a cultura que se adquire *na escola e por meio da escola* que apesar de ser o principal meio de divulgação de cultura não é o único”, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 34.

<sup>509</sup> Cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 959.

vários domínios do conhecimento, a *produção* e a *divulgação* da obra<sup>510</sup>. Ora, se atendermos aos exemplos indicados pelo autor, com excepção da *liberdade de expressão e divulgação do pensamento*, não se verifica necessariamente a ocorrência de um acto ou de uma actividade *criadora de algo de novo* no exercício dos direitos enunciados, pelo que não procede a conclusão do autor no sentido da “referência à liberdade de criação intelectual no interior do art.º 42.º CRP [ser] manifestamente desajustada e vazia de conteúdo útil”<sup>511</sup>. Com efeito, apesar de sufragarmos a autonomia das *liberdades de criação cultural* como direito fundamental, reconhecemos contudo o seu radical comum ao da *liberdade de expressão*: pensar, ou raciocinar, e exteriorizar esse pensamento<sup>512</sup>. A diferença específica entre os direitos em apreço reside simultaneamente no objecto e no resultado do pensamento, a liberdade de pensamento protege o raciocínio em qualquer matéria e culmina invariavelmente na formulação de uma ideia, enquanto as liberdades de criação cultural protegem o raciocínio em matéria do domínio intelectual mas à ideia formulada acresce a *criação* de uma actividade ou de um objecto<sup>513</sup>, por isso se justifica a respectiva protecção por um regime específico como o consagrado no artigo 42.º<sup>514</sup>.

---

<sup>510</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, da CRP.

<sup>511</sup> Cfr. J. PACHECO DE AMORIM, *A liberdade de ciência na Constituição portuguesa de 1976*, p. 131; sobre este assunto, ISALTINO A. MORAIS, J. M. FERREIRA DE ALMEIDA e R. LEITE PINTO afirmam simplesmente que “a livre criatividade nos campos cultural, artístico e científico, decorre directamente da *liberdade de pensamento*” (*Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983, anotação V ao artigo 42.º), embora possamos aderir a esta posição no que concerne à incorporação dos direitos em apreço num género comum, conforme afirmamos inicialmente, o fundamento da proposição é manifestamente insuficiente porque os autores não identificam uma diferença específica dos direitos consagrados no artigo 42.º em relação ao direito consagrado no artigo 37.º, n.º 1, e, nesse sentido, a interpretação que sufragam conduz a uma solução em que as *liberdades de criação cultural* são integralmente absorvidas pela *liberdade de pensamento* ou, mais correctamente, *liberdade de expressão do pensamento*.

<sup>512</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que “na sua vertente externa a *liberdade de criação cultural* é uma manifestação particular da liberdade de expressão do pensamento (artigo 37.º)”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 42.º

<sup>513</sup> Cfr. FRANCESCO RIMOLI quanto afirma, por referência à *Costituzione Italiana*, que entre a *liberdade de manifestação do pensamento* e as *liberdades de arte e de ciência* se estabelece “uma relação entre *género e espécie*”, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, p. 25/26); E. ANDRÉ FOLQUE

Quanto aos restantes direitos enunciados por PACHECO DE AMORIM, no que concerne à *liberdade de consciência*, que significa a faculdade de “decidir segundo a consciência”<sup>515</sup>, verificamos que o exercício da mesma por acção suscita questões controversas de “recognoscibilidade”<sup>516</sup>, pelo que é mais usual o exercício do direito por omissão, mediante a denominada *objecção de consciência* que consiste “na isenção de quaisquer sanções pelo incumprimento de um dever específico, por razões relacionadas com as convicções do titular, desde que realizado de modo individual, pacífico e privado”<sup>517</sup>, caso em que existe liberdade de pensamento e de expressão do mesmo mas não um acto *criador*. Cremos que solução análoga é aquela que melhor se adapta às *liberdades de religião e de culto*, na medida em que o exercício destes direitos, com excepção das dissidências do pensamento religioso, nomeadamente perante a Santa Sé, como a anteriormente mencionada de MARTIN LUTHER<sup>518</sup> ou mais recentemente as de MARCEL LEFEBVRE<sup>519</sup> ou de LEONARDO BOFF<sup>520</sup>, ocorre em termos usuais mediante a aceitação de *dogmas*, portanto mais uma vez sem que comporte a prática de qualquer acto criador. Por seu turno, a *liberdade de ensino*, embora revista natureza intelectual, não tem por objecto uma actividade criadora mas uma actividade

---

FERREIRA, por seu turno, refere que “as liberdades artística e de expressão representam estruturas comunicativas bem diversas. A primeira radica numa posição de pré-entendimento entre o autor e o público (embora este possa apreciar mais ou menos uma certa obra em concreto). A segunda assenta numa relação comunicacional aberta, voltada para um conjunto indeterminável de destinatários e fundada num esquema de reciprocidade entre emissor e receptor”, *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, p. 264.

<sup>514</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam, na sequência, que “todavia, a liberdade de criação intelectual, artística e científica pode exigir um reforço da protecção em relação à simples liberdade de manifestação do pensamento”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 42.º

<sup>515</sup> A expressão é de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *idem*, anotação I ao artigo 41.º

<sup>516</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *idem*, anotação II.

<sup>517</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Objecção de consciência (Direito fundamental à)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 165.

<sup>518</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>519</sup> Cfr. BERNARD TISSIER DE MALLERAI, *Marcel Lefebvre: Une vie*, Suresnes, Editions Clovis, 2002.

<sup>520</sup> Cfr. TIM DOWLEY, *A História do Cristianismo*, trad. portuguesa de Artur Guerra e Cristina Rodriguez, Lisboa, Bertrand Editora, 1995, p. 625.

transmissora de conhecimento<sup>521</sup> e, por último, a *liberdade de escolha da profissão* não implica *per se* o exercício de uma actividade intelectual na medida em que existe grande número de profissões cujo exercício consiste na prática de uma actividade puramente manual ou até predominantemente mecanizada<sup>522</sup>.

Aclarado o domínio das liberdades de criação intelectual, artística e científica, importa esclarecer o respectivo alcance no contexto de um *Estado de Direito democrático e social*. Assim, o reconhecimento das liberdades em apreço significa não apenas que o Estado está vinculado a um princípio de *neutralidade cultural*<sup>523</sup>, ou se preferimos, que está interdita a imposição de uma cultura de Estado<sup>524</sup>, isto é, de uma cultura “orientada para a utilização do Estado para determinados fins”<sup>525</sup>, que ORTEGA Y GASSET aponta como uma das maiores ameaças à civilização<sup>526</sup>, mas principalmente que aos cidadãos seja reconhecida a máxima liberdade criadora. Neste contexto, o imperativo consagrado no artigo 43.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* implica em última análise, na expressão de SALVATORE MASTROPASQUA, proferida acerca do ordenamento italiano, que ainda que fosse “identificada uma cultura que possa definir-se como a “cultura democrática” por excelência, nem mesmo esta poderia ser imposta por via autoritária, porque isso representaria uma negação do

---

<sup>521</sup> Cfr. *infra*, 2.2.3.

<sup>522</sup> Aliás, o artigo 112.º do *Código do Trabalho*, interpretado por raciocínio *à contrariu sensu*, pressupõe que a prestação laboral em regime de trabalho subordinado (que é o regime quantitativamente predominante no mercado laboral) é exercida, por regra, sem autonomia técnica, portanto sem comportar a prática de qualquer actividade criadora pelo trabalhador.

<sup>523</sup> A expressão é de SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 9.

<sup>524</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>525</sup> A expressão é de TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, p. 685.

<sup>526</sup> Segundo as palavras de ORTEGA Y GASSET, “o maior perigo que hoje ameaça a civilização [é] a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda a espontaneidade social pelo Estado, isto é, a anulação da espontaneidade histórica, que em definitivo suporta, nutre e empurra os destinos humanos”, *La rebelión de las masas*, p. 182.

princípio da liberdade”<sup>527</sup>. Sem prejuízo de abordagem mais detalhada em sede de análise do conteúdo dos direitos, as liberdades em apreço conferem às pessoas as faculdades de reflectir e de exprimir os seus dotes intelectuais pelos mais diversos meios com vista a atingir o perfeccionismo da *beleza* ou a investigar no domínio científico em busca da *verdade*<sup>528</sup>, bem como de produzir e de divulgar a obra idealizada<sup>529</sup>. Deste modo, a liberdade de criação cultural representa uma conquista do liberalismo “no sentido do Estado intervir o mínimo possível, evitando qualquer interferência numa área de actividades intrinsecamente reservada aos privados”<sup>530</sup>.

#### 2.2.2.1. Os sujeitos: a titularidade das liberdades de criação cultural

Sobre a titularidade<sup>531</sup> das *liberdades de criação cultural*<sup>532</sup>, existem, no âmbito da comunidade científica portuguesa, duas interpretações antagónicas dos enunciados

---

<sup>527</sup> Cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 10; cfr ainda FRANCESCO RIMOLI para quem é necessário e “de grande importância” estabelecer “uma forma equilibrada de concorrência, ou, melhor, de coexistência, entre público e privado [porque] a tentativa de funcionalizar teleologicamente [a promoção da cultura] parece um tanto questionável (...), dado que uma tal orientação parece entrar em conflito com o fundamento da intervenção do privado”, i. é, a liberdade, *La libertà dell’arte nell’ordinamento italiano*, p. 165, JORGE MIRANDA ao sustentar que “o Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas ideológicas ou religiosas (...) porque a domínio da educação e da cultura é, por excelência, o domínio da liberdade, os detentores do poder não são detentores da verdade e, em democracia que seja também Estado de Direito, a maioria tem por limites sempre os direitos fundamentais, *Direitos fundamentais – Liberdade religiosa e liberdade de aprender e ensinar*, in *Direito e Justiça*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1987/1988, p. 52, e V. PEREIRA DA SILVA quando afirma “o que compete ao Direito é a garantia da liberdade e a protecção dos direitos fundamentais à cultura, de pessoas e de instituições, o que implica tanto a proibição de *tomar partido* em discussões e querelas do foro cultural, como tem de significar também o afastamento de quaisquer *tentações* (totalitárias) de *instrumentalização* ou de *programação* das realidades culturais”, *A cultura a que tenho direito* p. 8.

<sup>528</sup> Sobre estas duas componentes da cultura em sentido humanista, cfr. *supra*, 1.1.

<sup>529</sup> Neste sentido, TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, p. 685.

<sup>530</sup> Neste sentido, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L’action culturelle des pouvoirs publics*, p. 16/17; neste contexto importa recordar com JORGE MIRANDA que o Estado social não nega o legado liberal em matéria de direitos, liberdades e garantias mas constitui “um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 105.

<sup>531</sup> Segundo a definição de JOÃO DE CASTRO MENDES, a titularidade é “o nexo de pertença efectiva de um direito a certa pessoa”, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, p. 96; o autor utiliza em alternativa a expressão “nexo de ligação”, *idem*, p. 326. Sobre este assunto, cfr. ainda MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, p. 36 e ss.



constitucionais conexos com o assunto. A concepção pioneira, que poderíamos qualificar como *ampla* ou *democrática*, foi sustentada por JOSÉ AUGUSTO SEABRA quando afirmou que “se há domínio em que o normativismo constitucional se torna delicado, por interferir com uma esfera de valores irredutíveis é o da Cultura. Na verdade, esta é por natureza *autotélica*: a criação cultural tem um fim em si mesma, e só nessa medida coincide com o fim supremo do homem – a sua liberdade. O tratamento dos “direitos e deveres culturais” deveria pois, em rigor cingir-se a preservar essa liberdade, estabelecendo limites à interferência do Estado, por mais democrático que este se queira. É que os referidos “direitos” são inerentes a cada sujeito criador”<sup>533</sup>. O autor esclarece ainda que “não pareceu suficiente à maioria dos constituintes consagrar a “liberdade de criação cultural” e os direitos inerentes por forma positiva. Achou-se necessário erguer, do mesmo passo, uma barreira negativa contra uma sempre perigosa interferência do Estado em tal esfera, nomeadamente a pretexto de uma política educacional e cultural. Assim, o Estado não pode – segundo o artigo 43.º, n.º 2 – atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”<sup>534</sup>. A concepção *restrita*, *elitista* ou *aristocrática*<sup>535</sup> sobre a titularidade das liberdades de criação cultural é sustentada por VASCO PEREIRA DA SILVA ao afirmar que “no que respeita à criação cultural, sujeitos do direito são apenas os “criadores” (“artistas”, “intelectuais”). Mesmo sendo verdade que todos os cidadãos gozam (objectivamente) da qualidade que lhes permite vir (eventualmente) a gozar da protecção da criação cultural (*status culturalis*),

---

<sup>532</sup> Usamos a expressão no plural na medida em que, conforme acabamos de mencionar, apesar da criação cultural ter sempre um conteúdo intelectual, i. é, relacionado com o conhecimento, esse conteúdo, no estado actual do conhecimento humano, pode ser de carácter artístico, nomeadamente literário, ou científico, cfr. *supra*.

<sup>533</sup> Cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *Os direitos e os deveres culturais*, p. 355.

<sup>534</sup> Cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *idem*, p. 357; para uma análise dos debates na Assembleia Constituinte em torno deste preceito, cfr. *idem*, p. 357 e ss.

<sup>535</sup> A expressão é do próprio V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 96.

nem todos são efectivamente titulares desse direito subjectivo, que tem como pressuposto a realização de uma obra artística ou cultural”<sup>536</sup>. O autor justifica a sua posição com o argumento segundo o qual “uma coisa é o estatuto de cidadania cultural, outra o direito subjectivo de criação – que, por sua vez, é parte integrante do objecto de uma relação jurídica de cultura –, o qual está dependente de um facto jurídico, que é a realização de uma “obra de arte” ou de “cultura”<sup>537</sup>.

Sobre a doutrina mencionada, a tese de PEREIRA DA SILVA não pode em coerência merecer o nosso sufrágio porque, quanto aos sujeitos, o autor toma as premissas pela conclusão e vice-versa, e quanto ao objecto toma *a nuvem por Juno*. Considerando de momento à questão dos sujeitos<sup>538</sup>, o autor afirma “ironizando, que enquanto o direito de fruição cultural é “democrático”, já o direito de criação cultural seria “aristocrático”<sup>539</sup>. A tentativa de justificar esta afirmação resulta numa contradição nos termos na medida em que PEREIRA DA SILVA afirma que “se todos gozam da qualidade de poder vir a ser criadores, assim como também a todos devem ser proporcionadas condições (nomeadamente, em termos de educação e de igualdades de oportunidade) para o desenvolvimento das aptidões culturais<sup>540</sup>, contudo, nem todos podem ser pintores, escultores, compositores, músicos...”<sup>541</sup>. Ora, a determinação dos sujeitos titulares das *liberdades de criação cultural* é regulada pelo *princípio geral da universalidade*, cujo enunciado é claro ao estabelecer que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”<sup>542</sup>. O princípio da

---

<sup>536</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *ibidem*.

<sup>537</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *ibidem*.

<sup>538</sup> Quanto ao objecto, cfr *infra*, 2.2.2.2.

<sup>539</sup> A expressão é do próprio PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 96.

<sup>540</sup> A questão aqui suscitada pelo autor não se reporta sequer ao valor da liberdade, cfr. *infra*, 2.3.

<sup>541</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 96.

<sup>542</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*; ainda que não bastasse o princípio da universalidade para determinação dos titulares das liberdades de criação cultural, o artigo 27.º, n.º 1, da *DUDH*, texto de acordo com o qual deverão ser os preceitos constitucionais interpretados (cfr. *supra*, 2.1.2.) estabelece que “toda a pessoa

*universalidade* é aplicável neste caso na medida em que reveste a natureza jurídica de um princípio geral regulador de todos os direitos fundamentais e ainda porque o mesmo texto constitucional não consagra qualquer norma excepcional que circunscreva a titularidade do direito em apreço a uma, ou várias, categorias de pessoas em especial, como acontece com alguns direitos que, por força do respectivo enunciado constitucional, apenas asseguram a posição jurídica de categorias específicas de pessoas<sup>543</sup>. Assim sendo, ao invés do sustentado por PEREIRA DA SILVA que avoca um suposto condão de, em regime democrático e decorridos mais de duzentos e vinte anos sobre as Revoluções Americana e Francesa, estabelecer derrogações discriminatórias ao princípio da universalidade<sup>544</sup>, todas as pessoas são titulares das *liberdades de criação cultural*, isto é, todos podem livremente e sem submissão a qualquer forma de censura<sup>545</sup>, exercer actividades de carácter intelectual, nomeadamente artístico ou científico<sup>546</sup>. Se afirmamos inicialmente que PEREIRA DA SILVA toma as

---

tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam, cfr., no mesmo sentido, ANDREA ORSI BATAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà – Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, p. 97/98.

<sup>543</sup> Cfr. v. g., protecção dos trabalhadores (artigo 53.º e ss.), protecção da paternidade e da maternidade (artigo 68.º), protecção da infância (artigo 69.º), protecção da juventude (artigo 70.º), protecção dos cidadãos portadores de deficiência (artigo 71.º) ou protecção da terceira idade (artigo 72.º).

<sup>544</sup> A tese de PEREIRA DA SILVA é tanto mais insustentável na medida em que o autor reconhece estarmos perante uma “injustiça da vida” e mais do que isso conforma-se com a injustiça que reconhece existir na Ordem Jurídica e, num assunto da maior sensibilidade em matéria de liberdade pessoal, apenas cita como fundamento da sua tese uma conhecida frase de um não menos célebre personagem da sétima arte, *o pinto Calimero*, segundo a qual “é uma injustiça, só porque eu sou pequenino”, *A cultura a que tenho direito*, p. 96. Ora, a insustentabilidade da tese de PEREIRA DA SILVA está no reconhecimento e na sua conformação com uma regra jurídica que reputa de injustiça e, considerando que Direito é sinónimo de Justiça (cfr. *supra*, 2.1.4.), estamos perante uma flagrante contradição nos termos porque não pode existir um Direito reconhecidamente injusto.

<sup>545</sup> Cfr. artigo 37.º, n.º 2, da *CRP*; o preceito em apreço é aplicável neste caso porque as *liberdades de criação cultural*, apesar de constituírem direitos autónomos, apresentam um radical comum com a *liberdade de expressão*: pensar, ou raciocinar, e exteriorizar esse pensamento, cfr. *supra*, 2.2.2., MARCOS VAQUER assume uma posição dúbia sobre o assunto quando sustenta constituírem as liberdades culturais um “direito autónomo” (*Estado y Cultura*, p. 183) para em momento imediatamente subsequente afirmar que as mesmas “são certamente projecção das liberdades ideológicas e de pensamento” (*idem*, p. 184).

<sup>546</sup> Neste sentido, JESÚS PRIETO sustenta que “no que concerne à titularidade das liberdades de criação literária, artística, científica e técnica a questão é clara uma vez que a *Constitución Española* de 1978 adoptou uma perspectiva subjectiva, pois refere-se literalmente a “direitos” e não estabeleceu nenhuma

premissas pela conclusão, pretendíamos afirmar que todos são titulares das *liberdades de criação cultural*, podendo exercê-las na medida em que as suas aptidões pessoais o permitirem, independentemente do reconhecimento pela comunidade científica ou pela Sociedade Civil em geral do *estatuto de intelectual*, nomeadamente de *artista*, *escritor* ou *cientista*<sup>547</sup>. A qualificação de uma pessoa como *intelectual*, ou *criador* na expressão de PEREIRA DA SILVA, é uma consequência do exercício com mérito, com o reconhecimento pela comunidade artística ou científica, nomeadamente académica, pela opinião pública, eventualmente com êxito comercial, das *liberdades de criação cultural*, e não um pressuposto para o exercício das mesmas<sup>548</sup>. Ao invés, a concepção *elitista* ou *aristocrática* adoptada por PEREIRA DA SILVA, obrigaria a uma acreditação prévia para o exercício dos direitos em apreço, ao arripio da letra e do espírito constitucionais do conceito de *liberdade*<sup>549</sup>. Solução que colocaria problemas constitucionais de vária

---

limitação do universo dos seus beneficiários, não cabem, em consequência, leituras restritivas (...). São assim titulares destas liberdades todos as pessoas físicas, sem limite de idade, tanto nacionais como estrangeiras, que se sintam com aptidão e capacidade para desenvolver tais manifestações criativas”, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 247, e *Libertad de creación cultural*, p. 4029, e ainda BEATRIZ GONZÁLES, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 192/193, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 187.

<sup>547</sup> Neste sentido, já MARTIN HEIDEGGER sustentava que a *arte* precede o *artista*, *A origem da obra de arte*, p. 9, itálicos nossos.

<sup>548</sup> Neste preciso sentido, BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK afirmam expressamente que “o particular não tem que ser reconhecido como artista, não tem de exercer a arte como profissão e não tem de publicar ou expor os seus produtos, nem tem de fazer uma apresentação deles em público. Mas se o particular fizer uma apresentação dos seus produtos em público, é protegido pela liberdade artística”, *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, trad. portuguesa de António Franco e António Francisco de Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 197.

<sup>549</sup> Neste sentido, embora se pronuncie expressamente sobre a liberdade de ciência, JOSÉ LUIS CARRO, sustenta que “a liberdade de ciência não é uma liberdade de um grupo que estaria assim privilegiado, pelo contrário é um direito individual”, *Libertad científica y organización universitaria*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, n.º 13, 1977, p. 226. Sobre este assunto, IGOR MINTEGUIA ARREGUI adopta uma posição dúbia pois começa por afirmar que “o artigo 20, n.º 1, b), do texto constitucional [espanhol de 1978] não faz referência ao titular deste direito mas evidentemente devemos entender que potencialmente qualquer pessoa o pode ser, já que todo o cidadão pode chegar a ser considerado criador de uma obra intelectual” (*Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 108) para de seguida afirmar que “ainda que objectivamente qualquer pessoa possa ser titular deste direito, somente aqueles que realizem um trabalho criativo poderão ser tutelados por este preceito constitucional, referimo-nos concretamente àqueles que possam ser considerados autores de uma obra intelectual exteriorizada num suporte material, sem que, em caso algum, as suas habilidades criativas ou o seu estado mental devam ser tidos em conta” (*ibidem*); ora o discurso de IGOR MINTEGUIA em nada invalida as conclusões que

ordem: desde logo, a legitimidade para proceder à acreditação que não poderia ser realizada por entidade pública atendendo à obrigação de *neutralidade cultural* que vincula o Estado Português pois a faculdade de aferir a aptidão das pessoas para o exercício das *liberdades de criação cultural* poderia consubstanciar um modo de programar a cultura ao arrepio do imperativo consagrado no artigo 42.º, n.º 3, da *Constituição da República Portuguesa*. Por outro lado, a aceitação da tese de PEREIRA DA SILVA suscitaria ainda a questão da objectividade dos pressupostos para aferir da aptidão para o exercício dos direitos em apreço e, sobretudo, redundaria claramente numa restrição de direitos fundamentais não expressamente prevista na Constituição, ao arrepio do respectivo artigo 18.º, n.º 2, 1.ª parte<sup>550</sup>, quando, apesar da doutrina dominante aceitar que “as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas com que os dotou o legislador constituinte, pode[re]m ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de protecção jurídica assim o exijam”<sup>551</sup>, o autor não identifica sequer na Constituição outro direito ou

---

sustentamos no texto, por um lado, porque um aspecto é a titularidade e o exercício da liberdade de criação cultural sem qualquer constrangimento mediante censura, outro aspecto *posterior* é o reconhecimento da qualidade de *intelectual* (*artista*, nomeadamente *escritor*, ou *cientista*) e, por outro lado, o direito fundamental não protege apenas as pessoas que o exerçam efectivamente mas protege todos ou, pelo menos, todos aqueles que virtualmente o desejem exercer.

<sup>550</sup> Segundo PETER HÄBERLE, embora se pronuncie acerca do artigo 19.º, n.º 1, da *Gundgesetz*, o fundamento para esta proibição reside simplesmente na circunstância da admissão da hipótese contrária consubstanciar “uma reforma material da Constituição” e acrescenta em reforço da sua tese que “ao elevar as liberdades à qualidade de normas constitucionais, estabelece uma proibição dirigida ao legislador de privar o gozo do direito fundamental (...), senão já não estamos perante direitos fundamentais porque a Constituição contém em si mesma conceptualmente uma garantia, i. é, uma garantia frente ao legislador ordinário e nisso consiste a sua especificidade”, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 43.

<sup>551</sup> A expressão citada corresponde à conclusão de JORGE REIS NOVAIS a favor da admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 629; no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação VII ao artigo 18.º, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 281, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 414, PETER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 52, LUIS M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 124/125, IGNACIO DE OTTO Y PARDO, *La*

interesse constitucionalmente protegido cuja salvaguarda exija a restrição da titularidade das liberdades de criação cultural a certas pessoas<sup>552</sup>.

A terminar, duas referências se impõem ainda quanto à titularidade das liberdades de criação cultural. Em primeiro lugar, são titulares dos direitos em apreço todas as pessoas humanas, sem limitação da idade, nem da nacionalidade. Quanto ao primeiro aspecto, a *Constituição da República Portuguesa* não estabelece qualquer idade mínima, ou máxima, no que concerne à titularidade de qualquer destes direitos pelo que a mesma é regulada pelo *princípio da universalidade*<sup>553</sup>; por seu turno, o *princípio da equiparação* reconhece, sem excepção, a titularidade dos direitos aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal<sup>554</sup>. Em segundo lugar, quanto às pessoas colectivas é necessário distinguir as faculdades ou poderes que incorporam os direitos de criação cultural e que consistem na *invenção, produção e divulgação* da obra<sup>555</sup>. Assim, quanto à faculdade de *invenção*, que consiste no desenvolvimento de uma actividade intelectual e, nesse sentido, se reporta a bens

---

*regulación del ejercicio de los derechos y libertades – La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, in LUIS MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO (org.), *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 110/111, e JUAN CARLOS GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo – La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 176, os dois últimos autores coincidem no argumento segundo o qual o artigo 2.º, § 1, da *Gundgesetz* produz o mesmo efeito que os autores portugueses apontam ao artigo 18.º, n.º 2, *in fine*, da *CRP*.

<sup>552</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 2, *in fine*, da *CRP*.

<sup>553</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*; quanto à capacidade para o exercício dos direitos em apreço, coincide com a qualidade de titular dos mesmos porque qualquer solução em sentido diverso configuraria uma restrição do exercício do direito não expressamente prevista na Constituição, ao arrepio do respectivo artigo 18.º, n.º 2; reconhecem a titularidade dos direitos de criação cultural a toda a pessoa humana, independentemente da idade, SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 161, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas e Constitución*, p. 246, e *Libertad de creación cultural*, p. 4029, BEATRIZ GONZÁLES, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 193, e MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 187.

<sup>554</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1, da *CRP*, importa referir que os direitos culturais não são subsumíveis a nenhuma das muitas excepções, nem contra-excepções, consagradas no mesmo artigo 15.º; reconhecem a titularidade dos direitos de criação cultural a toda a pessoa humana, independentemente da nacionalidade, SPAGNA MUSSO, *ibidem*, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas e Constitución*, *ibidem*, e *Libertad de creación cultural*, *ibidem*, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação VI ao artigo 42.º, e MARCOS VAQUER, *ibidem*.

<sup>555</sup> Cfr. *infra*, 2.2.2.3.

relacionados com o espírito, por definição<sup>556</sup>, é incompatível com a natureza de pessoa colectiva<sup>557</sup>; por seu turno no que concerne às faculdades de *produção e divulgação* da obra, que se consubstanciam na prática de actividades manuais ou mecanizadas, cada vez mais desenvolvidas de forma massificada pelas denominadas *indústrias culturais*<sup>558</sup>, nada obsta ao reconhecimento da sua titularidade às pessoas colectivas<sup>559</sup>.

#### 2.2.2.2. O objecto dos direitos: o domínio intelectual

Se no que concerne à titularidade do *direito de criação cultural*, decorria do princípio da universalidade uma solução unívoca, isto é, todas as pessoas são titulares deste direito, ao invés, para a caracterização do objecto, ou seja, para identificação “dos bens ou interesses protegidos” pelo direito<sup>560</sup>, é necessário distinguir qual o domínio intelectual, ou do conhecimento, em apreço<sup>561</sup>. Assim sendo, a *liberdade de criação cultural* é passível de desdobramento em função de um critério aferido pela área do

---

<sup>556</sup> Segundo GOMES CANOTILHO, é incompatível com a natureza de pessoa colectiva a titularidade de direitos fundamentais que “pressuponham *características intrínsecas do homem como sejam o corpo ou bens espirituais*”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 421. Com efeito, as pessoas colectivas não têm vontade psicológica, apenas revelam uma vontade funcional que resulta da transformação da vontade psicológica dos titulares dos seus órgãos manifestada num termo de um procedimento decisório, constitucional, legal, regulamentar ou estatutariamente conformado, e que desse modo é imputável à pessoa colectiva; neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 47 e 49 e ss.

<sup>557</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 2, da CRP.

<sup>558</sup> Sobre as indústrias culturais, cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

<sup>559</sup> Neste sentido, GONZALO ARRUEGO RODRÍGUEZ, afirma que “não parecem existir argumentos suficientes para excluir absolutamente a possibilidade que possam ser reconhecidas às pessoas colectivas algumas das faculdades que integram o conteúdo do direito fundamental à investigação científica como, v. g., a livre escolha do objecto da investigação”, *El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978*, in RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (org.), *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 52. Contudo, a doutrina não é consensual neste aspecto, reconhecem a titularidade das liberdades de criação cultural às pessoas colectivas, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas e Constitución*, p. 246, e *Libertad de creación cultural*, p. 4029, IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 108, e MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 187; ao invés, negam tal reconhecimento, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação VI ao artigo 42.º, BEATRIZ GONZÁLES, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 192. A posição doutrinária mais próxima da sufragada no texto é sustentada por SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 162/163.

<sup>560</sup> Neste sentido, SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 127.

<sup>561</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

conhecimento sobre a qual incide e, nesse sentido, assume configuração diversa consoante esteja em causa o exercício de uma actividade, artística, nomeadamente literária, ou científica<sup>562</sup>. Com efeito, arte e ciência separam-se como domínios do conhecimento “com o surgimento do método científico”<sup>563</sup> na medida em que “a arte, perdida a sua credibilidade como instrumento de conhecimento epistemológico da realidade natural, caminhou progressivamente para a *subjectivização* do seu conteúdo” estético<sup>564</sup>, enquanto a ciência passou a *trilhar percursos objectivos* em busca do conhecimento<sup>565</sup>. Assim, a expressão mais conforme ao espírito constitucional será a de *liberdades de criação cultural* pois será também mais lógica a solução de autonomizar vários direitos fundamentais compreendidos no âmbito desta ampla *liberdade de criação cultural* na medida que os respectivos objectos não coincidem, pelo que metodologicamente é essa a orientação que adoptamos na sequência da investigação.

#### 2.2.2.2.1. A liberdade de criação *artística*, nomeadamente *literária*

Sobre o conceito de *arte*, a doutrina revela consenso num único aspecto: não é um conceito de fácil definição<sup>566</sup>. Se recordarmos algumas dissertações do pensamento existencialista de MARTIN HEIDEGGER podemos verificar o reflexo do estado de espírito da doutrina sobre o assunto: “onde e como é que há arte? A arte não é mais do que uma palavra a que nada de real corresponde. Pode valer como uma ideia colectiva na qual reunimos aquelas coisas que da arte somente são reais: as obras e os artistas.

---

<sup>562</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1 e 2, da CRP; em sentido diverso do sustentado no texto, para V. PEREIRA DA SILVA o objecto do direito reconhecido pelo artigo 42.º circunscreve-se à liberdade de criação intelectual e artística (*A cultura a que tenho direito*, p. 70), excluindo assim expressa e conscientemente a ciência da esfera cultural (*idem*, p. 71/72) numa posição doutrinária que resulta no conceito de *cultura em sentido humanista* mais restrito que o adoptado na presente investigação.

<sup>563</sup> A expressão é de FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, p. 85; sobre o método científico, cfr. *infra*, 2.2.1.2.2.

<sup>564</sup> Cfr. FRANCESCO RIMOLI, *idem*, p. 85/86, itálico nosso.

<sup>565</sup> Cfr. *infra*, 2.2.2.2.2.

<sup>566</sup> Neste preciso sentido, SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 128.



Mesmo se a palavra arte designasse mais do que uma ideia colectiva, o que é evocado através desta palavra só o poderia ser tendo por base a realidade das obras e dos artistas. Ou será o contrário? Porventura há obras e artistas apenas na medida em que há arte, e mais precisamente enquanto sua origem? Qualquer que seja a resposta, a pergunta pela origem da obra de arte converte-se em pergunta pela essência da arte. Mas porque tem de se deixar em aberto a questão de saber *se e como* a arte em geral existe, tentaremos encontrar a essência da arte onde, sem sombra de dúvida, a arte efectivamente reina. A arte encontra-se na obra de arte. Mas *o que é e como é* uma obra de arte?<sup>567</sup> A tarefa de delimitar o objecto da *liberdade de criação artística*, reconhecida pela *Constituição da República Portuguesa*<sup>568</sup>, pressupõe a resposta a este quesito.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam que “as dimensões culturais da modernidade e da pós-modernidade apontam (...) para uma interpenetração de conceitos e expressões de criação artística (“arte fractal”, “arte fluída”, “arte minimal”, “arte incrível”, etc)” onde “a intuição, a fantasia, a excentricidade, alargam o âmbito da criação a muitas formas pouco ortodoxas (romances e filmes pornográficos, paródias, *happenings*, *performances*, composições informáticas ou electrónicas)”<sup>569</sup>. Apesar da exemplificação rica de manifestações de carácter artístico, os autores não apontam um critério, mesmo que indiciário, adequado a marcar a diferença específica da criação artística no universo da criação intelectual. O primeiro critério neste contexto foi avançado por SPAGNA MUSSO para quem “o objecto da liberdade em apreço é toda a manifestação artística, sendo que para lograr tal qualificação a actividade humana necessita merecer um juízo de valor que por razões de objectividade, por natureza de

---

<sup>567</sup> Cfr. MARTIN HEIDEGGER, *A origem da obra de arte*, p. 9/10, itálicos nossos.

<sup>568</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1 e 2, da *CRP*.

<sup>569</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação I ao artigo 42.º

difícil observação, deve limitar-se à verificação de um mínimo estético<sup>570</sup>. O critério da valoração estética como *leitmotiv* para a qualificação de uma actividade humana como artística tem obtido largo acolhimento doutrinário<sup>571</sup>. Assim, FRANCESCO RIMOLI afirma que o legislador constituinte italiano consagrou uma “concepção estética” da arte<sup>572</sup>, enquanto JESÚS PRIETO, em sentido concordante, sustenta que “a criação artística conota o belo, isto é, o aspecto estético decorrente da criação humana”<sup>573</sup>, pronunciando-se no sentido “da menção ao artístico, constante do artigo 20.º da *Constitución Española*, comportar um sentido amplo que compreende todas as manifestações nas quais se reconhece a criação estética: tanto das tradicionais artes plásticas como das musicais, audiovisuais, etc.”<sup>574</sup>.

A criação literária, apesar de constituir um modo de criação artística que se distingue das demais formas de arte pelo uso da *palavra* na prossecução da beleza<sup>575</sup>, merece referência destacada pela *Constituição da República Portuguesa*<sup>576</sup>, solução que

---

<sup>570</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 134.

<sup>571</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

<sup>572</sup> Cfr. FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, p. 26, cfr. ainda p. 29.

<sup>573</sup> JESÚS PRIETO especifica que “não se deve olvidar que, por causa do distinto significado medieval do vocábulo “artes” (porquanto não encerrava a ideia do estético), as menções a esta realidade na linguagem jurídica inicialmente foram realizadas mediante o duplo vocábulo “belas artes”; hoje, sem embargo, o adjectivo caiu em desuso porque o substantivo “artes”, no seu significado actual, inclui somente a ideia do estético e por isso verificamos a tendência para declinar a expressão “belas artes” na linguagem jurídica”, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 230, e *Libertad de creación cultural*, p. 4026; no sentido de qualificar a arte segundo uma valoração estética, cfr. ainda BEATRIZ GONZÁLES, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 215, MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 188, e IGOR MINTEGUIA, que embora não se refira expressamente ao valor estético, emprega o termo beleza para caracterizar a finalidade da actividade artística, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 115.

<sup>574</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 230/231, e *Libertad de creación cultural, ibidem*.

<sup>575</sup> Cfr., *supra*, a classificação das artes segundo o critério de RICCIOTTO CANUDO; no sentido da literatura se distinguir das demais formas de criação artística apenas pelo “código de exteriorização”, cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 232, e *Libertad de creación cultural, ibidem* (itálico nosso), MARCOS VAQUER, *Estado y cultura*, p. 188, FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, p. 43, e IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 117.

<sup>576</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, da CRP.

veio a ser consagrada também pelo legislador constituinte espanhol de 1978<sup>577</sup>. Segundo JESÚS PRIETO, uma das explicações possíveis para este destaque conferido à literatura estaria no “peso específico e na singularidade do tratamento técnico jurídico” dos direitos de autor no domínio literário, posição que o autor, no entanto, repudia considerando que o legislador constituinte valorizou apreciativamente a criação literária<sup>578</sup>. Quanto ao caso português, embora não existam *memórias* suficientes para realizar a interpretação autêntica do artigo 42.º no que concerne à menção específica da literatura em contraste com a referência conjunta às demais formas de arte porque os debates na Assembleia Constituinte não esclarecem a matéria, ousamos presumir que estivesse presente no espírito, ou eventualmente no subconsciente, do legislador constituinte a tradição portuguesa de protecção dos direitos de autor no domínio literário<sup>579</sup>. Contudo, essa circunscrição da previsão normativa não encontra justificação nas Sociedades actuais, nem quanto aos sujeitos, porque “os artistas, intérpretes ou executantes, produtores de programas e de videogramas beneficiam igualmente de direitos exclusivos”<sup>580</sup>, nem quanto ao objecto, porque com o desenvolvimento tecnológico assistimos à conseqüente possibilidade de produção e divulgação massiva de *obras de outras artes*, v. g., musicais e cinematográficas, em suportes de plástico,

---

<sup>577</sup> Cfr. artigo 20.º, n.º 1, b), 1.ª parte, da *Constitución Española*.

<sup>578</sup> Cfr. JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 232.

<sup>579</sup> Cfr. artigos 145.ª, § 24, da *Carta Constitucional* e 23.º, § 4, da *Constituição de 1838*; J. J. LOPES PRAÇA, mesmo reconhecendo que o assunto não era pacífico à época, considerava “a propriedade litteraria como uma das mais justas e das mais nobres propriedades do homem” porque, argumentava, “se temos uma finalidade própria e somos senhores das nossas faculdades, claro é que o devemos ser egualmente dos seus produtos” e sustentava mesmo que a *propriedade litteraria e dos inventos* estaria protegida pelo direito (geral) de propriedade (artigo 145.º, § 21, da *Carta Constitucional*), os textos constitucionais faziam-lhes “menção expressa (...) para obviar á opinião dos que a combatiam”, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 94.

<sup>580</sup> Neste sentido J. J. GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, in GOMES CANOTILHO, (org.), *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 219.

nomeadamente vinil, metálicos e, mais recentemente, informáticos<sup>581</sup>, necessariamente credoras de regulação jurídica.

#### 2.2.2.2.2. A liberdade de criação científica

A evolução das Sociedades ocidentais, num percurso descrito em momento anterior no qual se sucederam a *sociedade* agrária, a *sociedade técnica* ou *de massas*, e a *sociedade de risco*<sup>582</sup>, determinou que a doutrina juspublicista haja começado a tomar consciência de um problema para o qual os *fundadores* do Direito Constitucional não estavam seguramente sensibilizados: “a ciência constitui indubitavelmente um problema de Direito Constitucional contemporâneo e tudo indica que a sua importância venha a crescer no futuro”<sup>583</sup>. Se o idealismo alemão reivindicou a autonomia cultural da Sociedade Civil como pressuposto da liberdade do ser humano<sup>584</sup>, “as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial ou o desenvolvimento da energia nuclear começaram a quebrar definitivamente o paradigma de um espaço científico autónomo, auto-regulado e, portanto, impermeável à acção do poder político através do Direito, e mais recentemente foram os problemas relacionados sobretudo com a investigação biomédica e biotecnológica os principais impulsionadores do crescente normativo e doutrinal que suscita a actividade científica”<sup>585</sup>.

---

<sup>581</sup> Sobre esta questão, cfr. MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 81 e ss.

<sup>582</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.1.

<sup>583</sup> A expressão é de ANDREA ORSI BATAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, p. 89; sobre este assunto, cfr. ainda CARL SCHMITT, *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, p. 121, J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 145/146 e 172 ss., e RICARDO CHUECA, *La investigación científica como espacio iusfundamental de normación*, p. 28 e ss.

<sup>584</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.

<sup>585</sup> A síntese é de GONZALO ARRUEGO, *El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978*, p. 36. A circunstância histórica descrita no texto constitui uma explicação para que a *liberdade de ciência*, como direito fundamental, só haja logrado reconhecimento expreso na *Constituição da I República Alemã* (artigo 142.º, n.º 1; sobre esta questão, embora se limitem a constatar o reconhecimento pelos textos constitucionais sem apontar causas para o reconhecimento *tardio* da liberdade em apreço, cfr. MARCELA AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 128 e ss., e *La libertad de*

A demarcação do objecto da liberdade de ciência, liberdade de investigação científica ou liberdade de criação científica<sup>586</sup> depara *ab initio* com um escolho de contornos sinuosos: a definição de ciência<sup>587</sup>. Com efeito, mesmo uma voz autorizada na comunidade jurídica como a de MARIO NIGRO afirma, que “a noção de investigação científica está longe de ser pacífica”<sup>588</sup>, inquietando os espíritos mais cépticos ao afirmar, na esteira do pensamento de ARISTÓTELES<sup>589</sup>, que “a linha confinante entre a *ciência* e a *não ciência* é móvel”<sup>590</sup>. Contudo, a comunidade jurídica nunca *baixou as armas* em busca de um conceito de ciência, podendo o *estado da arte* ser expresso na síntese elaborada por ANDREA ORSI BATAGLINI nos seguintes termos: “a ciência é o estudo da realidade desvinculado de qualquer hipoteca religiosa ou metafísica, a realidade existe, tem seu próprio objetivo, a sua própria verdade, e a razão é um instrumento em si mesmo idóneo a investigá-la porque o seu objectivo corresponde à realidade. Assim, a realidade constitui um sólido e estável “objectivo” da razão e um critério para a verificação das suas hipóteses: a ciência é *descoberta* pelas leis da realidade, é a acumulação progressiva de conhecimento, é *progresso*: e do progresso do conhecimento deriva, a partir da fonte originária, um maior controle da

---

*investigación científica – Orígenes de este derecho y configuración constitucional*, in *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 35 e ss., e JOSÉ LUIS CARRO, *Libertad científica y organización universitaria*, p. 213), ocorrendo o reconhecimento do direito em momento *ainda mais tardio* nos Estados de influência francesa porque “a liberdade de ciência foi sempre absorvida pela polémica sobre a liberdade de ensino, entendida como o direito dos particulares a abrir e administrar os seus próprios estabelecimentos de ensino” (neste sentido, JOSÉ LUIS CARRO, *idem*, p. 212).

<sup>586</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>587</sup> Contudo, BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK não hesitam em propôr uma definição de *ciência* como “a tentativa séria, assente num certo estágio de conhecimentos, da indagação de conhecimentos verdadeiros através de um pensamento metodologicamente ordenado e que procede a reflexões críticas”, *Direitos Fundamentais*, p. 200; MARCELA AHUMADA CANABES, por seu turno, afirma que “a determinação do conceito de ciência é uma tarefa que dificilmente poderá ser feita a partir do Direito, por isso o legislador constituinte utilizou, como técnica de regulação, um conceito indeterminado”, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 152.

<sup>588</sup> MARIO NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica – Profili organizzativi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1972, p. 761.

<sup>589</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

<sup>590</sup> MARIO NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, p.762, itálicos nossos.

natureza e, em última análise, melhores condições para a humanidade. Apesar da diversidade de definições de ciência propostas pelos juristas, invariavelmente movem-se neste horizonte: algumas mais dirigidas para a verdade objectiva, outras mais cautelosas na certificação sobre a seriedade, sistematicidade e racionalidade do método, raramente escapam à relação entre a natureza e a razão”<sup>591</sup>.

Com vista à delimitação do conceito de ciência, podemos encontrar num primeiro grupo de autores aqueles que como MARCELA AHUMADA CANABES definem ciência, pela via do objecto ou resultado, “como o conjunto de conhecimentos objectivos acerca da natureza, da sociedade, do homem e do seu pensamento, sem distinção entre as ciências naturais e as humanidades”<sup>592</sup>. Por seu turno, SPAGNA MUSSO está no rol dos autores que demarca a actividade científica pelo método utilizado mas, apesar de sustentar que o conhecimento científico se caracteriza pelo carácter objectivo, não aponta um método científico típico na medida em que considera que “para cada investigação científica existem, na realidade, um ou mais métodos de investigação comum ou maioritariamente aceites como cientificamente válidos”<sup>593</sup>. Aponta como fundamento para a prevalência do método sobre o resultado que “uma decisão que (...) determinasse o valor de uma manifestação de pensamento científico não em relação ao método usado, mas aos resultados obtidos, que seria muito menos objectiva”<sup>594</sup> e, em seu entender, “toda a manifestação de pensamento pode ser científica porque toda a matéria que merece a atenção do ser humano é susceptível de

---

<sup>591</sup> Cfr. ANDREA ORSI BATAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, p. 92.

<sup>592</sup> Cfr. MARCELA AHUMADA, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 154.

<sup>593</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 135.

<sup>594</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *ibidem*.

ser examinada sob uma perspectiva científica”<sup>595</sup>. O *calcanhar de Aquiles* da tese de SPAGNA MUSSO reside precisamente na ausência de caracterização de um método científico típico, pois ao sustentar *tout court* a existência de um método próprio para cada investigação não logra distinguir *ciência* de *não ciência* nem pela via do objecto nem pela via do método<sup>596</sup>.

Sobre este assunto, cremos que a definição de *ciência* carece ser elaborada<sup>597</sup> segundo um critério misto que considere simultaneamente o objecto e o método<sup>598</sup>, pois recordando uma sábia admoestação de KARL POPPER “uma vez que nunca podemos saber com certeza, não devemos procurar as certezas, e sim as verdades, o que fazemos essencialmente, ao procurar os erros para os corrigir. O conhecimento científico, o saber científico é, por conseguinte, sempre hipotético: é um *saber por conjectura*. O método do conhecimento científico é o método crítico – o método da pesquisa e da eliminação do erro ao serviço da busca da verdade, ao serviço da verdade”<sup>599</sup>. A *verdade*, que

---

<sup>595</sup> Cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *ibidem*.

<sup>596</sup> Uma solução possível para caracterizar o método científico é apontada por ELISABETTA FABIO ao sustentar que “a diferença entre a cultura popular e a ciência começou com o novo naturalismo científico, portanto a partir de meados do século XIX, quando o método experimental e o estudo comparativo permitiram compreender o funcionamento dos fenómenos animados. As dimensões do pensamento humano que tinha funcionado como ligação entre a ciência e o público, como o antropocentrismo e teleologia, com o avanço do conhecimento científico da realidade, começaram a ser consideradas como vício do raciocínio humano, ou características de um pensamento supersticioso”, *La tutela e i limiti della libertà di ricerca scientifica in Italia*, Milano, Università degli studi di Milano, 2010, p. 11.

<sup>597</sup> Uma definição é sempre elaborada *na medida* em que o possa ser pois não devemos olvidar que já MODESTINO ensinava que *omnis definitio in jure periculosa est, Digestum*.

<sup>598</sup> Cremos ser também esta a solução, de conciliar objecto e método, a adoptada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA quando afirmam que “o objecto da protecção [do direito de criação científica] é a força da descoberta (da *Eureka*), ou seja, da actividade livre da pessoa dirigida à procura de novos conhecimentos segundo esquemas racionais de pensamento libertos de quaisquer dogmáticas teológicas, filosóficas ou ideológicas”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação III ao artigo 42.º

<sup>599</sup> Cfr. KARL POPPER, *Conhecimento e formação da realidade: a busca de um mundo melhor*, p. 18; no mesmo sentido RICARDO CHUECA afirma que “o objecto do conhecimento científico consiste (...) em submeter qualquer proposição à superação das exigências precisas para confirmar que não se trata de uma proposição falsa ou inconsistente. Objecto que situa no centro da actividade científica uma busca constante do rigor, não como disposição do espírito, mas como actividade sujeita a método”, *La investigación científica como espacio iusfundamental de normación*, p. 27.

anteriormente identificamos como o valor suprajacente à actividade científica<sup>600</sup>, segundo a definição de IMMANUEL KANT, que sufragamos, “consiste na concordância do conhecimento com o seu objeto”<sup>601</sup>. Em suma, entendemos por *ciência* a actividade processada segundo um método, *sistema de hipóteses*, em busca de um objecto, *corpo de conhecimentos* que consubstanciam a *verdade*.

### 2.2.2.3. O conteúdo dos direitos: inventar, produzir e divulgar

Sustentamos anteriormente, com o auxílio da doutrina civilista, que o conteúdo de um direito subjectivo, género do qual os direitos fundamentais constituem uma espécie, consiste na faculdade ou poder, ou com mais precisão, no conjunto de faculdades ou poderes, reconhecidos pela Ordem Jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra, ou outras, um determinado comportamento<sup>602</sup>. Segundo a linha de investigação projectada, importa agora indagar quais as faculdades que a *Constituição da República Portuguesa* reconhece às pessoas no exercício das liberdades de criação cultural. Assim, verificamos que o enunciado do artigo 42.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* incorpora nestas liberdades as faculdades de *invenção, produção e divulgação* da obra e protege ainda os *direitos de autor*<sup>603</sup>. O preceito em apreço configura um caso em que o próprio legislador constituinte definiu o conteúdo do

---

<sup>600</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

<sup>601</sup> Cfr. IMMANUEL KANT, *Crítica da razão pura*, trad. portuguesa de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 119.

<sup>602</sup> Cfr. *supra*, 2.1.1.; especificamente sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, cfr. ainda JORGE MIRANDA que define o *conteúdo de um direito* como “a faculdade ou o feixe de faculdades destinados à obtenção e à fruição do bem jurídico que lhe subjaz”, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 343, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 161 e ss., e IGNACIO DE OTTO Y PARDO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 141 e ss.

<sup>603</sup> O artigo 42.º, n.º 2, corresponde parcialmente ao artigo 25.º, n.º 4, do *Projecto de Constituição do PARTIDO POPULAR DEMOCRÁTICO* que propunha o seguinte enunciado: “o direito de liberdade de criação intelectual e artística compreende o direito à invenção, produção da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos interesses morais ou materiais do autor”, disponível na *internet* em [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01270418i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01270418i.html)), sobre os trabalhos parlamentares em torno deste assunto, cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *Os direitos e deveres culturais*, p. 356/357.



direito<sup>604</sup> e recortou os seus limites internos<sup>605</sup>, pelo que ao intérprete resta aclarar o significado das várias faculdades reconhecidas pelo enunciado.

Conforme mencionado, *inventar*, *produzir*, *divulgar* são as faculdades que integram o conteúdo das liberdades de criação cultural. Os termos em apreço não são exclusivos da enciclopédia jurídica pelo que é necessário buscar o respectivo significado na linguagem corrente. Conforme adiantamos em momento anterior, *inventar* significa “criar na imaginação, idear, descobrir, urdir”<sup>606</sup>, consistindo assim numa pura actividade do *intelecto* humano que é de entre as faculdades que integram o conteúdo das *liberdades de criação cultural* aquela que está, por excelência, na zona de confluência entre o conteúdo destes direitos e o conteúdo da *liberdade de expressão do pensamento*<sup>607</sup>. Considerando a *tramitação* do procedimento criador da obra de arte ou de ciência, a faculdade em apreço é exercida, lógica e cronologicamente, em momento anterior à consumação da obra e consiste numa decisão do autor mediante a qual procede à “escolha do tema e das ideias que pretende exteriorizar através deste suporte, bem como na definição da forma pela qual deseja exprimir as ideias”<sup>608</sup>.

---

<sup>604</sup> À data da aprovação da *Constituição da República Portuguesa*, a técnica legislativa de definição do conteúdo das liberdades de criação cultural no próprio texto constitucional não tinha antecedentes no direito comparado, cfr. *supra*, I, 2.; aliás, SPAGNA MUSSO pronuncia-se em sentido desfavorável à definição constitucional do conteúdo das liberdades de criação artística argumentando que “se o objecto é constituído pela manifestação artística e pela investigação científica (...) o conteúdo está estruturado de modo a permitir manifestar livremente a arte e a realizar investigação científica”, deste modo “o preceito constitucional que define o objecto dos direitos em apreço permite aos seus titulares exprimirem-se livremente, bem como a agir mas a agir sem predeterminação de orientações ou restrições na matéria”, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 153/154. No entanto, o legislador constituinte português adoptou uma técnica legislativa diferente pelo que, conforme sustentamos no texto, importa especificar o significado preciso das várias faculdades expressamente reconhecidas pelo artigo 42.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>605</sup> Cfr. *infra*, 2.2.2.4.

<sup>606</sup> Cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 959; sobre este assunto, é reconhecido pela doutrina que “a cultura existe mas também se inventa”, RAFAEL BARRANCO, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 200.

<sup>607</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.

<sup>608</sup> A expressão é de IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 124, no mesmo sentido, MARCOS VAQUER define *criação* como a “idealização e manifestação de um obra artística, literária, científica ou técnica”, *Estado y Cultura*, p. 190, e ainda JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que descreve o termo inicial da criação da obra como uma “prefiguração”, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 60.

Por seu turno, a faculdade de *produzir* assume o significado de “dar nascimento a, criar, gerar, causar, originar, fornecer, fabricar, proporcionar”<sup>609</sup>, portanto em tornar efectiva, nomeadamente mediante corporização, da obra artística<sup>610</sup> ou científica<sup>611</sup>, sem olvidar obviamente a possibilidade de realização de manifestações artísticas<sup>612</sup> ou acções científicas<sup>613</sup> incorpóreas<sup>614</sup>. Ao invés da faculdade de *invenção* que decorria exclusivamente na intimidade do pensamento do seu criador, a faculdade de *produção* implica necessariamente uma exteriorização ou materialização desse mesmo pensamento<sup>615</sup>, mesmo com conhecimento circunscrito ao criador ou a um círculo reduzido de pessoas, e pode ser realizada unicamente pelo criador<sup>616</sup>, com auxílio de colaboradores<sup>617</sup>, ou no âmbito de um procedimento de produção organizado, a título eventual ou permanente, envolvendo a participação de vários intervenientes<sup>618</sup>.

Por último, *divulgar* significa “tornar público, dar a saber, espalhar, tornar-se conhecido”<sup>619</sup> e para que seja possível alcançar o exercício desta faculdade é necessário

---

<sup>609</sup> Cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 1343.

<sup>610</sup> Como, v. g., imprimir um livro ou gravar um disco.

<sup>611</sup> Como, v. g., construir um automóvel ou um televisor.

<sup>612</sup> Como, v. g., executar uma representação teatral.

<sup>613</sup> Como, v. g., realizar uma operação de aproveitamento do espaço hertziano.

<sup>614</sup> Assim, discordamos parcialmente de MARCOS VAQUER quando define *produção* como “a incorporação da obra num suporte susceptível de ser distribuído e comunicado ao público, isto é, a sua transformação em produto” (*Estado y Cultura*, p. 190) porque no caso das manifestações intelectuais imateriais ou incorpóreas não se verifica a sua transformação da obra em produto, ao invés ocorre a prestação de um serviço com a prática da manifestação intelectual em causa.

<sup>615</sup> Neste sentido, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos conexos*, p. 61.

<sup>616</sup> Como, v. g., pintura de um quadro a óleo.

<sup>617</sup> Como, v. g., impressão numa tipografia de um livro integralmente escrito e paginado pelo autor; aliás o legislador português não foi insensível à verisimilidade de prática deste modo de produção estatuidando o regime dos contratos adequados ao efeito nos termos do artigo 84.º, n.º 1, a) e b), do *Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)*.

<sup>618</sup> Como, v. g., linha de montagem de leitores de CD’s ou de DVD’s onde é realizada a incorporação física dos vários componentes electrónicos previamente construídos e testada a respectiva qualidade. A produção da obra artística ou científica autonomamente por terceiro, ou por terceiros, carece ser legitimada pela celebração de um contrato de edição (cfr. artigo 83.º do *CDADC*); à transmissibilidade da faculdade de produção de obra artística ou científica não é alheia a doutrina de J. OLIVEIRA ASCENSÃO no sentido da exteriorização da obra ser “um elemento estranho ao autor”, *Direito de autor e direitos conexos*, p. 67.

<sup>619</sup> Cfr. J. ALMEIDA COSTA e A. SAMPAIO E MELO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 562.

que a obra intelectual esteja realizada<sup>620</sup> porque só então “poderá iniciar-se a comunicação entre o autor e aqueles que desejem conhecê-la, permitindo a satisfação integral do fim social visado com a difusão pública da criação intelectual”<sup>621</sup>, isto é, proporcionar bens e serviços culturais às pessoas e, em última análise, a inclusão dos mesmos no património cultural comum<sup>622</sup>. Apesar das faculdades de produção e de divulgação partilharem o *habitat* exterior ao pensamento do criador, distinguem-se pela circunstância da primeira consistir numa actividade industrial de construção ou de simples manifestação de algo, consoante se trate de uma criação material ou imaterial, enquanto a segunda pode consistir numa actividade comercial de (compra e) venda ou locação de bens e serviços culturais, normalmente realizada através de entidades empresariais que actuam no mercado em regime de monopólio ou de oligopólio, consoante os casos<sup>623</sup>, ou então numa actividade de carácter social ou filantrópico como o comodato, mútuo ou a prestação de um serviço não remunerado<sup>624</sup>.

Apesar do aparecimento de algumas orientações doutrinárias que reivindicam a existência de uma função social na divulgação das obras intelectuais<sup>625</sup>, o legislador constituinte português não deixou de acautelar a posição jurídica dos respectivos autores, assegurando a “protecção legal dos *direitos de autor*”<sup>626</sup>, expressão preferida

---

<sup>620</sup> Aliás, J. OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta que a obra está concluída com a produção, isto é, para que exista obra não é necessário que tenha sido divulgada, *Direito de autor e direitos conexos*, p. 88.

<sup>621</sup> A expressão é de IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 126.

<sup>622</sup> Neste sentido, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 190.

<sup>623</sup> Como, v. g., um distribuidor livreiro ou discográfico, de material informático ou explorador de estabelecimento comercial dedicado à venda destes bens, uma entidade instaladora de aparelhos para realização de diagnósticos médicos em clínica e hospitais ou um vendedor de automóveis, no que concerne a bens, ou um promotor de espectáculos, uma estação emissora de rádio ou de televisão ou um clube de aluguer de livros ou discos, no que respeita a serviços.

<sup>624</sup> Como, v. g., uma biblioteca, no caso do comodato de livros, ou um artista que realiza um espectáculo de beneficência, no tocante à prestação de serviços.

<sup>625</sup> Cfr., por todos, IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 126.

<sup>626</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, *in fine*, da CRP, itálicos nossos; segundo GOMES CANOTILHO, “esta formulação textual tem relevante significado jurídico-constitucional. Permite-nos conceber o direito de

pelos constituintes de 1975/76 em detrimento do conceito, mais divulgado no plano internacional, de *propriedade intelectual*<sup>627</sup> para retomarem a tradição portuguesa da protecção jurídica da tradicionalmente denominada *propriedade literária*<sup>628</sup>. Contudo, a análise do Direito Constitucional comparado revela uma omissão generalizada de regulação desta matéria<sup>629</sup> e, desse modo, a *Constituição da República Portuguesa* é, na sequência da tradição iniciada ainda no nosso constitucionalismo monárquico<sup>630</sup>, a que se afigura mais amiga da posição subjectiva do autor da obra artística ou científica ao consagrar expressamente que as liberdades de criação intelectual compreendem a protecção legal dos direitos de autor, pessoais e patrimoniais. Com efeito, nos demais sistemas políticos analisados, a doutrina socorre-se normalmente do disposto no artigo 27.º, n.º 2, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e ainda no artigo 15.º, n.º 1, c) do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* como arrimo da *fundamentalidade* do direito à “protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria<sup>631</sup>, sem prejuízo da respectiva protecção em sede de Direito interno *infra-constitucional*<sup>632</sup>”.

---

autor como um direito *unitário* e mais do que isso, como um direito de *troncalidade* subjectivamente radicado na pessoa do *autor* e não apenas na obra do autor. Neste contexto, o direito de autor compreende-se não apenas como um direito, liberdade e garantia mas como um *direito de personalidade* que faz apelo à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da personalidade (artigos 1.º e 2.º da CRP)”, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, p. 222.

<sup>627</sup> Cfr. IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 32 e ss., e autores aí citados.

<sup>628</sup> Sobre os debates na Assembleia Constituinte acerca do assunto, cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *Os direitos e deveres culturais*, p. 356/366.

<sup>629</sup> Cfr. artigos 5.º, n.º 3, da *Grundgesetz*, 33.º, § 1, da *Costituzione Italiana* e 20.º, n.º 1, b), da *Constitución Española* e, na doutrina, JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, tomo I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994, p. 47, e J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos fundamentais*, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 183.

<sup>630</sup> Cfr ainda *supra*, 2.2.2.2.1.

<sup>631</sup> Aliás, preceitos que não deixariam de vigorar na Ordem Jurídica portuguesa e, além disso, de conferir *fundamentalidade* aos direitos em apreço por força do disposto na cláusula aberta consagrada no artigo 16.º, n.º 1 da CRP, cfr. *supra*, 2.1.2

<sup>632</sup> Cfr., selectivamente, JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 230, IGOR MINTEGUIA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 38 e ss, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 192 e ss.

A *propriedade intelectual*<sup>633</sup> constitui matéria cientificamente estimulante<sup>634</sup>, está longe de recolher consensos na doutrina e, *the last but not the least*, o respectivo aprofundamento excede largamente o escopo da presente investigação. Assim sendo, a abordagem à problemática em apreço será circunscrita aos aspectos conexos com o gozo integral das liberdades de criação cultural. O âmago da questão reporta-se à qualificação de uma pessoa como *autor*, *inventor* ou *criador*, assim como ao *valor económico* gerado pela utilização das obras ou manifestações intelectuais para fins comerciais, industriais, pedagógicos ou publicitários, entre outros possíveis. A primeira análise ao regime jurídico regulador da matéria revela que a pedra angular do mesmo é a relação de causa e efeito que a *Constituição da República Portuguesa* estabelece entre o conteúdo das liberdades de criação cultural e o *valor económico* daí resultante<sup>635</sup>.

Circunscrito o desiderato da presente investigação, e considerando que a Lei Fundamental remete a estatuição da protecção legal dos direitos de autor para a lei ordinária, a análise dos diplomas legislativos revela a seguinte configuração legal dos mesmos. O primeiro aspecto a considerar reporta-se à técnica legislativa utilizada na medida em que a Ordem Jurídica portuguesa não compreende um diploma regulador da

---

<sup>633</sup> A expressão *propriedade intelectual*, apesar de preterida pelo legislador constituinte a favor do enunciado *direitos de autor*, nunca deixou de integrar o ordenamento jurídico português; assim, desde logo o artigo 1303.º do *Código Civil (CC)* tem por epígrafe a expressão *propriedade intelectual* e acrescentamos desde já que da interpretação do preceito resulta que *direitos de autor* e *propriedade industrial* estão consagrados como espécies do género *propriedade intelectual*, conceito que está também consagrado nos artigos 217.º, n.º 2, e 224.º, n.º 1, b) do *CDADC*.

<sup>634</sup> Cfr., selectivamente, CARLOS OLAVO; *Propriedade Industrial – Noções Fundamentais*, Lisboa, 1987, policopiado, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos conexos*, GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor e Radiodifusão – Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os primórdios até à Tecnologia Digital*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, e ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Da obra multimédia como objecto de propriedade intelectual: arte digital, programas de computador e bases de dados electrónicas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 435 a 470, e *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2008.

<sup>635</sup> A questão é colocada nestes exactos termos por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República portuguesa anotada*, vol. I, anotação IV ao artigo 42.º, cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, p. 218.

*propriedade intelectual* no seu conjunto como sucede noutros ordenamentos jurídicos<sup>636</sup>. Assim, o regime jurídico da matéria está disperso entre o *Código do direito de autor e direitos conexos* e o *Código da propriedade industrial*<sup>637</sup>. O primeiro destes diplomas protege as *obras* que define como “as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico” quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo<sup>638</sup>, enquanto o segundo confere “direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”<sup>639</sup> que consistem igualmente em criações intelectuais ou “do espírito”<sup>640</sup>.

Quanto ao conteúdo específico de cada um destes direitos, o *direito de autor* caracteriza-se pela sua “amplitude”<sup>641</sup>, isto é, não se circunscreve a um conjunto de faculdades de natureza pessoal mas também não se resume a um mero direito de propriedade sobre a obra, composto apenas por faculdades de natureza patrimonial<sup>642</sup>. Assim, o primeiro grupo de faculdades, que assumem carácter específico em relação ao conteúdo de qualquer outro direito, consiste basicamente na possibilidade de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a sua genuinidade e integridade<sup>643</sup>. Já as faculdades do segundo grupo, não diferem minimamente das clássicas faculdades de *utendi, fruendi et abutendi* que identificam o conteúdo do milenar direito de propriedade<sup>644</sup>.

---

<sup>636</sup> Como acontece, v. g., em Espanha com a *Ley de Propiedad Intelectual*, cuja texto em vigor consta da *Ley n.º 23/2006, de 7 de Julio*, disponível na internet em [www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf).

<sup>637</sup> Ambos os *Códigos* foram revistos e republicados na íntegra pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril.

<sup>638</sup> Cfr artigo 1.º, n.º 1, do *CDADC*.

<sup>639</sup> Cfr artigo 1.º do *Código da Propriedade Industrial (CPI)*.

<sup>640</sup> Neste preciso sentido, CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial – Noções Fundamentais*, Lisboa, 1987, policopiado, p. 11.

<sup>641</sup> A expressão é de JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, p. 50.

<sup>642</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1, do *CDADC*; empregamos intencionalmente o termo *faculdades* e não *direitos* conforme consta do enunciado normativo porque o conteúdo de um direito é um conjunto de poderes ou faculdades (cfr. *supra*) e não de outros direitos; a mesma observação é realizada por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos conexos*, p. 389.

<sup>643</sup> Cfr. artigos 9.º, n.ºs 1 e 3, e 56.º, n.º 1, do *CDADC*.

<sup>644</sup> Cfr. artigos 1305.º do *CC* e 9.º, n.º 2, do *CDADC*. Cremos que excede manifestamente o escopo da presente investigação reabrir a discussão em torno da *tipicidade v. elasticidade* do conteúdo do direito de

Contudo, ao proteger apenas a *obra* artística ou científica produzida<sup>645</sup>, mesmo independentemente da respectiva divulgação<sup>646</sup>, a Ordem Jurídica não assegura, por opção expressa do legislador, a protecção dos actos ou trabalhos preparatórios conducentes à produção dessa obra<sup>647</sup>. A solução legislativa vigente afigura-se-nos manifestamente desproporcionada em sede de protecção dos criadores, em especial dos inventores e produtores, na medida em que a produção de uma obra artística, *v. g.*, elaboração de uma pauta musical, ensaio de uma peça de teatro, redacção de uma biografia ou de um romance, filmagens de uma série cinematográfica ou televisiva, ou de uma investigação científica, *v. g.*, preparação de uma tese académica, trabalho em laboratório conducente à elaboração da fórmula química de uma vacina, normalmente constitui um procedimento complexo e temporalmente longo, no qual participam vários intervenientes, mesmo que apenas a título de colaboradores<sup>648</sup>, e durante o qual poderão ser progressivamente objecto de comunicação entre os vários participantes ou de materialização, consoante os casos, algumas ideias, procedimentos, métodos e descobertas que irão constituir parte integrante da obra final. Caso ocorra uma eventual fuga de informação, desencadeada por um colaborador, pode inviabilizar a produção da obra *in toto*, ou pelo menos impedir a prova da imputação ao verdadeiro criador, isto é, a originalidade<sup>649</sup>. Com vista a impedir a ocorrência de plágios de ideias comunicadas nas fases de invenção ou de produção do procedimento criativo ou materializadas em

---

propriedade na medida em que o disposto em qualquer dos preceitos citados se afigura suficiente para delimitar o conteúdo essencial do direito de propriedade; sobre esta questão, *cfr.* CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO sustentava que “o proprietário tem poderes indeterminados, em face disso é legítimo dizer-se que a base é o *ius utendi, fruendi et abutendi*”, *Direitos Reais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1971, p. 234/235, enquanto A. PENHA GONÇALVES sustentava que a propriedade “é um direito real máximo ou pleno”, *Direitos Reais*, Lisboa, Universidade Lusíada, s/d, p. 250.

<sup>645</sup> *Cfr.* artigo 1.º, n.º 1, do CDADC; neste sentido, A. PENHA GONÇALVES, *Direitos Reais*, p. 244.

<sup>646</sup> *Cfr. idem*, n.º 3.

<sup>647</sup> *Cfr. idem*, n.º 2.

<sup>648</sup> *Cfr. supra*.

<sup>649</sup> *Cfr.* artigo 2.º, n.º 1, do CDADC.

actos preparatórios da obra final<sup>650</sup>, alguma doutrina reivindica, *de jure constituendo*, a consagração legal de uma *propriedade científica*, distinta, quer da propriedade intelectual, quer da propriedade industrial<sup>651</sup>, com objectivo de proteger “as ideias, os conhecimentos ou as habilidades incorporados na obra”<sup>652</sup>. Apesar de sufragarmos a necessidade de protecção específica das ideias, procedimentos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios e descobertas<sup>653</sup>, consideramos desnecessária e inadequada a identificação de um *tercium genus* específico para protecção dos bens em apreço na medida em que sendo a obra *una*, isto é, apenas o resultado das actividades de invenção e produção, deverá ser protegida *in toto* pelo mesmo direito. Consequentemente, sufragamos *de jure constituendo* a extensão do conteúdo do direito de autor à protecção dos bens em apreço como forma de assegurar a posição jurídica do criador desde o primeiro acto de exteriorização ou manifestação da obra e não apenas a partir do momento de conclusão da respectiva produção.

Ao nível jurídico-constitucional suscitam-se duas questões nucleares sobre o direito de autor: a primeira reporta-se à sua (i) relação com o direito de propriedade, consagrado no artigo 62.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*, na medida em que está em causa um direito de propriedade sobre criações culturais, a denominada *propriedade intelectual*; por outro lado, (ii) alguma doutrina sustenta estarmos perante uma *garantia institucional* e não perante um verdadeiro direito fundamental. Quanto à primeira questão, ao preferir o conceito de *direitos de autor* em detrimento da clássica

---

<sup>650</sup> Ao invés a legislação portuguesa protege especialmente os direitos dos colaboradores no processo de produção da obra, cfr. artigo 176.º e ss. do *CDADC*.

<sup>651</sup> Neste sentido, ISABEL-CECILIA DEL CASTILLO, *Propiedad intelectual, investigación y tesis doctorales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 23.

<sup>652</sup> A expressão é ainda de ISABEL-CECILIA DEL CASTILLO, *idem*, p. 24.

<sup>653</sup> Sufragamos, portanto, *de jure constituendo*, a solução contrária à consagrada no artigo 1.º, n.º 2, do *CDADC* que, por sua vez, coincide com a solução consagrada no artigo 9.º, n.º 2, do *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS, na sigla em inglês de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)*.



expressão *propriedade intelectual*<sup>654</sup>, o legislador constituinte, apesar do complexo de faculdades que incorporam o conteúdo do direito em apreço, configurou-o como um *direito unitário*<sup>655</sup> cujas componentes pessoal e patrimonial estão ligadas geneticamente por umnexo de causalidade e um outro de instrumentalidade. O direito em apreço reveste na sua plenitude a natureza jurídica de um direito de liberdade, em primeiro lugar, porque a sua componente pessoal, isto é, a possibilidade do autor reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a respectiva genuinidade e integridade, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e que possa afectar a sua própria honra e reputação<sup>656</sup>, configura o exemplo inequívoco do conteúdo de um direito de liberdade porque reconhece uma esfera de autodeterminação pessoal<sup>657</sup> ao autor da obra. Por seu turno, a componente patrimonial, consistindo num direito de propriedade sobre uma obra intelectual<sup>658</sup>, não deixa de ser um direito de liberdade na medida em que é consensual na doutrina que o direito de propriedade reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias enunciados no respectivo *catálogo constitucional*<sup>659</sup>. Assim, o legislador constituinte utilizou, na redacção do artigo 42.º,

---

<sup>654</sup> Sobre esta questão, cfr. JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *Os direitos e deveres culturais*, p. 356/357.

<sup>655</sup> Cfr. 9.º, n.º 1, do CDADC e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, p. 222.

<sup>656</sup> Cfr. artigo 56.º, n.º 1, e ainda o *direito de retirada* consagrado no artigo 62, ambos do CDADC.

<sup>657</sup> Cfr. *supra*, 2.1.4.

<sup>658</sup> Cfr. artigo 1303.º, n.º 1, do CC e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 62.º; a orientação do Tribunal Constitucional vai no sentido de considerar a propriedade intelectual protegida pelo artigo 62.º, n.º 1, da CRP; cfr., selectivamente, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 491/2002, disponível na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html), n.º 139/2004, disponível na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040139.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040139.html), n.º 620/2004, disponível na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040620.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040620.html) e n.º 178/2007, disponível na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070178.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070178.html).

<sup>659</sup> Cfr., por todos, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 178, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação XI ao artigo 62.º, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 187, e, apenas quanto ao regime aplicável, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *idem*, anotação I ao artigo 62.º

n.º 2, uma técnica legislativa coerente com a *natureza unitária* do *direito de autor*, reconhecendo-o como um direito *uno e complexo*, ou seja, como um único direito composto, *nos termos da lei*, por faculdades pessoais e por faculdades patrimoniais, enquanto o direito de propriedade protege a título meramente consequente apenas a componente patrimonial do direito em apreço<sup>660</sup>.

Quanto à qualificação da natureza do direito de autor entre a categoria de direito fundamental ou de garantia institucional, é nosso entendimento que estamos perante um direito fundamental porque é como tal reconhecido nos termos do artigo 42.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* e, do mesmo modo, é reconhecido como direito fundamental nos termos dos artigos 27.º, n.º 2, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e 15.º, n.º 1, c) do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* que reconhecem, ambos, a toda a pessoa “o direito à protecção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de sua autoria” e vigoram, também ambos, na Ordem Jurídica portuguesa ao abrigo da cláusula aberta consagrada no artigo 16º, n.º 1, da Lei Fundamental. Se dúvidas ainda subsistissem na interpretação do 42.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* estas deveriam ser resolvidas mediante interpretação do preceito de harmonia com o disposto no citado artigo 27.º, n.º 2, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, conforme estabelecido no artigo 16.º, n.º 2, do texto constitucional português. Neste sentido, consideramos improcedente a tese de OLIVEIRA ASCENSÃO no sentido de estarmos perante uma garantia institucional<sup>661</sup> na medida em que o direito de autor reconhece uma posição subjectiva ao seu titular, conforme verificamos confere-lhe um conjunto vasto de faculdades pessoais e patrimoniais, enquanto a garantia institucional,

---

<sup>660</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1, do *CDADC*, que conjuga *no* direito de autor conteúdo simultaneamente pessoal e patrimonial; no mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, p. 50.

<sup>661</sup> Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos fundamentais*, p. 181 e ss.

por definição, configura uma situação em que “a Constituição estabelece regras ou impõe deveres, designadamente às entidades públicas, com a função principal e a intenção de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana centrada em posições subjectivas mas não investe os indivíduos em situações de poder ou de disponibilidade com esse objectivo específico”<sup>662</sup>.

#### **2.2.2.4. Os limites aos direitos de criação cultural**

##### **2.2.2.4.1. Questão prejudicial: os direitos fundamentais admitem limites?**

A análise dogmática do conceito, natureza e regime de um direito fundamental não pode ignorar a sábia admoestação de LUIS AGUIAR DE LUQUE quando recorda “que os direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, estão sujeitos a limites, é hoje uma afirmação genericamente admitida e que não coloca problemas em si mesma. Sem embargo, este assunto constitui um dos aspectos de maior interesse para a análise da teoria jurídica dos direitos fundamentais (...), tanto pela natureza e alcance dos limites em apreço como pela peculiar relação dialéctica que se estabelece entre os direitos fundamentais consagrados pela Constituição e os operadores jurídicos do sistema chamados a declarar tais limites”<sup>663</sup>. Com efeito, se passarmos em retrospectiva a História Constitucional, o primeiro aspecto que podemos verificar é que a *quaestio* da limitação dos direitos fundamentais é abordada desde o *Livro do Génesis* do reconhecimento destes direitos como inerentes à dignidade humana. Assim, logo o artigo 4.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*, numa positivação da

---

<sup>662</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 135; no mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 134.

<sup>663</sup> Cfr. LUIS AGUIAR, *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, p. 28, o autor cita ainda no mesmo contexto uma fórmula lapidar do *Tribunal Constitucional español* segundo a qual “não existem direitos ilimitados, todo o direito tem os seus limites” (Sentença n.º 2/82, de 29 de Janeiro); cfr. ainda *Los limites de los derechos fundamentales*, p. 9; no mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 265, e IGNACIO DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 110.

velha máxima liberal “a liberdade de cada um acaba onde começa a liberdade do outro”<sup>664</sup>, dispunha que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”<sup>665</sup>. Além da existência de limites decorrentes apenas da necessidade de assegurar a coexistência pacífica dos membros de uma comunidade humana, se abordarmos isoladamente o ADN de cada direito fundamental constitucionalmente reconhecido, isto é, se analisarmos a sua estrutura interna independentemente da interferência do exercício desse direito sobre direitos de terceiros, verificamos ainda que cada direito fundamental se caracteriza por proteger um objecto e um conteúdo próprios que configuram a sua identidade, ou diferença específica, perante os outros direitos positivamente reconhecidos, ou, na síntese, aparentemente pleonástica mas frequentemente olvidada, quer pela comunidade científica, quer pelo senso comum, de IGNACIO DE OTTO, “qualquer direito ou liberdade, fundamental ou não, protege apenas aquilo que protege e nada mais”<sup>666</sup>.

Contudo, a *Constituição da República Portuguesa* não comporta qualquer menção a *limites* aos direitos fundamentais. JORGE MIRANDA recorda como circunstância histórica que motivou o legislador constituinte a omitir a consagração de qualquer “cláusula geral sobre o exercício dos direitos fundamentais”, “o receio – comprovado pela experiência do § 1 do artigo 8.º da Constituição de 1933<sup>667</sup> e revivido intensamente em 1975 – de que tal cláusula pudesse frustrar a atribuição dos direitos,

---

<sup>664</sup> Cfr. HERBERT SPENCER, *The Man versus the State*, Indianapolis, Liberty Classics, 1981, p. 163.

<sup>665</sup> Cfr. artigo 4.º da *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*.

<sup>666</sup> Cfr. IGNACIO DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 110 e 151; cfr. ainda *supra* I, 1.5.

<sup>667</sup> O artigo 8.º, § 1, da Constituição de 1933 dispunha o seguinte: “a especificação destes direitos e garantias não exclui quaisquer outras constantes da Constituição ou das leis, entendendo-se que os cidadãos deverão fazer uso deles sem ofensa dos direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da Sociedade ou dos princípios da moral”.

liberdades e garantias, abrindo caminho a que os detentores do poder viessem, na prática, a derrogar os princípios constitucionais e a transformar o regime em autoritário ou totalitário<sup>668</sup>. O legislador constituinte não foi, no entanto, insensível à questão da impossibilidade lógica da aceitação *tout court* do carácter absolutamente ilimitado dos direitos fundamentais e, logo numa primeira análise é visível que, consagrou expressamente a possibilidade de imposição de restrições por via legislativa aos mesmos, observados alguns pressupostos, requisitos e critérios<sup>669</sup>.

Apesar de regularem matérias conexas e, por vezes, produzirem efeitos jurídicos análogos na esfera pessoal, os conceitos jurídicos de *limite* e de *restrição* aos direitos fundamentais, respectivamente, a circunscrição do âmbito da titularidade, do objecto ou do conteúdo dos direitos no preciso momento do seu reconhecimento constitucional e a compressão da mesma realidade em momento posterior à delimitação do *Tatbestand*, encontram arrimo em pressupostos filosóficos diametralmente opostos. Segundo ensina ROBERT ALEXY, “quem sufraga uma teoria individualista do Estado e da Sociedade, será partidário de uma teoria externa, enquanto aquele que defenda a posição natural da pessoa como membro de uma comunidade, assumirá preferência por uma teoria interna<sup>670</sup>. As teorias mencionadas pelo filósofo de *Oldenburg* são passíveis de caracterização nos termos que passamos a descrever. Assim, para os defensores da denominada *teoria interna* “existe apenas uma única figura jurídica: o direito com um determinado conteúdo<sup>671</sup>, pelo que o *limite* representa a demarcação do conteúdo

---

<sup>668</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 189; para o efeito louva-se na acta da 2.ª Comissão da Assembleia Constituinte, pub. in *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 30, de 13 de Agosto de 1975, p. 784.

<sup>669</sup> Cfr. artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *CRP*.

<sup>670</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 241; no mesmo sentido, JOSÉ LAMEGO, *Sociedade aberta e liberdade de consciência – O direito fundamental de liberdade de consciência*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1985, p. 73/74.

<sup>671</sup> A expressão é ainda de ROBERT ALEXY, *idem*, p. 240.

natural do direito<sup>672</sup>. Ao invés para os cultores da *teoria externa* “existem duas figuras distintas: o direito e as suas restrições, (...) primeiro existe o *direito em si*, que não está configurado ou limitado, e, em segundo lugar, o que resta do direito quando se lhe introduzem as restrições, isto é, o *direito restringido*”<sup>673</sup>. Segundo esta teoria, “não existe uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. A relação em apreço é criada apenas em caso de necessidade, externa ao direito, de tornar compatíveis entre si os direitos das várias pessoas ou os direitos individuais e os bens colectivos”<sup>674</sup>.

A juspublicística teutónica não é consensual na interpretação das normas da *Gundgesetz* sobre a matéria em apreço. Assim, ROBERT ALEXY, partindo da distinção *dworkiana* entre princípios, que consagram posições *prima facie*, e regras, que consagram posições definitivas<sup>675</sup>, sufraga a consagração da *teoria externa* pela *Gundgesetz* com fundamento naquele que denomina por “princípio da liberdade jurídica geral que é o “bem protegido” pelo artigo 2.º, § 1,”<sup>676</sup> do mesmo texto constitucional, expresso no enunciado “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade”<sup>677</sup>. Sustenta ROBERT ALEXY que, “no caso de partirmos exclusivamente de posições definitivas, chegamos ao resultado de não ser possível restringir as posições conferidas pelos direitos fundamentais, ainda que o possamos

---

<sup>672</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 240/241.

<sup>673</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 240.

<sup>674</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*; para uma comparação entre as teorias interna e externa sobre a limitação dos direitos fundamentais, cfr. ainda J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 259 a 262 e, com especial detalhe, p. 289 a 353, e ainda p. 552 a 567. Apesar de J. REIS NOVAIS autonomizar a teoria de ROBERT ALEXY, baseada na distinção entre direitos consagrados em princípios e direitos consagrados em regras, como um *tercium genus* perante as teorias interna e externa mencionadas (p. 322 a 353), é o próprio ROBERT ALEXY que, com base nesta mesma distinção, proclama expressamente a bondade da teoria externa, pelo que assim será considerado no decurso da presente investigação.

<sup>675</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 240; a distinção entre regras e princípios em sede de Filosofia do Direito é imputável a RONALD DWORKIN (*Los derechos en serio*, p. 61 e ss.) e foi adaptada à teoria dos direitos fundamentais por ROBERT ALEXY nos termos mencionados no texto.

<sup>676</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *idem*, p. 243.

<sup>677</sup> Cfr. artigo 2.º, § 1, da *Gundgesetz*.

fazer aos bens protegidos pelo direito fundamental”<sup>678</sup>, enquanto que “se partimos do modelo dos princípios, estamos a restringir não apenas um bem protegido pelas normas de direito fundamental mas um direito *prima facie* garantido por normas de direito fundamental, portanto, no modelo dos princípios é correcto falarmos de restrições aos direitos fundamentais e então é válida a teoria externa”<sup>679</sup>. Por seu turno, PETER HÄBERLE considera a *teoria interna* mais conforme à “cláusula de comunidade”<sup>680</sup>, consagrada no artigo 1.º, § 2, da mesma *Gundgesetz* e que estabelece que “o povo alemão reconhece (...) os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”<sup>681</sup>, quando afirma que “a concretização dos limites admissíveis aos direitos fundamentais não é um processo que afecte os mesmos desde o exterior pois entre os direitos fundamentais e os seus limites, ou os bens protegidos por estes existe, uma relação estreita caracterizada pela essência do direito”<sup>682</sup>. Conclui assim o autor de *Göppingen* que “os limites dos direitos fundamentais delineados conforme a sua essência atribuem a cada um dos mesmos o lugar que ocupam desde o início no universo constitucional”<sup>683</sup>.

A questão em apreço é delicada porque está em causa definir até que ponto o Estado pode legitimamente impedir, mesmo que apenas parcialmente, a pessoa humana

---

<sup>678</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 243.

<sup>679</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *ibidem*; contra, VIEIRA DE ANDRADE afirma que “nesta construção – que parte de um âmbito máximo de protecção do preceito, de algum modo extremando as teorias da “hipótese normativa alargada” –, a limitação de direitos fundamentais associada ao método da *ponderação* e da *harmonização*, toma um sentido muito amplo que tende a consumir na colisão de direitos ou de direitos e valores, além dos casos de harmonização, a declaração de limites imanentes (neste modelo, necessariamente, *a posteriori*) e a restrição legislativa”, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 268/269.

<sup>680</sup> Sobre a *cláusula de comunidade*, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO para quem a mesma significa que “os direitos, liberdades e garantias estariam sempre limitados desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1280, e, para uma análise sinóptica da doutrina sobre esta matéria, J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 445 e ss.

<sup>681</sup> Cfr. artigo 1.º, § 2, da *Gundgesetz*.

<sup>682</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 52.

<sup>683</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*.

de exercer efectivamente a sua própria liberdade, constitucionalmente reconhecida, e a partir de que momento a mesma pessoa está investida na plenitude dessa mesma liberdade ou, enunciando o problema numa fórmula mais técnico-jurídica, o cerne da questão consiste em “analisar ou tentar analisar os limites dos direitos fundamentais e representa em boa medida abordar o problema da força vinculativa dos enunciados constitucionais uma vez que, consagrados os direitos pelo texto constitucional, será legítimo perguntar em que medida é admissível introduzir limitações normativas em posições subjectivas que foram proclamadas ao nível do escalão máximo normativo”<sup>684</sup>. Contudo, por regra, a doutrina portuguesa é agnóstica na abordagem teórica da problemática dos limites dos, ou aos<sup>685</sup>, direitos fundamentais segundo um método científico, preferindo circunscrever a sua análise neste contexto ao estudo exegético do regime jurídico das restrições de direitos fundamentais por via legislativa, consagrado no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa* e abordar a questão dos limites apenas numa perspectiva teleologicamente instrumentalizada à identificação dos pressupostos, requisitos e critérios constitucionalmente impostos ao legislador para a restrição dos direitos em apreço<sup>686</sup>.

Se compulsarmos a *Constituição da República Portuguesa* verificamos que esta, por um lado, “encontra o seu fundamento antropológico cultural na dignidade humana”<sup>687</sup>, ao consagrar a “dignidade da pessoa humana” como princípio basilar do Estado Português enquanto comunidade política soberana<sup>688</sup> e ao reconhecer ainda a

---

<sup>684</sup> A questão é colocada nestes precisos termos ainda por LUIS AGUIAR, *Los limites de los derechos fundamentales*, p. 11, e também por J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 289.

<sup>685</sup> Consoante se trate, respectivamente, de limites internos ou externos, cfr. *infra*.

<sup>686</sup> Cfr., como casos flagrantes desta metodologia, C. BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II – Relatório*, p. 266 e ss., e *Direito Constitucional II – Sumários*, p. 81 e ss., J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, p. 114 e ss., e CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, p. 247 e ss.

<sup>687</sup> A expressão é de PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 178.

<sup>688</sup> Cfr. artigo 1.º, 1.ª parte, da CRP.



*fundamentalidade* dos direitos “à identidade pessoal”<sup>689</sup> e “ao desenvolvimento da personalidade”<sup>690</sup> mas insere a realização pessoal do ser humano no contexto “de uma sociedade, livre, justa e solidária”<sup>691</sup>. O legislador constituinte português realizou, nestes termos, a síntese entre as concepções da origem *contratual* e da origem *natural* do Estado<sup>692</sup>. Com efeito, ao reconhecer a *dignidade humana* como centro de gravidade da comunidade política, o legislador constituinte acolheu a ideia de JOHN LOCKE segundo a qual “embora os homens quando entram na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que tinham no Estado de natureza e os entreguem nas mãos da sociedade para que o poder legislativo deles disponha segundo o que o bem dessa sociedade requer, no entanto essa renúncia individual tem como única e exclusiva finalidade a melhor salvaguarda das suas pessoas, das suas liberdades e das suas propriedades, já que não se pode supor que uma criatura racional mude de condição com a intenção de ficar pior; não se pode presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo que eles instituíram se estenda para além do bem comum”<sup>693</sup>. Contudo, ao inserir a realização pessoal no contexto de uma *sociedade, livre, justa e solidária*, de cuja construção incumbe o poder político, o legislador constituinte acolheu a velha máxima de ARISTÓTELES segundo a qual “o homem é, naturalmente, um animal político, porque é feito para viver em sociedade”<sup>694</sup>. Assim, enquanto JOHN LOCKE permite sustentar uma teoria ampla dos direitos fundamentais, segundo a qual é permitido ao ser humano “fazer tudo o que ele considere conveniente para garantir a sua própria preservação, bem como a dos outros, dentro dos limites autorizados pela lei

---

<sup>689</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>690</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>691</sup> Cfr. artigo 1.º, *in fine*, da *CRP*.

<sup>692</sup> Sobre este assunto, cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1162 e ss.

<sup>693</sup> Cfr. JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, p. 318/319.

<sup>694</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, cit. por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Estado*, col. 1162, e ainda in *História do pensamento político ocidental*, p. 53.

natural”<sup>695</sup>, ARISTÓTELES permite sustentar uma concepção dos direitos fundamentais limitados *a priori* na medida da indissociável sociabilidade do ser humano. Em suma, ao consagrar simultaneamente um “princípio da liberdade jurídica geral” e uma “cláusula de comunidade”, a *Constituição da República Portuguesa*, à semelhança do sucedido com a *Gundgesetz*, permite ao legislador constituinte configurar previamente o âmbito de protecção de cada direito fundamental que reconhece, sendo neste caso acertada a concepção de PETER HÄBERLE<sup>696</sup>, mas atende simultaneamente à construção de ROBERT ALEXY, alicerçada na ideia de um âmbito máximo de protecção do direito conferida pelo preceito, ou preceitos, constitucionais<sup>697</sup>, completada pela estatuição de uma *válvula de escape* que, em caso de conflito ou colisão<sup>698</sup> entre direitos fundamentais, mesmo depois de hermenêuticamente configurados, ou entre estes e outros valores ou bens também constitucionalmente protegidos, permite a “articulação”<sup>699</sup> entre os mesmos mediante imposição de restrições ao exercício dos direitos por via de acto legislativo<sup>700</sup>.

Aceite a conciliabilidade em abstracto das duas teorias expostas e a respectiva consagração em simultâneo pelo legislador constituinte português, a primeira tarefa com que o intérprete depara, neste contexto, é a de identificar com precisão o objecto e o conteúdo distintivos de cada direito fundamental<sup>701</sup>. Com vista a prosseguir o escopo em apreço, é necessário, proceder sucessivamente à “delimitação (i) do âmbito de protecção

---

<sup>695</sup> Cfr. JOHN LOCKE, *Dois tratados de direito civil*, p. 317.

<sup>696</sup> Cfr. *supra*.

<sup>697</sup> Cfr. *supra*.

<sup>698</sup> Segundo VIEIRA DE ANDRADE “haverá colisão ou conflito [de direitos fundamentais] sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa situação concreta (real ou hipotética); a esfera de protecção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito”, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 301.

<sup>699</sup> A expressão é de LUIS AGUIAR, *Los limites de los derechos fundamentales*, p. 12.

<sup>700</sup> Cfr. artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *CRP*.

<sup>701</sup> Sobre esta questão, cfr., por todos, IGNACIO DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 137 e ss.

do direito e (ii) do conteúdo juridicamente garantido<sup>702</sup>. Assim, em primeiro lugar<sup>703</sup>, importa delimitar o *objecto* ou *bem* constitucional protegido pelo direito, distinguindo-o das realidades da vida que não podem considerar-se inclusas na previsão da norma constitucional por não respeitarem ao domínio por esta protegido<sup>704</sup>. O mesmo equivale a afirmar que é necessário delimitar previamente os “âmbitos da vida” ou “domínios da realidade”<sup>705</sup> constantes da previsão da norma constitucional e em consequência por esta protegidos, *v. g.*, o âmbito do *desenvolvimento da personalidade*, o âmbito da *arte*, o âmbito da *ciência*, ou o âmbito da *educação*. A tarefa proposta compreende ainda, lógica e cronologicamente, um segundo momento destinado a identificar o conjunto de poderes ou faculdades que o legislador constituinte confere ao titular do direito sobre o *objecto* ou *bem* em apreço, isto é, tendente a delimitar o conteúdo do direito<sup>706</sup>. A título de exemplo e beneficiando do estudo anterior do *objecto* e conteúdo das liberdades de criação cultural, podemos verificar em relação ao domínios da *arte* e da *ciência*, que o respectivo conteúdo consiste nas faculdades ou poderes de *inventar, produzir e divulgar* livremente a *obra de arte* ou a *invenção científica*, respectivamente<sup>707</sup>.

Em suma, na expressão de IGNACIO DE OTTO, os direitos “têm limites necessários que derivam da sua própria natureza, independentemente dos efeitos que produzem na sua articulação com outros direitos ou das restrições que, sempre com

---

<sup>702</sup> A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 448 e ss., cfr. ainda p. 1275 e ss., segmentação do texto nossa; no mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE que no entanto emprega terminologia diversa, considerando a expressão *âmbito de protecção constitucional* do direito em sentido amplo que compreende o *objecto* e o *conteúdo principal* do mesmo, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 267.

<sup>703</sup> Neste preciso sentido, IGNACIO DE OTTO afirma constituir a definição dos limites “que derivam da própria natureza do direito (...) uma operação hermenêutica obrigatoriamente prévia a qualquer outra”, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 142.

<sup>704</sup> Cfr. IGNACIO DE OTTO, *idem*, p. 141.

<sup>705</sup> Ambas as expressões são de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 449.

<sup>706</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO sustenta a necessidade de indagar “como e em que medida esses domínios ou âmbitos materiais são *jurídico-constitucionalmente protegidos*”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 449.

<sup>707</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.3.

respeito pelo seu conteúdo essencial, o legislador possa estabelecer, distinguindo assim nitidamente a delimitação constitucional propriamente dita do direito, – cuja análise permite recortar as respectivas fronteiras e determinar o seu conteúdo – e aquela que pode estabelecer o legislador incidindo externamente sobre um direito ao qual impõe restrições que de outro modo não o afectariam”<sup>708</sup>. Os limites em apreço são qualificados pela doutrina juspublicista como *intrínsecos*<sup>709</sup>, *imanescentes*<sup>710</sup> ou *internos*<sup>711</sup>.

A concepção de VIEIRA DE ANDRADE, em coerência com o desdobramento do *âmbito de protecção constitucional* do direito em *objecto e conteúdo principal*<sup>712</sup>, sustenta a necessidade de distinguir os *limites imanescentes em sentido material*, referentes ao objecto do direito e que “decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais que os prevêm, sendo que estes, em regra, utilizam para o efeito conceitos indeterminados ou cláusulas gerais”<sup>713</sup>, dos *limites imanescentes em sentido jurídico*, referentes ao conteúdo do direito<sup>714</sup>. Quanto a estes últimos, podem ser *expressos*, isto é, “formulados no próprio texto constitucional, em regra, no próprio preceito relativo ao direito fundamental”<sup>715</sup>, ou *implícitos*, “sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu

---

<sup>708</sup> Cfr. IGNACIO DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 141; no mesmo sentido, BLANCA LOZANO refere que “a Constituição, ao consagrar os direitos fundamentais, estabelece já, de modo geral, os contornos ou fronteiras de cada um, ao reportá-los a uma *esfera concreta da realidade*, impondo além disso expressamente, em certas ocasiões, *limites específicos* ao exercício do direito ou liberdade”, *La libertad de cátedra*, p. 169/170, cfr. ainda RICARDO CHUECA, *La investigación científica como espacio iusfundamental de normación*, p. 21, e *supra* I,1.5.

<sup>709</sup> Cfr. LUIS AGUIAR, *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 13 e p. 17, e IGNACIO DE OTTO, *idem*, p. 141.

<sup>710</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 267 e ainda p. 273 e ss.

<sup>711</sup> Cfr. J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 1084.

<sup>712</sup> Cfr. *supra*.

<sup>713</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 274.

<sup>714</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*.

<sup>715</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*.

exercício”<sup>716</sup>, sustentando como critério adequado para aferir da verificação da realidade em apreço a “*interpretação dos preceitos que prevêm cada um dos direitos fundamentais no contexto global das normas constitucionais*”<sup>717</sup>.

Se existem francas hipóteses do recorte dos *limites imanes explícitos* de um direito resultar claro da interpretação do preceito constitucional que reconhece um determinado direito fundamental, ou de outros preceitos conexos, pois a operação hermenêutica permite identificar o objecto e recortar o conteúdo do direito, o conceito de *limite imane implícito*, nos termos definidos anteriormente, afigura-se como um perigo *eminente* para a definição da posição jurídica do titular do direito porque de nebulosa configuração. Apesar de acompanharmos a preocupação de autores como os citados VIEIRA DE ANDRADE, IGNACIO DE OTTO e LUIS AGUIAR no objectivo de impedir o exercício do direito de modo excessivo ou inadequado pelo seu titular, como, v. g., invocar a liberdade de criação artística para justificar o suicídio de um

---

<sup>716</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 276/277.

<sup>717</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 278; IGNACIO DE OTTO e LUIS AGUIAR circunscrevem os *limites imanes* aos *limites imanes implícitos*, alegando que “a própria unidade interpretativa da Constituição se afigura como argumento adequado a justificar a existência dos mesmos”, por oposição à figura que denominam por *limites intrínsecos* e que corresponde aos *limites imanes expressos* na terminologia de VIEIRA DE ANDRADE, cfr., respectivamente, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 110/111, e *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 13. O Tribunal Constitucional português recorreu amiúde à figura dos *limites imanes* para ultrapassar ou “tornear” (a expressão é de J. CASALTA NABAIS *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 24, a indicação da página segue a numeração de uma separata) casos de falta de autorização constitucional expressa para a restrição de um direito fundamental (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da *CRP*), invocando que os direitos fundamentais não são absolutos, nem ilimitados, desde logo, a protecção constitucional de um direito não abrange todas as situações, formas ou modos pensáveis do seu exercício, tem, antes, *limites imanes*, na medida em que “o seu domínio de protecção termina, ali onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional”, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/1984, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840081.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840081.html), cfr. ainda, selectivamente, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 345/09 disponível na *internet* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090345.html>, n.º 377/2012, disponível na *internet* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120377.html>, e n.º 96/2013, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130096.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130096.html).

artista no palco, ou exercer a liberdade de ensinar para fins de propaganda política<sup>718</sup>, reconhecemos, em contrapartida, que a invocação da existência de *limites imanes implícitos* decorrentes de uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais constitui medida de efeito equivalente à consagração de uma cláusula genérica de limitação do exercício dos direitos fundamentais. Assim sendo, estaríamos não apenas a aceitar o acolhimento implícito de uma cláusula de teor análogo aquela que constava expressamente do enunciado do artigo 8.º, § 1, da Constituição de 1933, e que consagrava o *dever* dos cidadãos *fazerem uso* dos direitos reconhecidos naquele texto constitucional “sem ofensa dos direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da Sociedade ou dos princípios da moral”<sup>719</sup>, mas a impor aos cidadãos que exercessem os seus direitos fundamentais em conformidade com qualquer solução verosímil de resultar de uma interpretação sistemática de preceitos constitucionais e, desse modo, estaria *aberta a porta* para o Estado alcançar, não apenas por via legislativa mas também administrativa ou jurisprudencial<sup>720</sup>, o resultado que o legislador constituinte de 1975/1976 desejou afastar expressamente<sup>721</sup>. Nestes termos, o reconhecimento da sociabilidade da pessoa humana pela *Constituição da República Portuguesa*<sup>722</sup> não é *per se*, isto é, sem a consagração de uma *cláusula de comunidade pura e dura* nem de uma *cláusula genérica de limitação de direitos fundamentais*, suficiente para legitimar a

---

<sup>718</sup> Cfr. estes e outros exemplos mencionados por IGNACIO DE OTTO, *idem*, p. 110, por VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 275/276, e por J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 27.

<sup>719</sup> Cfr. *supra*.

<sup>720</sup> Neste sentido, J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 531/532.

<sup>721</sup> A posição sustentada no texto coincide no essencial com o ensino de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1280; quanto às circunstâncias históricas que motivaram a rejeição de qualquer cláusula geral de limitação do exercício de direitos fundamentais pela Assembleia Constituinte, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 189.

<sup>722</sup> Cfr. artigo 1.º, *in fine*, da CRP.

existência de *limites imanentes implícitos* aos mesmos direitos decorrentes da interpretação sistemática da Constituição.

Apesar de aceitarmos a existência de *limites intrínsecos, imanentes ou internos implícitos* aos direitos, é nosso entendimento que tais limites são apenas e somente aqueles que resultam da interpretação enunciativa<sup>723</sup> do preceito, ou preceitos, que configuram o *Tatbestand* de um determinado direito fundamental e que permitem ao intérprete não considerar incorporados no seu objecto, nem no seu conteúdo, respectivamente, domínios materiais, nem faculdades, não reconhecidas como tais pela cultura dominante na comunidade política<sup>724</sup>. Com efeito, ao invés do sustentado pela doutrina dominante<sup>725</sup>, é nosso entendimento que os limites a um direito decorrentes da interpretação sistemática da Constituição são *extrínsecos, transcendentales ou externos* ao direito porque o respectivo fundamento tem origem no exterior do direito e a partir daí comprimem o seu perímetro originário<sup>726</sup>.

---

<sup>723</sup> Adoptamos o conceito de *interpretação enunciativa* proposto por J. BAPTISTA MACHADO, i. é, “aquela pela qual o intérprete deduz de uma norma um preceito que nela apenas está virtualmente contido”, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 186/187.

<sup>724</sup> Um dos exemplos clássicos de escola é o suicídio de um actor em palco no alegado exercício da liberdade de criação artística (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 275); ora, conforme verificamos anteriormente, a liberdade de criação artística compreende as faculdades de inventar, produzir e divulgar uma obra com valor estético e segundo os padrões culturais, em sentido antropológico, dominantes no Ocidente, o suicídio não é uma obra de arte, nem uma actividade artística, por não revestir valor estético pelo não está incorporado no objecto da liberdade de criação artística apesar do artigo 42.º, n.º 1, da *CRP* não o mencionar em termos expressos. Outro exemplo clássico é o casamento, cuja celebração consubstancia um direito fundamental previsto no artigo 36.º, n.º 1, da *CRP*; tradicionalmente era consensual que o conceito de *casamento* significava a união de duas pessoas de sexo diferente e por isso o direito de contrair casamento não era aceite como legitimante de uniões homossexuais, poligâmicas ou poliândricas, precisamente porque estas não incorporavam o seu respectivo conteúdo, i. é, apesar de não estarem expressamente proibidas pelo artigo 36.º, n.º 1, da *CRP* configuravam exemplos de *limites imanentes implícitos*, ou dedutíveis por operação hermenêutica do mesmo artigo 36.º, n.º 1, ao direito por não incorporarem o conceito culturalmente adquirido de casamento; o regime jurídico da matéria sofreu, no entanto, alterações com a aprovação da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que permite a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (cfr. ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html)) e por este motivo os *manuals* actualmente mencionam como exemplos de *limites imanentes implícitos* ao direito de contrair casamento as uniões poligâmicas ou poliândricas (cfr., por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*).

<sup>725</sup> Cfr. *supra*.

<sup>726</sup> Cfr. *infra*.

Ainda neste contexto, ao invés do sustentado maioritariamente pela doutrina portuguesa<sup>727</sup>, o artigo 29.º, n.º 2, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* jamais poderá ser chamado à colação, com a função de norma positivante de “limites constitucionais implícitos”<sup>728</sup>, para efeitos de colmatar a ausência de uma cláusula geral de limitação de direitos fundamentais na *Constituição da República Portuguesa* porque, apesar deste preceito vigorar na Ordem Jurídica portuguesa à semelhança de qualquer outro preceito da *Declaração*<sup>729</sup>, não reveste, mesmo no contexto da própria *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a natureza de uma cláusula limitadora do exercício de direitos fundamentais. Ao invés, o preceito em apreço consiste numa (i) cláusula de salvaguarda da liberdade de exercício dos direitos reconhecidos pela *Declaração* por qualquer pessoa, ao estabelecer que “no exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei”<sup>730</sup>, e simultaneamente numa (ii) cláusula de limitação funcional da competência do legislador interno, constitucional ou ordinário, consoante os casos<sup>731</sup>, que está circunscrito a estabelecer limites, ou restrições, “com vista exclusivamente a (α) promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de (β) satisfazer as justas exigências da (γ) moral, da (δ) ordem pública e do (ε) bem-estar numa

---

<sup>727</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 189 e ss., VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 281, PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição*, p. 610/611, J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 1084, e *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2001, p. 455/456, e C. BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II – Relatório*, p. 268, e *Direito Constitucional II – Sumários*, p. 79.

<sup>728</sup> A expressão é de J. BACELAR GOUVEIA, *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, p. 455.

<sup>729</sup> A polémica em torno da receção do artigo 29.º, n.º 2, da *DUDH*, por força do artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, da *CRP*, é perfeitamente inoportuna no contexto da presente investigação pelos motivos sustentados no texto; contudo, para uma resenha das posições doutrinárias sobre a questão, cfr., por todos, PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição*, p. 612/613, e J. BACELAR GOUVEIA, *idem*, p. 455/456.

<sup>730</sup> Cfr. artigo 29.º, n.º 1, 1.ª parte, da *DUDH*.

<sup>731</sup> Uma norma de Direito Internacional, como são as consagradas na *DUDH*, não pode interferir com o sistema de fontes de Direito internas do Estado, cfr., por todos, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, p. 434 e ss.



sociedade democrática”<sup>732</sup>. Assim, o preceito em apreço apenas *reenvia* para o legislador interno a competência para fixação de limites e, ou, restrições e, portanto, no caso português, os mesmos carecem sempre de *passar pelo crivo* do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>733</sup>.

Cumpridas as tarefas hermenêuticas de “delimitação (i) do âmbito de protecção do direito e (ii) do conteúdo juridicamente garantido”<sup>734</sup>, poderá mesmo assim ocorrer uma situação de colisão ou conflito entre direitos fundamentais ou entre estes e outros interesses constitucionalmente protegidos “que implicam uma limitação recíproca dos direitos e valores colidentes ou conflituais”<sup>735</sup>. Confrontados com uma questão desta natureza deparamos com a problemática dos *limites externos* aos direitos fundamentais que cronologicamente foram até os primeiros a despertar a sensibilidade da doutrina e do legislador<sup>736</sup> e manifestam-se quando, numa adaptação da clássica e inesquecível expressão de HERBERT SPENCER, a liberdade de uma pessoa começa a afectar a liberdade do próximo<sup>737</sup> ou, se preferirmos, “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular”<sup>738</sup> ou então “quando o exercício de um direito fundamental

---

<sup>732</sup> Cfr. artigo 29.º, n.º 1, 1.ª parte, da *DUDH*, segmentação do texto nossa.

<sup>733</sup> Cfr. *infra*; neste sentido GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que “a *DUDH* nem sequer estabelece directamente quaisquer restrições, limitando-se a autorizar que os *ordenamentos nacionais* as prevejam, os quais, naturalmente, só o poderão fazer nos termos da respectiva Constituição, que, entre nós, exige que ela mesma preveja tais restrições”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação VI ao artigo 16.º, e J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas*, p. 522 e ss. Aliás, o Tribunal Constitucional julga, nos termos do seu Acórdão n.º 6/84 (disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html)), o sentido do artigo 29.º, n.º 2, 2.ª parte, da *DUDH*, coincidente com os termos da solução consagrada no artigo 18, n.º 2, da *CRP*.

<sup>734</sup> Usamos novamente uma expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 448 e ss., cfr. *supra*.

<sup>735</sup> A expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 267.

<sup>736</sup> Cfr. *supra* e artigo 4.º da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*.

<sup>737</sup> Cfr. HERBERT SPENCER, *The Man versus the State*, Indianapolis, Liberty Classics, 1981, p. 163.

<sup>738</sup> Citamos a expressão de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1270.

colide com outros bens constitucionalmente protegidos”<sup>739</sup>. A *Constituição da República Portuguesa* legítima, nestes casos, a Assembleia da República<sup>740</sup> e o Governo, mediante autorização legislativa<sup>741</sup>, a procederem a uma tarefa de articulação ou harmonização<sup>742</sup> entre os direitos, e eventualmente os interesses, em jogo mediante uma “ponderação de bens”<sup>743</sup> consubstanciada na imposição, por acto legislativo e observados os pressupostos, requisitos e critérios consagrados no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, de restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais<sup>744</sup> que comprimem o respectivo perímetro com vista a eliminar sobreposições de conteúdos dos vários direitos, fixando deste modo os seus *limites externos*<sup>745</sup>. A *articulação* ou *harmonização* legislativa entre os direitos fundamentais e os demais interesses constitucionalmente protegidos colidentes ou conflituantes poderá ser realizada segundo um *critério valorativo*, “no caso de ser possível (...) considerar um dos direitos valorativamente superior em relação a outros direitos na situação conflitual”<sup>746</sup>, ou mediante recurso a um *critério de concordância prática*, se aceitarmos como pressuposta “a ideia do igual valor dos bens

---

<sup>739</sup> Cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *ibidem*, o autor denomina o primeiro caso por “colisão autêntica de direitos” e o segundo por “colisão de direitos em sentido impróprio”, *ibidem*.

<sup>740</sup> Cfr. artigos 161.º, c), e 165.º, n.º 1, b), da *CRP*.

<sup>741</sup> Cfr. artigo 198.º, n.º 1, b), da *CRP*.

<sup>742</sup> Conforme ensina GOMES CANOTILHO, a *harmonização* “impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos entre bens jurídicos”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1225.

<sup>743</sup> A expressão é de JOSÉ LAMEGO, *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, p. 75; no mesmo sentido, J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 1087.

<sup>744</sup> Cfr. artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *CRP*.

<sup>745</sup> Sobre esta questão, cfr., selectivamente, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 450 e ss., e *Direito Constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais*, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 279 e ss., J. BACELAR GOUVEIA, *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, p. 456 e ss., J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, p. 114 e ss., e CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, p. 247 e ss.

<sup>746</sup> Citamos a definição de J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 1087.

constitucionais” e conseqüentemente “a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar sacrifício (total) de uns em relação aos outros”<sup>747</sup>.

Quanto a este assunto, consideramos que à partida todos os direitos fundamentais gozam de igual valor jurídico porque reconhecidos pelo mesmo poder constituinte. A exceção à regra é o *direito à vida*, ao qual reconhecemos valor superior por motivo deste ser *lógica e cronologicamente* pressuposto de todos os demais. Com efeito, pessoa e vida são, respectivamente, *estática e dinâmica* da essência humana e, em consequência, “o direito à vida aparece (...) como o principal direito do ser humano”<sup>748</sup>, verdadeiro “valor fundamental da defesa de todos os demais (sem o qual) todas as outras referências axiológicas perdem sentido e soçobram”<sup>749</sup>. Ainda assim, não sufragamos o *critério de concordância prática* como critério adequado para solução de conflito de direitos fundamentais, e por maioria de razão sempre que o direito à vida estiver em conflito, porque, conforme sustentamos anteriormente, aos direitos fundamentais suprajazem valores que aqueles protegem<sup>750</sup> e, nesse contexto, deverão os mencionados valores ser considerados na resolução destes casos de conflitos entre direitos. Apesar de concordarmos com GOMES CANOTILHO quando afirma que é necessário “evitar o sacrifício (total) de uns [direitos] em relação aos outros”<sup>751</sup>, não aceitamos que a medida das restrições possa ser determinada segundo um critério *quantitativo* ou *salomónico* porque os valores suprajacentes aos vários direitos, não apenas legitimam, como impõem ao legislador a fixação de preferências. Deste modo,

---

<sup>747</sup> Neste mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1225, e ainda ELISABETTA FABIO, *La tutela e i limiti della libertà di ricerca scientifica in Italia*, Milano, Università degli studi di Milano, 2010, 118.

<sup>748</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 35.

<sup>749</sup> Cfr. FERNANDO PINTO BRONZE, *A metodonomia entre a Semelhança e a Diferença – Reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 74.

<sup>750</sup> Cfr. *supra*, 2.1.4.

<sup>751</sup> Cfr. *supra*.

sufragamos a adopção pelo legislador ordinário de um critério *qualitativo* ou *valorativo* que confira *preferência* ao bem constitucionalmente protegido que, no contexto de um conflito ou colisão, quer autêntica, quer em sentido impróprio, melhor assegurar a protecção da *dignidade humana*, na medida em que este valor é a *causa primogénita* e o *paradigma* do reconhecimento dos direitos fundamentais<sup>752</sup>.

Analisada a questão em termos de contributo dos órgãos legislativos na definição dos limites externos dos direitos fundamentais e sufragado o critério valorativo de conferir preferência ao direito que melhor assegurar a protecção da *dignidade humana*, importa ainda averiguar a questão na perspectiva do órgão aplicador do Direito ao caso concreto. Com efeito, Administração pública ou tribunais podem ser confrontados com uma de duas situações em concreto: (i) um conflito em que um dos direitos, ou mesmo ambos, são passíveis de restrição por autorização expressa do legislador constituinte mas na realidade os órgãos legislativos não aprovaram qualquer acto legislativo delimitador dos limites externos dos direitos em conflitos ou (ii) o caso de, quer o legislador, quer o aplicador da norma, depararem com um conflito ou colisão em que é lógica e materialmente impossível satisfazer *in toto* ambos os direitos conflituantes ou colidentes mas as normas constitucionais que os reconhecem não contêm autorização expressa ao legislador para impor restrições.

O (i) primeiro caso configura uma “lacuna da lei”<sup>753</sup>, especificamente uma “lacuna de teleologia”<sup>754</sup>, isto é, “são lacunas a determinar em face do escopo visado pelo legislador ou seja, a determinar em face da *ratio legis* de uma norma ou da

---

<sup>752</sup> Cfr *supra*, 2.1.2.

<sup>753</sup> A expressão é de J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 195; recordamos que o autor advertia que “tradicionalmente o problema das lacunas é-nos apresentado como problema do preenchimento das mesmas. Mas não menos importante, e prioritário até, é o problema da determinação ou descoberta das lacunas”, *idem*, p. 200.

<sup>754</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *ibidem*.

teleologia imanente a um complexo normativo”<sup>755</sup>. Com efeito, o problema que se coloca ao aplicador do Direito na primeira hipótese suscitada é a inexistência de um acto legislativo que satisfaça um objectivo pretendido pelo legislador constituinte: a articulação ou harmonização dos direitos fundamentais por forma a permitir o máximo aproveitamento no gozo dos mesmos pelos respectivos titulares, dentro dos critérios de prioridades estabelecidos<sup>756</sup>. Neste caso, o órgão competente para aplicação do Direito deverá colmatar a lacuna legislativa segundo os métodos consagrados no artigo 10.º do Código Civil: num primeiro momento por recurso à analogia<sup>757</sup>, em obediência ao princípio da igualdade<sup>758</sup>, e, na falta de caso análogo, por dedução<sup>759</sup>, isto é, com recurso a uma norma *ad hoc*<sup>760</sup> que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema<sup>761</sup>, ou seja, estabelecendo as fronteiras ou limites externos entre os direitos colidentes, optimizando o mais possível a efectivação do princípio da dignidade humana sem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial de qualquer dos preceitos constitucionais em apreço<sup>762</sup>.

A (ii) segunda hipótese suscitada configura uma “contradição”<sup>763</sup> que arpeja ao princípio da *unidade* da Ordem Jurídica<sup>764</sup>. Atendendo à questão que nos motiva neste

---

<sup>755</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *idem*, p. 196.

<sup>756</sup> Cfr. *supra*.

<sup>757</sup> Cfr artigo 10.º, n.º 1, do CC.

<sup>758</sup> Neste sentido, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 202.

<sup>759</sup> Neste sentido, KARL ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. portuguesa de J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 288/289.

<sup>760</sup> A expressão é ainda de J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 202.

<sup>761</sup> Cfr artigo 10.º, n.º 3, do CC.

<sup>762</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 3, da CRP. O conteúdo essencial de um direito fundamental é o conjunto de poderes ou faculdades que, em caso do respectivo exercício ser negado ao titular do direito, mediante a imposição de pressupostos ou condições, apesar de este colocar o máximo esforço na tarefa, está comprometida a sua dignidade como pessoa humana; neste sentido GÜNTER DÜRIG, *Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf einer praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19, Abs.2 des Grundgesetzes*, cit. por JUAN CARLOS GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, p. 218.

<sup>763</sup> A expressão é de KARL ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 310.

momento da investigação, isto é, a solução de conflitos, quer autênticos, quer em sentido impróprio<sup>765</sup>, entre direitos fundamentais e considerando o regime estatuído nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa*, o problema apenas se coloca se nenhuma das normas colidentes autorizar a imposição de restrições. Com efeito, se uma das normas em conflito autorizar expressamente a imposição de restrições, o legislador ordinário, assim como o intérprete, devem respeitar a ponderação de valores realizada pelo legislador constituinte e conferir preferência ao direito reconhecido em norma que não autoriza a imposição de restrições. Ao invés, se duas normas constitucionais estão em conflito, isto é, os direitos reconhecidos nos seus termos ou os interesses que consagram são insusceptíveis de serem satisfeitos simultânea e integralmente, e nenhuma delas autoriza a imposição de restrições, então estamos perante uma verdadeira *contradição* no ordenamento jurídico. A solução para o conflito deverá neste caso ser adoptada de acordo com a metodologia proposta por KARL ENGISH quando sustenta que “se, de entre várias normas entre si contraditórias, não for possível destacar uma como a “mais forte”, como a única válida e decisiva, então (...) as normas que entre si se contradizem entram em conflito umas com as outras e surge a chamada “lacuna de colisão” que deve ser colmatada segundo os princípios gerais do preenchimento de lacunas. E aqui vemos como os princípios da coerência (...) e da plenitude se encontram um com o outro”<sup>766</sup>. A adaptação desta metodologia ao regime jurídico de restrição de direitos fundamentais consagrado na *Constituição da República Portuguesa*, em obediência ao princípio da *unidade* ou

---

<sup>764</sup> Cfr. ainda KARL ENGISH, *idem*, p. 309/310; sobre esta questão, a jurisprudência do Tribunal Constitucional vai no sentido de considerar que “a previsão exaustiva das circunstâncias que podem dar lugar a conflitos deste tipo é praticamente impossível pela imprevisibilidade das situações da vida e pelos limites da linguagem que procura prevê-las em normas jurídicas”, cfr. Acórdão n.º 254/1999, § 7, disponível na internet em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html).

<sup>765</sup> Cfr. *supra*.

<sup>766</sup> Cfr. ainda KARL ENGISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 314/315.

coerência da Lei Fundamental, legitima o legislador, o intérprete ou o aplicador do Direito, a presumirem que a existência de duas normas constitucionais contraditórias configura uma *autorização implícita* para restringir direitos fundamentais<sup>767</sup>. Contudo o operador jurídico deverá, no exercício da tarefa de articulação ou harmonização dos direitos ou interesses conflitantes ou colidentes, obedecer aos demais requisitos e critérios exigidos nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, do texto constitucional que pela sua natureza justifiquem observância no caso concreto, isto é, a (i) vinculação teleológica a adoptar somente as medidas necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e (ii) o respeito pelo extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Segundo ROBERT ALEXY, em doutrina formulada no contexto de análise da *Gundgesetz* mas com largo acolhimento na comunidade jurídica portuguesa<sup>768</sup>, o critério suprajacente à restrição de direitos fundamentais consiste na observância de um princípio genérico da *proporcionalidade lactu sensu* na adopção das medidas restritivas, princípio que o autor define mediante conjugação de três sub-princípios concretizadores, a saber: (i) *idoneidade*, segundo o qual a medida adoptada deve ser *adequada* ao fim pretendido, (ii) *necessidade*, que, no caso de existirem várias medidas alternativas para o mesmo efeito, manda adoptar aquela que se apresentar menos

---

<sup>767</sup> Sobre as *restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, embora em termos não coincidentes com os sufragados no texto, cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, max. p. 569 e ss., e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1277; a posição sufragada no texto corresponde à orientação do Tribunal Constitucional, cfr. Acórdão n.º 254/1999, § 7.

<sup>768</sup> Cfr., selectivamente, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 457/458, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação XII ao artigo 18.º, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 300 a 308, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotações XLI a XLV ao artigo 18.º, J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 729 a 778, J. MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais*, p. 124 a 132, e VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 323 a 357.

gravosa, isto é, a medida *sine qua non* é possível atingir o objectivo desejado, e ainda (iii) *proporcionalidade strictu sensu* que manda realizar uma *ponderação* entre meios e fins, calibrando os meios adoptados em função de uma *justa medida* relativamente aos fins prosseguidos por forma a encontrar o máximo equilíbrio possível entre os interesses colidentes<sup>769</sup>. A exigência mencionada no artigo 18.º, n.º 2, 3.ª parte, da *Constituição da República Portuguesa* não é, no entanto, passível de ser reconduzida a um único critério na medida em que (i) a *idoneidade* ou *adequação* reveste carácter absoluto porque é um critério em que o operador jurídico está limitado a verificar a ocorrência de uma entre duas alternativas: ( $\alpha$ ) a medida adoptada é adequada ao fim pretendido *ou* ( $\beta$ ) a medida adoptada não é adequada ao fim pretendido, enquanto (ii) a *necessidade* ou *indispensabilidade*, assim como (iii) a *proporcionalidade strictu sensu*, *ponderação* ou *justa medida* revestem carácter relativo, isto é, são aferidas com recurso a uma metodologia de graduação: no segundo caso é necessário comparar os eventuais meios idóneos possíveis por forma a adoptar o menos gravoso, enquanto no terceiro caso é necessário ponderar os interesses colidentes por forma a encontrar a solução menos desequilibrada possível de acordo com o critério valorativo adoptado<sup>770</sup>. Assim, *idoneidade* ou *adequação* configura um critério autónomo relativamente à ideia de *proporcionalidade lactu sensu*.

#### **2.2.2.4.2. Os limites à liberdade de criação artística**

A *liberdade de criação artística*, na medida em que compreende um elemento de manifestação do pensamento e um elemento criador de algo<sup>771</sup>, é um dos direitos fundamentais que virtualmente apresenta maior propensão para entrar em conflito com

---

<sup>769</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 91 a 95.

<sup>770</sup> Cfr. *supra*.

<sup>771</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.



outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Com efeito, não deixa de ser verdadeira a célebre constatação de MARTIN LUTHER KING Jr., proferida em discurso à Nação americana nos anos sessenta do século XX, segundo a qual “para criar inimigos não é necessário declarar guerra, basta dizer o que pensa”, uma vez que no caso da exteriorização do pensamento culminar na realização de uma actividade ou na criação de um objecto com valor estético que denuncie uma apreciação jocosa, difamatória, injuriosa, caluniosa ou por qualquer modo ofensiva da honra ou de outros direitos de terceiros, surge *ipso facto* um conflito de direitos fundamentais.

Assim, cotejando os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, a liberdade de criação artística afigura-se virtualmente susceptível de colidir, por modos diversos, com os direitos à dignidade da pessoa humana<sup>772</sup>, à integridade pessoal, moral e física<sup>773</sup>, à identidade pessoal<sup>774</sup>, ao desenvolvimento da personalidade<sup>775</sup>, ao bom nome e à reputação<sup>776</sup>, à imagem<sup>777</sup>, à palavra<sup>778</sup>, à reserva da intimidade da vida privada e familiar<sup>779</sup>, às liberdades de consciência de religião e de culto<sup>780</sup>, à protecção da saúde<sup>781</sup>, ao ambiente e qualidade de vida<sup>782</sup>, à protecção da infância com vista ao seu desenvolvimento integral<sup>783</sup>, à protecção da juventude para efeitos do desenvolvimento da personalidade<sup>784</sup>, à reabilitação e integração social dos cidadãos portadores de deficiência<sup>785</sup> e à autonomia pessoal da terceira idade<sup>786</sup>.

---

<sup>772</sup> Cfr. artigo 1.º e 26.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>773</sup> Cfr. artigo 25.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>774</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>775</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>776</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>777</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>778</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>779</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>780</sup> Cfr. artigo 41.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>781</sup> Cfr. artigo 64.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>782</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>783</sup> Cfr. artigo 69.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>784</sup> Cfr. artigo 70.º, n.ºs 1 e 2, da *CRP*.

<sup>785</sup> Cfr. artigo 71.º, n.º 2, da *CRP*.

Considerando a abrangência da dimensão do objecto da presente investigação, decidimos seleccionar três *case studies* para análise no presente contexto. Assim, em primeiro lugar, quanto à possibilidade de conflito ou colisão da liberdade de criação artística com os direitos ao bom nome, à reputação e à imagem, consta dos anais da jurisprudência o Acórdão *Mephisto*, proferido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1971. O aresto em apreço dirimiu um pleito entre os herdeiros do actor alemão GUSTAF GRÜNDGENS, cujo passado de colaboração propagandista com o regime nacional-socialista em contrapartida de favorecimento pelo Governo, que lhe proporcionou uma rápida ascensão na sua carreira artística, inspirara o personagem HENDRICK HÖFGEN, protagonista da obra literária *Mephisto – Romance de uma carreira*, da autoria de seu ex-cunhado KLAUS MANN, e a *Rowohlt Verlag GmbH*, com sede em Hamburgo, que editou o romance em 1965, depois de duas edições no estrangeiro, respectivamente pela *Liebe Verlag*, em *Amsterdam*, em 1936, e pela *Aufbau Verlag*, em *Ost-Berlin*, em 1956. Sem embargo do recurso haver sido decidido por um expediente processual, a decisão foi favorável aos herdeiros de GUSTAF GRÜNDGENS<sup>787</sup>, escrevendo assim aquele supremo tribunal direito por linhas tortas ao fazer prevalecer, como questão de facto, a orientação interna no sentido do protagonista do romance ser facilmente identificável pelo senso comum com GUSTAF GRÜNDGENS e desse modo a narrativa literária ofender a honra do actor e, como questão de Direito, a liberdade de criação artística, reconhecida nos termos do artigo 5.º, § 3, da *Gundgesetz*, não se afigurar susceptível de prevalecer sobre a dignidade humana, reconhecida nos termos do artigo 1.º, § 1, da mesma *Gundgesetz*<sup>788</sup>.

---

<sup>786</sup> Cfr. artigo 72.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>787</sup> Cfr. JÜRGEN SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 496.

<sup>788</sup> O Acórdão *Mephisto* está disponível na internet em [www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html).

O segundo caso, referente a um conflito entre a liberdade de criação artística e sentimentos religiosos, reporta-se a um conflito entre a *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung*, associação austríaca de Direito privado e sem fins lucrativos, com sede em *Innsbruck*, e a Diocese Católica de *Innsbruck* sobre a anunciada exibição do filme *Das Liebeskonzil*. O filme objecto do conflito foi realizado por WERNER SCHRÖETER, em 1982, baseado numa peça de teatro escrita pelo psiquiatra alemão OSKAR PANIZZA, em 1894, cujo enredo sugere a prática de orgias no Vaticano durante o pontificado do Papa Alexandre VI, especificamente em 1495, sacrilégio que é punido pelo diabo com a criação da *sífilis*, doença venérea que começa por contagiar o próprio Papa, cardeais, bispos e restante hierarquia da Igreja culminando na sua rápida propagação a toda a humanidade. O filme foi apreendido pelas autoridades austríacas antes da *estreia*, por solicitação das autoridades eclesiásticas da Diocese Católica de *Innsbruck* e o assunto apreciado pelos tribunais austríacos que consideraram ser o filme ofensivo para o sentimento religioso de uma pessoa dotada de uma sensibilidade religiosa normal e decidiram em última instância que a liberdade de criação artística, reconhecida pelo Direito interno austríaco, está limitada pela liberdade religiosa, reconhecida pelo mesmo ordenamento, com fundamento no dever do Estado assegurar a existência de uma sociedade baseada na ordem e na tolerância. Após esgotadas as vias de recurso internas, a *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung* demandou o Estado austríaco no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos com fundamento na violação do artigo 10.º da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* que reconhece a liberdade de expressão a todas as pessoas. O Tribunal decidiu que a apreensão do filme pelas autoridades austríacas não configurou uma violação do artigo 10.º da *Convenção*, fundamentando o acórdão nos seguintes

termos: “conforme previsto no enunciado do artigo 10.º, § 2, da *Convenção*, quem exerce os direitos e liberdades consagrados no § 1 do mesmo artigo compromete-se com “deveres e responsabilidades”. Entre eles – no contexto das opiniões religiosas e crenças<sup>789</sup> – pode legitimamente ser incluída a obrigação de evitar na medida do possível expressões que são gratuitamente ofensivas para outras pessoas representando, assim, uma violação dos seus direitos, e que, portanto, não contribuem para qualquer forma de debate público capaz de promover o progresso nos assuntos humanos”<sup>790</sup>.

Por último, analisamos um caso que no contexto do ordenamento constitucional português consubstanciaria um conflito entre a liberdade de criação artística, por um lado, e simultaneamente os direitos à dignidade humana e à reabilitação e integração social dos cidadãos portadores de deficiência, por outro lado. O caso reporta-se a uma actividade lúdica frequente à época em vários estabelecimentos de diversão nocturna da região de Paris que consistia na utilização de um anão como projétil que era arremessado para o público. Apesar da controvertida qualificação do *lancer de nain* como actividade artística porque duvidoso o seu valor estético, o caso foi processado nesse contexto e por isso merece análise na presente investigação. A tramitação processual é passível de descrição do seguinte modo: o *maire* de *Morsang-sur-orge* proibiu o espectáculo em questão com fundamento na violação da dignidade humana. Após uma anulação da decisão do *maire* em primeira instância pelo Tribunal Administrativo de Versalhes com fundamento em *excés de pouvoir*, o *Conseil d’Etat*,

---

<sup>789</sup> A liberdade de religião é expressamente reconhecida nos termos do artigo 9, § 1, da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)*.

<sup>790</sup> Cfr. § 49 do Acórdão n.º 13470/87 do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cujo texto integral se encontra disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["13470/87"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57897"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897#{); uma descrição detalhada da tramitação processual do conflito desde a primeira instância dos tribunais austríacos até à decisão final do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pode ainda ser consultada em IGOR MINTEGUA, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, p. 298 e ss.

numa decisão “emblemática”<sup>791</sup>, anulou o citado acórdão do Tribunal Administrativo e confirmou a decisão do *maire* de *Morsang-sur-orge* fundamentando a sua decisão nos seguintes termos: “compete à autoridade investida no poder de polícia municipal adoptar qualquer medida para impedir a violação da ordem pública; o respeito pela dignidade humana é um dos componentes da ordem pública; a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, até mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, proibir uma atracção que viole o respeito pela dignidade humana, a atracção do *lancer de nain*, que consiste em lançar um anão para os espectadores, implicou usar como um projétil uma pessoa afectada com uma deficiência física, portanto, pela sua natureza, tal atracção viola a dignidade humana”<sup>792</sup>.

#### **2.2.2.4.3. Os limites à liberdade de criação científica**

A liberdade de criação ou de simples investigação científica<sup>793</sup>, sem embargo da importância que assume para o progresso da humanidade, sempre se revelou susceptível de representar uma ameaça para a dignidade humana desde os tempos em que os alquimistas buscavam o *elixir da longa vida*<sup>794</sup>. Aliás, não foi por mera casualidade que há algumas décadas ORTEGA Y GASSET admoestou: “não sejamos *campónios* da ciência. A ciência é o maior portento humano mas acima dela está a vida humana que a torna possível. Por isso um crime contra as condições elementares desta não pode ser

---

<sup>791</sup> A expressão é de LUÍS ROBERTO BARROSO, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro – Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador (BA), Centro de Atualização Jurídica, ano 1, n.º 6, 2001, p. 38.

<sup>792</sup> Cfr. *Arrêté du Conseil d'Etat français* n.º 136727, de 27 de Outubro de 1995, disponível na internet em [www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html](http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html).

<sup>793</sup> *A maiori, ad minus*.

<sup>794</sup> Neste sentido, GONZALO ARRUEGO afirma que “a perspectiva com que tradicionalmente se abordou o direito fundamental de investigação científica foi (...) a da sua limitação ou restrição; da ciência como fonte de progresso mas também como ameaça derivada dos seus eventuais excessos”, *El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978*, p. 62.

compensado por aquela”<sup>795</sup> ou, se preferirmos, noutra formulação, “num mundo cada vez mais dominado pela ciência e pela tecnologia, a cultura da vida determina que toda a investigação científica e tecnológica tenha sempre de estar ao serviço do ser humano: a preservação da vida humana é o critério teleológico último da conduta e o respeito pela dignidade humana o limite permanente de qualquer acção de investigação teórica ou experimental”<sup>796</sup>. O legislador constituinte português, que reconheceu logo na versão inicial da Lei Fundamental a inviolabilidade da vida humana como direito fundamental<sup>797</sup>, sensível aos apelos doutrinários que se começaram a fazer escutar em movimento paralelo ao aperfeiçoamento das técnicas de experimentação científica, no âmbito do procedimento de revisão constitucional de 1997, reforçou a protecção do ser humano inserindo no texto constitucional uma norma dirigida ao legislador ordinário para que este adopte medidas destinadas a garantir a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”<sup>798</sup>. Contudo, à semelhança da metodologia adoptada para a abordagem dos limites à liberdade de criação artística e pelos motivos então apontados<sup>799</sup>, propomo-nos apenas indagar *se e em que medida o direito à vida, está ameaçado pelo exercício da liberdade de criação, e de investigação, científica.*

Assim, abordando o assunto a partir da análise de um *case studie*, uma eventual possibilidade de colisão entre o direito de criação científica e o direito à vida reporta-se à utilização de embriões para efeitos de experimentação científica, problema sobre o qual os juristas têm intensificado a sua atenção à medida que assistimos ao

---

<sup>795</sup> Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, p. 38; com a expressão “não sejamos *campónios* da ciência”, ORTEGA queria alertar os jovens académicos numa época de implantação e propagação da tecnologia para não se deixarem fascinar pelos *encantos* da ciência, assumindo sempre uma atitude crítica e humanista perante as novas descobertas científicas.

<sup>796</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, p. 581.

<sup>797</sup> Cfr. (actual) artigo 24.º, n.º 1, da CRP.

<sup>798</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 3, da CRP.

<sup>799</sup> Cfr. *supra*.

aperfeiçoamento e massificação das técnicas de procriação medicamente assistida. Neste contexto, a *Lei da procriação medicamente assistida*<sup>800</sup> proíbe a criação de embriões excedentários através da técnica da procriação medicamente assistida, quer a produção dos mesmos seja realizada com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica<sup>801</sup>, quer a produção ocorra no âmbito de um processo de fertilização *in vitro* mas em número considerado superior ao necessário para o êxito daquele processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado<sup>802</sup>. O mesmo diploma legal permite, no entanto, a investigação científica em embriões nalguns casos excepcionais que podem ser classificados quanto ao (i) fim ou objectivo da investigação e quanto à (ii) espécie de embrião a utilizar. Assim, quanto ao (i) fim ou objectivo da investigação, está permitida a (α) investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de procriação medicamente assistida, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas<sup>803</sup> e (β) nos casos em que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade<sup>804</sup>. Quanto à (ii) espécie de embrião a utilizar, apenas está permitida a experimentação em (α) embriões criopreservados,

---

<sup>800</sup> A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, ou *Lei da procriação medicamente assistida (LPMA)*, foi aprovada com vista a conferir exequibilidade ao enunciado constitucional que incumbe o Estado, no âmbito da protecção da família, regular a procriação assistida, *em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*, cfr. artigo 67.º, n.º 2, e), da *CRP* (itálico nosso); PAULO OTERO, em momento anterior à aprovação do diploma em apreço pronunciava-se no sentido da existência de uma inconstitucionalidade por omissão, sem prejuízo do imperativo do respeito absoluto pelo direito à vida por força da aplicabilidade directa do artigo 24.º da *CRP*, conforme resulta do disposto no artigo 18.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP, Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 55.

<sup>801</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1, da *LPMA*, a mesma solução decorre do artigo 18.º, n.º 2, da *Convenção de Oviedo*; cfr. ainda, no plano doutrinário, PAULO OTERO que, embora se pronuncie em momento anterior à entrada em vigor da *LPMA*, qualifica esta prática como *embrionicídio*, *idem*, p. 47/48.

<sup>802</sup> Cfr. artigo 24.º, n.º 1, da *LPMA*, cfr., no plano doutrinário, PAULO OTERO, *idem*, p. 48.

<sup>803</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 2, da *LPMA*.

<sup>804</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 3, da *LPMA*; neste caso, cada projecto científico em concreto carece de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (*ibidem* e ainda artigo 30.º, n.º 2, g) do mesmo diploma).

excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental<sup>805</sup>, em (β) embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação<sup>806</sup>, em (γ) embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, detectada em diagnóstico genético realizado em momento pré-implantação uterina<sup>807</sup> e em (δ) embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide<sup>808</sup>.

As excepções ao princípio da proibição da investigação científica em embriões foram objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional português que não declarou inconstitucionais as correspondentes normas. A fim de fundamentar esta decisão, partiu aquele supremo tribunal das seguintes premissas: (i) “a investigação científica prevista nos termos do artigo 9.<sup>o</sup><sup>809</sup> incide sobre embriões não implantados no útero materno e relativamente aos quais não se colocam questões de constitucionalidade relacionadas com o direito à vida ou os direitos de personalidade, sendo apenas de considerar a protecção do embrião na perspectiva da dignidade da pessoa humana na estrita medida em que o mesmo poderia dar origem a uma vida humana se fosse viável e viesse a ser utilizado num projecto parental”<sup>810</sup>, (ii) “só poderão ser utilizados na experimentação científica embriões cujo destino seria a destruição, uma vez que tem de estar afastada a possibilidade de os envolver num projecto parental e, ainda assim, nessas circunstâncias, a experimentação é apenas admissível para finalidades terapêuticas, de prevenção ou diagnóstico em termos de poder contribuir para o progresso do conhecimento científico, com probabilidade até de se vir a obter um benefício para a

---

<sup>805</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 4, a), da LPMA.

<sup>806</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>807</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>808</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>809</sup> Cfr. artigo 9.º da LPMA.

<sup>810</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, § 6, d), disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html).



espécie humana”<sup>811</sup>, (iii) “a experimentação em embriões pode trazer importantes benefícios no campo terapêutico, não só no que respeita ao desenvolvimento de novas técnicas de procriação medicamente assistida e de novos métodos de contraceção, mas também no que respeita à investigação de novas modalidades de tratamento de inúmeras doenças dos mais variados tipos”<sup>812</sup> e ainda que (iv) “uma das principais finalidades da investigação em embriões é hoje o estudo das células estaminais embrionárias, que podem contribuir para o conhecimento das causas e tratamento de doenças para as quais se não conhecem actualmente terapêuticas curativas”<sup>813</sup>. Ainda que considerando os argumentos dos impetrantes<sup>814</sup>, no sentido da solução legislativa ser susceptível de colocar em causa a tutela constitucional da vida humana (artigo 24.º), o direito à identidade pessoal e genética do ser humano (artigo 26.º), o direito à paternidade e à maternidade (artigo 68.º) e o direito das crianças à protecção (artigo 69.º)<sup>815</sup>, o Tribunal Constitucional considerou que “o regime legal permite operar uma harmonização legislativa com outros direitos e valores constitucionais, como sejam a *liberdade de criação científica* em articulação com o *direito à saúde*, tutelados nos artigos 42.º, n.º 2, e 64.º, n.º 1, da Constituição, a que importa atribuir o necessário relevo, e que por si só justifica, do ponto de vista jurídico-constitucional, a solução normativa que veio a ser adoptada”<sup>816</sup> e conclui que, “nestes termos, a solução normativa contida na Lei enquadra-se num critério de ponderação e harmonização com outros valores

---

<sup>811</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>812</sup> Cfr. *ibidem*; esta premissa encontra arrimo no parecer da Associação Portuguesa de Bioética n.º P/01/APB/05, sobre a utilização de embriões humanos em investigação científica, disponível na *internet* em [www.apbioetica.org/fotos/gca/12802572251128590447embriao\\_parecer\\_01.pdf](http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802572251128590447embriao_parecer_01.pdf).

<sup>813</sup> Cfr. *ibidem*; no caso em apreço, o Tribunal Constitucional louva-se em parecer do Conselho Nacional para a Ética e as Ciências da Vida n.º 47/CNECV/05 sobre a investigação em células estaminais, disponível na *internet* em [www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054435\\_P047\\_ParecerCE.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054435_P047_ParecerCE.pdf).

<sup>814</sup> A fiscalização sucessiva foi requerida por um grupo de trinta e um deputados à Assembleia da República, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, § 1.

<sup>815</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, § 6, d).

<sup>816</sup> Cfr. *ibidem*, itálicos nossos.

constitucionalmente protegidos, sem pôr em causa, de forma evidente, a dignidade das pessoas envolvidas e assegura, desse modo, em atenção aos objectivos que se pretende atingir, uma protecção adequada do embrião”<sup>817</sup>.

Quanto aos fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional, em primeiro lugar, é necessário assinalar que este supremo tribunal não esclarece qual o momento em que considera ocorrer o início da vida humana. Com efeito, o conceito de *vida* é um conceito pré-jurídico na medida em que não é a Ciência do Direito mas a Ciência Médica que determina qual a essência da vida e ainda quais os seus termos inicial e final<sup>818</sup> e, neste contexto, as ciências que estudam a morfologia e a fisiologia humanas consideram a que a vida tem início no momento da concepção, fertilização ou fecundação<sup>819</sup>. Ora, o Tribunal Constitucional, para efeitos de aplicação de regime jurídico de protecção do embrião, realiza a distinção entre *embriões implantados* e *embriões não implantados no útero materno*, solução que arrepia ao conceito unitário de vida elaborado pela Ciência Médica e simultaneamente ao regime constitucional de protecção da vida humana<sup>820</sup>, segundo o qual “a inviolabilidade da vida humana envolve um direito à existência de todos os seres humanos já concebidos”<sup>821</sup>. Sobre este assunto, devemos partir da premissa que a produção de embriões excedentários apenas é aceite pela *Lei da procriação medicamente assistida* a título excepcional porque, conforme

---

<sup>817</sup> Cfr. *ibidem* e ainda § 6, c).

<sup>818</sup> Neste sentido, PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 40.

<sup>819</sup> Cfr. CLAUDE A. WELCH, *BSCS – Biological Sciences Curriculum Study*, parte II, trad. em língua portuguesa de Myriam Krasilchick, Norma Maria Cleff e Niocia Wendel de Magalhães, São Paulo, Fundação Brasileira para o Desenvolvimento do Ensino das Ciências e EDART – São Paulo Editora, L.da, 1981, p. 5; por sua vez concepção, fertilização ou fecundação corresponde “no caso dos seres humanos e da maioria dos mamíferos” ao “processo em que um espermatozoide penetra no ovócito”, cfr. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fertiliza%C3%A7%C3%A3o>.

<sup>820</sup> Cfr. artigo 24.º, n.º 1, da *CRP*; no mesmo sentido, JOÃO LOUREIRO, *Estatuto do embrião*, in LUÍS ARCHER, JORGE BISCAIA, WALTER OSSWALD e MICHEL REANUD (org.), *Novos desafios à bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 117, e ainda MARIA LÚCIA ABRANTES AMARAL, *Declaração de voto ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009*, § 3.

<sup>821</sup> A expressão é de PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 38; o autor reforça a sua posição em momento subsequente afirmando literalmente: “saiba a ciência quando começa a vida que o Direito imediatamente tem de garantir a sua inviolabilidade”, *idem*, p. 40.

mencionamos anteriormente, em primeiro lugar, está proibida a criação de embriões através da procriação medicamente assistida com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica<sup>822</sup> e, por outro lado, na fertilização *in vitro* apenas deverão ser produzidos os embriões em número considerado necessário para o êxito daquele processo em concreto, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado<sup>823</sup>. Nesta segunda hipótese, os embriões produzidos *in vitro* mas cuja implantação uterina não seja necessária no âmbito do processo de fertilização em que foram criados, deverão ser criopreservados e os beneficiários daquele processo de fertilização ficam vinculados à realização de uma nova implantação uterina no prazo máximo de três anos<sup>824</sup>, termos pelos quais somos de entendimento que, em consonância com os direitos à vida<sup>825</sup>, que consideramos sempre prevalecente em caso de conflito<sup>826</sup>, e à dignidade humana<sup>827</sup>, o embrião, desde que apto para transferência<sup>828</sup>, goza sempre do *direito fundamental ao nascimento*<sup>829</sup>. Nestes termos, consideramos que não se afigura conforme à *Constituição da República Portuguesa* a primeiras das premissas em que se baseou o Tribunal Constitucional para não declarar

---

<sup>822</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1, da *LPMA*.

<sup>823</sup> Cfr. artigo 24.º, n.º 1, da *LPMA*.

<sup>824</sup> Cfr. artigo 25.º, n.º 1, da *LPMA*.

<sup>825</sup> Cfr. artigo 24.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>826</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.

<sup>827</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>828</sup> Consideramos não aptos para a transferência apenas os tipos de embriões previstos nos termos do artigo 9.º, n.º 4, b) e c) da *LPMA*; por outro lado, não cuidamos dos embriões previstos nos termos da alínea d) do mesmo artigo porque essa previsão, i. é, embriões obtidos por clonagem, envolve questões de identidade pessoal e genética do ser humano (sobre esta questão, cfr., selectivamente, JOÃO LOUREIRO, *O direito à identidade genética do ser humano*, p. 278 e ss., e PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 63 e ss.) e no presente contexto apenas nos propusemos analisar o conflito *liberdade de criação artística v. direito à vida*.

<sup>829</sup> A expressão é de PAULO OTERO que define o conteúdo deste direito como a faculdade dos embriões fecundados *in vitro* “à implantação uterina e do subsequente direito à gestação” e sustenta ainda que “a destruição de embriões excedentários será sempre a aniquilação de uma forma de vida humana e (...) configura uma violação do artigo 24.º, n.º 1, da *CRP*”, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 50; no sentido dos limites a um direito fundamental “poderem originar o reconhecimento de um novo direito”, cfr. MARCELA AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 365.

inconstitucionais as exceções ao princípio da proibição da investigação científica em embriões, isto é, a distinção entre vida intra-uterina e extra-uterina<sup>830</sup>.

Quanto à segunda premissa, de acordo com a qual apenas está permitida a experimentação científica de embriões cujo destino seria a destruição, não apresenta suporte constitucional, nem legal na medida em que o ordenamento jurídico consagra o dever de implantação uterina do embrião<sup>831</sup> e, por outro lado, não é suficiente alegar-se que a experimentação é apenas admissível para finalidades terapêuticas, de prevenção ou diagnóstico em termos de poder contribuir para o progresso do conhecimento científico, com probabilidade até de permitir obter um benefício para a espécie humana, ou que a experimentação em embriões pode trazer importantes benefícios no campo terapêutico, não só no que respeita ao desenvolvimento de novas técnicas de procriação medicamente assistida e de novos métodos de contraceção mas também no que respeita à investigação de novas modalidades de tratamento de inúmeras doenças dos mais variados tipos ou ainda que uma das principais finalidades da investigação em embriões é hoje o estudo das células estaminais embrionárias e estas podem contribuir para o conhecimento das causas e tratamentos de doenças para as quais se não conhecem actualmente terapêuticas curativas<sup>832</sup> porque, considerando o direito fundamental à dignidade humana<sup>833</sup>, “a investigação e a experimentação científicas nunca poderão ser usadas contra aquele que vai nascer ou sem uma justificação decorrente do próprio interesse do embrião”<sup>834</sup>. Apesar da constatação de ELISABETTA FABIO, segundo a qual o paradoxo da aceitação da dignidade da pessoa

---

<sup>830</sup> Cfr. *supra*.

<sup>831</sup> Cfr. *supra*.

<sup>832</sup> Cfr. *supra*.

<sup>833</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da CRP.

<sup>834</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 47; no mesmo sentido, MARCELA AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 400.

humana como limite à liberdade de investigação científica “é que, se olharmos o problema sob outro ponto de vista, é inegável que a mesma pesquisa, que às vezes é proibida em nome da dignidade humana, se devidamente promovida e protegida, seria virtualmente adequada a remover, pelo menos, algumas das condições que tornam a existência humana indigna”<sup>835</sup>, não podemos aceitar que, no âmbito de um conflito em concreto, a *liberdade de investigação científica* prevaleça sobre o *direito à dignidade humana*. A nossa posição encontra arrimo na circunstância desta última, além de configurar um direito fundamental *a se*<sup>836</sup>, constituir simultaneamente o suporte axiológico para a qualificação de um direito subjectivo como fundamental<sup>837</sup> e, em coerência com o critério valorativo adoptado, goza de preferência<sup>838</sup>.

Outro *case studie* merecedor de análise no contexto da presente investigação reporta-se ao virtual conflito entre a *liberdade de criação científica* e os *direitos ao bom nome e à reputação*. Ao invés do caso analisado anteriormente que versava sobre a investigação no âmbito das ciências exactas, os direitos ao bom nome e reputação são especialmente susceptíveis de serem atingidos em sede de investigação no âmbito das ciências humanas e sociais, nomeadamente quando a investigação está orientada para buscar a prova de factos históricos<sup>839</sup>. Neste contexto, algumas provas obtidas poderão revelar a ocorrência de factos atentatórios do bom nome e da reputação das pessoas envolvidas e a situação revelar-se-á particularmente grave se as provas não forem

---

<sup>835</sup> Cfr. ELISABETTA FABIO, *La tutela e i limiti della libertà di ricerca scientifica in Italia*, p. 126.

<sup>836</sup> Cfr. *supra*, 2.1.2.

<sup>837</sup> Cfr. *supra*, 2.1.1. e 2.1.2.

<sup>838</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.

<sup>839</sup> Cfr. MARCELA AHUMADA CANABES que, no mesmo sentido, admite que “a honra é susceptível de ser afectada pela publicação dos resultados de uma investigação científica”, *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, p. 382.

fidedignas<sup>840</sup> e (ou) se os visados houverem falecido ao momento da revelação dos factos e, portanto, não possam exercer o contraditório.

O *Tribunal Constitucional español* apreciou um recurso neste âmbito cujos factos remontam a uma entrevista de JUAN GIRÓN ROGER, jornalista da revista *Tiempo*, a LEÓN DEGRELLE, um antigo oficial do exército alemão residente em Espanha, e na sequência da qual publicou naquele periódico, em 1985, uma reportagem intitulada *Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle*. A controvérsia surgiu a partir de algumas declarações prestadas por LEÓN DEGRELLE durante a entrevista em cujos termos basicamente negava a ocorrência do Holocausto de judeus durante a II Guerra Mundial, alegando nomeadamente “se há tantos [judeus] agora, é difícil crer que tenham saído vivos dos fornos crematórios” ou ainda “duvido muito que as câmaras de gás tenham existido alguma vez porque desde há dois anos que há uma recompensa nos Estados Unidos para quem apresentar provas das câmaras de gás, são cinquenta milhões de dólares e por enquanto ninguém foi reclamá-los”<sup>841</sup>. VIOLETA FRIEDMAN, judia de origem romena residente em Espanha desde 1965, demandou judicialmente o diretor da revista *Tiempo*, JULIÁN LAGO, e o jornalista JUAN GIRÓN ROGER, “alegando, em suma que as declarações mencionadas lesaram a sua honra<sup>842</sup>, na medida em que esteve internada no campo de concentração de *Auschwitz*, onde toda a sua família, com excepção dela própria e de sua irmã, ainda adolescentes, morreu numa câmara de gás por ordem de um médico citado na entrevista, porquanto que com tais afirmações não apenas era deturpada a História, como, além

---

<sup>840</sup> À semelhança da posição que sustentamos acerca das ciências exactas, a qualificação da objectividade e veracidade das investigações históricas é um assunto que se circunscreve à própria ciência histórica, o Direito só está vinculado a proteger os resultados da investigação e criação científicas *se e quando* aceites como válidos pela comunidade do respectivo ramo do conhecimento; em sentido aproximado MARCELA AHUMADA, *idem*, 383.

<sup>841</sup> Cfr. *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 214/1991, § I, 2., a), disponível na *internet* em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/1853>.

<sup>842</sup> O direito à honra está reconhecido nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da *Constitución Española*.

disso, reputava de mentirosos quem, como a demandante, padeceram os horrores dos campos de concentração nazis”<sup>843</sup>. O caso subiu ao Tribunal Constitucional, em sede de recurso de amparo, que considerou tratarem-se “com toda a evidência, de afirmações que manifestamente revestem conotação racista e antissemita e que mais não são que uma incitação anti-judaica, sem qualquer juízo objectivo sobre a ocorrência de factos históricos”<sup>844</sup>. Concluiu aquele supremo tribunal que “esta incitação racista constitui um atentado à honra da autora e de todas as pessoas que, como ela e a sua família, estiveram internadas nos campos de concentração nazis, pois o juízo é feito sobre factos históricos, miseráveis e odiosos, por ela sofridos e, com o arrojo com que são expostos na demanda, não comportam exclusivamente correcções pessoais da História sobre a perseguição dos judeus, transmitindo, ao invés, uma dimensão histórica ou moral diversa da realidade e são efectuadas em descrédito e menosprezo das próprias vítimas, isto é, dos judeus que sofreram os horrores do nacional-socialismo e, entre elas, da recorrente, razão pela qual excedem o âmbito no qual deve entender-se que prevalece o direito a expressar livremente os pensamentos, ideias e opiniões<sup>845</sup> consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da *Constitución Española*. Por outro lado, nem a liberdade ideológica (artigo 16.º), nem a liberdade de expressão (artigo 20, n.º 1) compreendem o direito a efectuar manifestações, proferir expressões ou realizar campanhas de carácter xenófobo, na medida em que, nos termos do artigo 20.º, n.º 4, não existem direitos ilimitados”<sup>846</sup>.

O exemplo de uma decisão judicial dirimente de um conflito de direitos fundamentais adoptada com recurso ao critério da concordância prática foi proferida

---

<sup>843</sup> Cfr. Acórdão n.º 214/1991, § I, 2., b).

<sup>844</sup> Cfr. *idem*, § II, 8.

<sup>845</sup> O Tribunal Constitucional refere-se à liberdade de expressão do entrevistado mas o jornalista, autor da reportagem, estava a exercer a liberdade de criação científica (reconhecido pelo artigo 20.º, n.º 1, b) da *Constitución Española*) na medida em que estava a investigar factos num domínio do conhecimento, a História, em busca da verdade.

<sup>846</sup> Cfr. Acórdão n.º 214/1991, § II, 8.

pelo Tribunal Constitucional português para solucionar um conflito entre *a liberdade de criação científica* e o *direito de acesso aos arquivos administrativos*<sup>847</sup>. A situação de facto respeitava a um pedido de uma sociedade comercial que tinha por objecto social a distribuição de medicamentos e solicitou ao *INFARMED – Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento*, entre outras informações, a consulta do processo administrativo referente à autorização de introdução no mercado de um medicamento denominado *Gasec* alegando que este era um medicamento similar ao *Losec*, por si comercializado, e, portanto, seu concorrente. Circunscrevendo a nossa análise estritamente ao conflito de direitos fundamentais subjacente, o ponto da discórdia residia na alegada inconstitucionalidade do artigo 10.º, n.º 1, da *Lei de acesso aos documentos administrativos*<sup>848</sup> que, segundo o entendimento da requerente, ao proibir “a utilização de informações com desrespeito dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial, assim como a reprodução, difusão e utilização destes documentos e respectivas informações que possam configurar práticas de concorrência desleal” estabelecia restrições ao *direito ao arquivo aberto*<sup>849</sup>, consagrado no artigo 268.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa*, não autorizadas pelo próprio texto constitucional. O Tribunal Constitucional não declarou inconstitucional a norma em causa por necessidade de *articular* ou *harmonizar* o direito alegado pela requerente com o direito de criação científica da sociedade farmacêutica que produzira o medicamento alegadamente concorrente no mercado e, assim, confirmou a decisão do

---

<sup>847</sup> Sobre os direitos de *informação sobre o andamento dos procedimentos* e de *acesso aos arquivos administrativos*, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 227/228, e *Sobre o direito das organizações não-governamentais de ambiente à informação administrativa*, in *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, Lisboa, Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente, n.º 11, 1995, p. 47 a 63, e autores aí citados.

<sup>848</sup> Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, entretanto substituída pela Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto.

<sup>849</sup> A expressão é de ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *As garantias administrativas na Dinamarca e o princípio do arquivo aberto*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVII, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, p. 269.



Supremo Tribunal Administrativo recorrida que fixava taxativamente os documentos insertos no processo a que a requerente poderia ter acesso, a saber: certidões relativas à composição qualitativa e quantitativa dos componentes, consulta dos documentos referentes ao mesmo objecto e acesso às certidões das decisões proferidas no procedimento administrativo<sup>850</sup>.

### **2.2.3. As liberdades de *transmissão* cultural**

Apesar de algumas vozes dissonantes, como a de EDWIN R. HARVEY, que sufragam o afastamento da educação do universo dos direitos culturais em sentido estrito com fundamento na alegada circunstância “do direito à educação contar com uma caracterização definida e um conteúdo delimitado, enquanto os direitos culturais propriamente ditos se encontram ainda em processo de definição”<sup>851</sup>, consideramos que os direitos fundamentais em matéria de educação revestem a natureza de direitos culturais por excelência na medida em que legitimam a *transmissão* de valores e saberes culturais no âmbito de uma sociedade. À partida, a proposição de EDWIN R. HARVEY assenta em premissas não provadas na medida em que a circunstância dos textos internacionais sobre direitos humanos regularem com maior grau de densidade os direitos na esfera da educação é devida apenas a motivos de ordem conjuntural que as Nações Unidas e as organizações internacionais de âmbito regional qualificaram

---

<sup>850</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 254/1999, § 12.

<sup>851</sup> Neste sentido, EDWIN R. HARVEY que se louva no enunciado do artigo 13.º do *PIDESC* para fundamentar a posição que sustenta (*Derechos culturales*, UNESCO, 1995, p. 6, disponível na *internet* em [www.educ.ar](http://www.educ.ar)), e V. PEREIRA DA SILVA que afirma, embora sem fundamentar, “realizando uma espécie de “radiografia” das normas constitucionais referentes ao direito à cultura, pode-se considerar que elas consagram: cinco “tipos” de direitos subjectivos fundamentais: o direito de criação cultural, o direito de fruição cultural, o direito de participação ou de “quota-parte” nas políticas públicas de cultura, o(s) direito(s) de autor e o direito de fruição do património cultural” (*A cultura a que tenho direito*, p. 70).

prioritários para a prossecução do desenvolvimento<sup>852</sup>. Com efeito, constituindo a resolução dos problemas internacionais de carácter económico, social, cultural e humanitário um dos fins da Nações Unidas<sup>853</sup>, esta organização internacional tem considerado a educação o caminho adequado, por um lado, para alcançar “o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o sentido de sua dignidade, assim como (...) o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”<sup>854</sup> e, por outro lado, para “capacitar todas as pessoas a participar efectivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as actividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”<sup>855</sup>. Assim sendo, por um lado, a maior densidade dos textos internacionais na esfera da educação resulta apenas de uma definição de prioridades que privilegiou o desenvolvimento dos povos e, por outro lado, conforme sustentamos em momento anterior, a maior ou menor densidade do regime jurídico de uma determinada matéria não reveste aptidão suficiente para condicionar a respectiva natureza<sup>856</sup>.

A análise histórico-jurídica e jurídico-comparatista da modernidade demonstram que a esfera da educação integra o sub-sistema cultural<sup>857</sup>, em primeiro lugar, porque

---

<sup>852</sup> Sobre este assunto, cfr. JACQUES DELORS, IN'AM AL-MUFTI, ISAO AMAGI, ROBERTO CARNEIRO, FAY CHUNG, BRONISLAW GEREMEK, WILLIAM GORHAM, ALEKSANDRA KORNHAUSER, MICHAEL MANLEY, MARISELA PADRÓN QUERO, MARIE-ANGÉLIQUE SAVANÉ, KARAN SINGH, RODOLFO STAVENHAGEN, MYONG WON SUHR e ZHOU NANZHAO, *Educação – Um tesouro a descobrir – Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI*, Paris, UNESCO, 1996, disponível na internet em <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000046001-000047000/000046258.pdf>, p. 82/83, e ALFRED FERNÁNDEZ, *La educación como derecho cultural*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Universidad de Navarra – Facultad de Derecho, n.º 50, 2004, p. 270 e ss.

<sup>853</sup> Cfr. artigos 1.º, n.º 3, e 55.º, b), da *Carta das Nações Unidas*.

<sup>854</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da *DUDH* e artigo 13.º, n.º 1, 1.ª parte, do *PIDESC*; neste preciso sentido, DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, Madrid, Thomson/Civitas, 2007, p. 90.

<sup>855</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da *DUDH* e artigo 13.º, n.º 1, 2.ª parte, do *PIDESC*; cfr. ainda, no plano doutrinário, CARLOS VILLÁN, *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, p. 353.

<sup>856</sup> Cfr. *supra*, 2.1.3.5.

<sup>857</sup> Cfr. *supra*, II, 1.4.; neste sentido, PAULO BEZERRA considera paradoxal “a falta de teorização do direito à educação como direito cultural, uma vez que a relação entre educação e cultura é evidente”, *O*

uma das medidas concretas que consubstanciou a génese do *Kulturstaat* no auge do idealismo alemão foi o *modelo humboldtiano de Universidade* que se caracterizava, conforme verificamos em sede de análise histórica das relações entre poder político e cultura, pela associação intrínseca entre criação científica e ensino, sendo aquela *pressuposto e medida* da exequibilidade deste<sup>858</sup>. Se abordarmos o assunto numa perspectiva jurídico-positiva, a análise exegética dos textos constitucionais marcantes do século XX demonstra que o legislador constituinte dos Estados de Direito democráticos e sociais assumiu invariavelmente como pressuposta a ligação genética entre a criação cultural e o ensino<sup>859</sup>. A sequência das liberdades de criação artística e científica e das liberdades de ensinar e de aprender configuram assim um procedimento homogéneo das actividades culturais, cujos termos compreendem as fases de *criação, transmissão e assimilação* de cultura<sup>860</sup> e que converge para a satisfação dos direitos ao *desenvolvimento da personalidade*<sup>861</sup> e, em última análise, à *dignidade humana*<sup>862</sup>, isto é, “se a cultura é o “modo de ser” do homem, a educação é, antes de mais (...), “aprender a ser””<sup>863</sup>. Pelo que, analisadas as liberdades de criação cultural, a sequência da investigação, em coerência com a concepção adoptada, determina que passemos a dissecar a problemática das liberdades na esfera da educação.

O reconhecimento em sede constitucional da liberdade de ensinar do docente<sup>864</sup>, da liberdade de aprender do aluno<sup>865</sup> e do direito de participação dos agentes educativos

---

*ensino jurídico à luz do direito fundamental à educação*, in PAULO BEZERRA (org.), *Temas atuais de direitos fundamentais*, Ilhéus-Bahia, Editora da Universidade Estadual de Santa Cruz, 2007, p. 185.

<sup>858</sup> Cfr. *supra*, I, 2.2.

<sup>859</sup> Cfr. artigo 5.º, § 3 da *Gundsgesetz*, artigo 33.º, § 1, da *Costituzione Italiana*, artigo 20.º, n.º 1, b) e c), da *Constitución Española* e artigos 42.º, n.º 1, e 43.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>860</sup> Cfr. *supra*, II, 2.2.

<sup>861</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, e 73.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>862</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>863</sup> A expressão é de ALFRED FERNÁNDEZ, *La educación como derecho cultural*, p. 264.

<sup>864</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>865</sup> Cfr. *ibidem*, 2.ª parte.

na gestão democrática das escolas e na definição da política de ensino<sup>866</sup>, ou liberdades *na escola*<sup>867</sup>, conjugado com a liberdade de criação de escolas privadas<sup>868</sup> e a autonomia universitária<sup>869</sup>, ou liberdades *de escola*<sup>870</sup>, figuras jurídicas que analisaremos na sequência da investigação, constituem assim mecanismos jurídicos adequados a assegurar a autonomia da *cultura* perante o poder político, princípio fundamental do *Kulturstaat*<sup>871</sup>. Neste contexto, apontamos ao *azimute* da “questão capital do ensino em todos os seus graus”, tal como a colocou ORTEGA Y GASSET: “no ensino – e mais em geral na educação – existem três termos: o que se deve ensinar – ou o *saber* –, o que ensina – ou *mestre* – e o que aprende – ou *discípulo*”<sup>872</sup>.

### 2.2.3.1. A liberdade de ensinar

#### 2.2.3.1.1. Os sujeitos: a titularidade do direito

Considerando o princípio da universalidade em sede de titularidade de direitos fundamentais<sup>873</sup>, o reconhecimento constitucional da liberdade de ensinar proporciona a toda a pessoa humana a *liberdade para educar*, isto é, para transmitir cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista. Com efeito, num Estado de Direito não é legítimo obstar a que, designadamente, as gerações antecessoras transmitam o acervo civilizacional e cultural da comunidade às gerações sucessoras, quer com intuito de *socialização*, isto é, de integração das gerações posteriores nas instituições, nos

---

<sup>866</sup> Cfr. artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, da CRP.

<sup>867</sup> A expressão é de VEZIO CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1956, vol. VI, p. 74.

<sup>868</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 4, da CRP.

<sup>869</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, da CRP.

<sup>870</sup> A expressão é ainda de VEZIO CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, p. 74.

<sup>871</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 2.2.; em sentido análogo, BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 5 e 9.

<sup>872</sup> Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, p. 45, itálicos no texto nossos; em sentido aproximado, SALVATORE MASTROPASQUA sustenta que “a liberdade de ensino protege o docente e simultaneamente o discente”, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 37.

<sup>873</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da CRP.

saberes, nas crenças, nos comportamentos e nos modos de convivência de uma comunidade humana com objectivo último de preservação da *identidade cultural* da mesma comunidade, é o domínio da *educação strictu sensu*<sup>874</sup>, quer com intuito de *ministrar conhecimentos nos domínios*, nomeadamente, *da arte e da ciência*, em benefício do *intelecto* das novas gerações e simultaneamente da preservação e do progresso do *nível artístico e científico* da comunidade, é a esfera do *ensino*<sup>875</sup>.

Se a liberdade de transmissão inter-geracional de cultura no âmbito de uma comunidade humana mediante procedimentos informais decorre, quer das liberdades de expressão e de informação, quer especificamente da liberdade de ensinar, no contexto de um Estado burocrático racionalizado<sup>876</sup> é legítimo questionar se o princípio da

---

<sup>874</sup> MANUEL SALGUERO circunscreve o conceito de *educação* a este primeiro sentido, definindo-o como “um processo de assimilação de crenças, valores e normas que opera de forma espontânea e como algo inerente à estrutura social dos grupos humanos. Consiste numa interiorização de atitudes, funções, formas de relação e comportamentos que constituem o quadro da vida social. O sistema de ensino e a família são os agentes tradicionais de socialização mas também o são – e cada vez em maior medida – os meios de comunicação e as novas tecnologias de informação”, *El derecho a la educación*, in JERÓNIMO BETEGÓN, FRANCISCO J. LAPORTA, JUAN RAMÓN DE PÁRAMO e LUIS PRIETO SANCHÍS (org.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 795.

<sup>875</sup> Neste sentido, distinguindo *educação strictu sensu* de *ensino*, NICOLAS DE CONDORCET, *cit.* por ANTONIO TORRES DEL MORAL, *El poder, los derechos y la instrucción pública según Condorcet*, in JOSÉ ANTONIO SOUTO PAZ e CLARA SOUTO GALVÁN (org.), *Educación y Libertad*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 25, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 289, DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, p. 94/95, HARTMUT KRÜGER, *La libertad de cátedra en Alemania*, trad. castelhana de Carlos Vidal, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 45, 1999, p. 197, JOSÉ ANTONIO SOUTO PAZ, *Libertad de educación y libertades educativas*, in JOSÉ A. SOUTO PAZ e CLARA SOUTO GALVÁN (org.), *Educación y Libertad*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 70/71, SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 50, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I – I principi costituzionali*, Milano, Giuffrè Editore, 1973, p. 191, e PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 27; sobre estes dois sentidos do conceito *cultura* que, na esteira de HONORIO VELASCO, classificamos, respectivamente, como *antropológico* e *humanista*, cfr. *supra*, Introdução, 1.2. Uma análise polissémica do conceito de ensino pode ser consultada em PAULO BEZERRA, *O ensino jurídico à luz do direito fundamental à educação*, p. 165.

<sup>876</sup> Corresponde ao tipo de dominação legal com administração burocrática na terminologia de MAX WEBER, cujas características são: (1) “todo o Direito, pactuado ou outorgado, pode ser *estatuído* de modo racional – com referência a fins ou a valores (ou a ambos) – com a pretensão de ser respeitado pelos membros da comunidade”, (2) “todo o Direito é, na sua essência, um cosmos de *regras* abstractas, em geral estatuídas intencionalmente, que o poder judicial aplica ao caso concreto, enquanto a Administração cuida de modo racional dos interesses previstos pelas regras da comunidade”, (3) “o soberano legal típico (...), quando ordena, obedece a uma ordem impessoal pela qual orienta a sua actividade”, (4) “aquele que obedece só o faz enquanto *membro da comunidade* e só obedece ao *Direito*”,

universalidade aceite no contexto da vida em comunidade é também válido para o exercício da mesma actividade instrutória se e enquanto exercida no âmbito de um sistema institucionalizado de ensino conducente à obtenção de habilitações literárias<sup>877</sup> ou certificatórias da capacidade para o exercício de uma profissão<sup>878</sup>. A análise de direito comparado revela que, por via de regra, as Constituições estabelecem a distinção entre *educação* e *ensino*, abrangendo a primeira a formação integral da pessoa, no que concerne nomeadamente a valores culturais, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista, assim como a valores religiosos, morais,... enquanto o segundo se circunscreve à transmissão da cultura em sentido humanista<sup>879</sup>, embora ambas as actividades prossigam o desiderato de proporcionar o *desenvolvimento da personalidade*<sup>880</sup> e, em última análise, a *dignidade humana*<sup>881</sup> às gerações posteriores.

---

(5) “os membros da comunidade, enquanto obedecem ao soberano, não o fazem por atenção à sua pessoa mas obedecem a uma ordem impessoal e só estão obrigados a obediência dentro da *competência* limitada, racional e objectiva que lhe está outorgada pelo Direito”, *Economia y Sociedad*, p. 173/174.

<sup>877</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, e n.º 2, a) a g), da CRP.

<sup>878</sup> Cfr. artigo 47.º, n.º 1, 2.ª parte, da CRP.

<sup>879</sup> Neste sentido, LORENZO COTINO HUESO, *El derecho a la educación como derecho fundamental – Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 53 e ss., A. SOUSA FRANCO, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, in *Direito e Justiça*, vol. IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1989/1990, p. 60/61, CARLOS VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra*, p. 117, PAULO BEZERRA, para quem liberdade na educação significa “pensar e deixar pensar, criar e deixar criar”, *O ensino jurídico à luz do direito fundamental à educação*, p. 188, MANUEL SALGUERO que sustenta a existência de “uma antinomia originária entre educar para a formação (ideal ilustrado) e preparar os indivíduos para o exercício de uma profissão (racionalidade tecnocrática)”, *El derecho a la educación*, p. 797, cfr. ainda p. 799, e Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos CAMPBELL & COSANS v. UNITED KINGDOM, de 25 de Fevereiro de 1982, disponível na internet em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455#{"display":\["0"\],"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["7511/76","7743/76"\],"documentcollection\\_id2":\["CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455#{), § 33; em sentido diverso, E. SPAGNA MUSSO sustenta a unicidade da figura ao afirmar que o “ensino constitui uma manifestação do pensamento dirigida a realizar um objectivo de instrução e de educação”, afirmando ainda que a circunstância da *Costituzione Italiana* regular apenas um tipo específico de ensino, o ensino escolar, é uma consequência da respectiva dimensão organizatória, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 137. Quanto aos textos constitucionais mais relevantes no espaço europeu, cfr., quanto à educação, artigo 6.º, § 2, da *Gundsgesetz*, artigo 30.º, § 1, da *Costituzione Italiana*, artigos 27.º, n.º 3, e 39.º, n.º 3, da *Constitución Española* e artigos 36.º, n.º 5, 67.º e 68.º da CRP e, quanto ao ensino, artigo 5.º, § 3, da *Gundsgesetz*, artigo 33.º, § 1, da *Costituzione Italiana*, artigo 20.º, n.º 1, b) e c), da *Constitución Española* e artigos 42.º, n.º 1, e 43.º, n.º 1, da CRP.

<sup>880</sup> Cfr. artigo 2.º, § 1, da *Gundsgesetz*, artigo 3.º, § 2, da *Costituzione Italiana*, artigos 10.º, n.º 1, e 27.º, n.º 2, da *Constitución Española* e artigos 26.º, n.º 1, e 73.º, n.º 2, da CRP; neste sentido, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 294, JOSÉ A. SOUTO PAZ, *Libertad de educación y libertades educativas*, p. 73/74, e ÓSCAR CELADOR, *Libertad de Conciencia y Derecho a la*

Assim, por motivos de sistematização e por forma a evitar a duplicação no tratamento das matérias, circunscreveremos a investigação subsequente à liberdade de ensinar, reservando para análise posterior a temática referente aos direitos e deveres na esfera da educação *strictu sensu*<sup>882</sup>.

As origens da *liberdade de ensinar* como direito fundamental remontam às pretensões manifestadas pelos Professores Catedráticos durante o período histórico do Estado absoluto no sentido de conservarem a *soberania cultural* dentro da *aula* que lhes era reconhecida em momento anterior à consolidação do *Leviathan*<sup>883</sup> mas o debate em torno do seu reconhecimento constitucional intensificou-se no século XIX, mais precisamente durante o período da *questão escolar* em que os revolucionários culminaram o processo de secularização do ensino<sup>884</sup>, motivo pelo qual o direito em apreço, por vezes, é ainda denominado nalguns ordenamentos jurídicos pela expressão

---

*Educación*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídico-Políticos, n.º 17, 2008, p. 89.

<sup>881</sup> Cfr. artigo 1.º, § 1, da *Gundsgesetz*, artigo 41.º, da *Costituzione Italiana*, artigo 10.º, n.º 1, da *Constitución Española* e artigo 26.º, n.º 2, da *CRP*; neste sentido, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 187/188, JOSÉ A. SOUTO PAZ, *ibidem*, e ÓSCAR CELADOR, *ibidem*.

<sup>882</sup> Cfr. *infra*, 3.1.

<sup>883</sup> Cfr. *supra*, I, 1.2., e ainda SABINO CASSESE, *L'Universita e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, p. 757, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 27/28, e HARTMUT KRÜGER, *La libertad de cátedra en Alemania*, p. 152 e ss. Sobre o assunto em apreço, BLANCA LOZANO recorda que “na Universidade medieval, o professor era uma figura quase sagrada com importantes privilégios e o ensino baseava-se na transmissão de um saber não questionado, a partir de um texto de autoridade, ainda que com certa margem de apreciação do docente”, *La libertad de cátedra*, p. 29. A autora recorda, na sequência, que “a liberdade com que se discutiam nas aulas os assuntos de Estado chegou a provocar a ira dos monarcas, como ocorreu quando FRANCISCO DE VITÓRIA, *lente de prima* na Universidade de Salamanca, proferiu a célebre lição *De Indis*, na qual expunha as suas conclusões sobre a licitude da conquista da América: os índios não eram seres inferiores, pelo contrário eram homens com características e direitos iguais aos espanhóis; eram verdadeiros senhores dos seus bens, dos quais não podiam ser arbitrariamente despojados e o procedimento adoptado pelos conquistadores para iniciar qualquer conquista – com a leitura de um documento perante os índios que nada entendiam – era altamente abusivo” e ainda que foi este episódio que desencadeou o movimento convergente ao domínio da Universidade pela Coroa, mais precisamente quando Carlos V proferiu a não menos célebre frase: “que calem esses frades”, *idem*, p. 34/35; cfr. ainda NICOLAS DE CONDORCET que resumiu numa fase lapidar a essência da liberdade de ensino “é o poder que deve seguir as luzes e não as luzes que devem seguir o poder”, *cit.* por ANTONIO TORRES DEL MORAL, *El poder, los derechos y la instrucción pública según Condorcet*, p. 35.

<sup>884</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3., e ainda BLANCA LOZANO, *idem*, p. 2, e HARTMUT KRÜGER, *idem*, p. 153.

tradicional *liberdade de cátedra*<sup>885</sup>. A dualidade terminológica *liberdade de cátedra* / *liberdade de ensinar* reflecte a ausência de consenso na definição do universo dos titulares deste direito, universo subjectivo que carece ser delimitado porque liberdade de ensinar “não significa liberdade para qualquer um ensinar”<sup>886</sup>. Assim, uma corrente, maioritária na Alemanha, sufraga uma concepção restrita do assunto segundo a qual apenas são titulares do direito de *liberdade de ensinar (Lehrefreiheit)* – que consiste na liberdade para escolher o objecto e o método da *unidade curricular*, bem como para exprimir publicamente as suas próprias convicções sobre o assunto<sup>887</sup> – os professores universitários e, entre estes, aqueles que exercem uma actividade investigatória (*Forschung*), atestada mediante a obtenção dos títulos de Doutor (*Promotion*) e de Habilitação (*Habilitation*) para o professorado<sup>888</sup>, adequada a municiar a actividade lectiva<sup>889</sup>. O entendimento formulado nestes termos decorre da concepção *humboldtina* da Universidade que é considerada um centro de produção de ciência, mais de aprendizagem que de ensino<sup>890</sup>, e que funciona segundo o método da “cooperação”<sup>891</sup> entre professores e alunos que “caminham por trilhos convergentes na busca da verdade”<sup>892</sup>, assumindo portanto o ensino uma função “complementar” ou instrumental

---

<sup>885</sup> Cfr. artigo 20.º, n.º 1, c), da *Constitución Española*; para uma análise dos debates nas Cortes Constituintes de 1978 acerca do reconhecimento e da denominação deste direito no texto constitucional, cfr. BLANCA LOZANO, *idem*, p. 40 e ss., ENRIQUETA EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 107 e ss., e ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 77 a 84.

<sup>886</sup> Cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 39.

<sup>887</sup> Neste sentido, HARTMUT KRÜGER, *La libertad de cátedra en Alemania*, p. 153, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 53, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 197.

<sup>888</sup> Cfr. HARTMUT KRÜGER, *idem*, p. 159, CARLOS VIDAL, *idem*, p. 33, ENRIQUETA EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, p. 129/130, e ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 22.

<sup>889</sup> Cfr. HARTMUT KRÜGER, *idem*, p. 157/158, e CARLOS VIDAL, *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, n.º 50, 2004, p. 374.

<sup>890</sup> Neste sentido, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 32, e *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania*, p. 375.

<sup>891</sup> A expressão é de JOAQUIN ABELLAN, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 248.

<sup>892</sup> A expressão é de CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 32.



da investigação<sup>893</sup>. Deste modo, o *forum* privilegiado de contacto entre docentes e discentes é o *seminário* onde vigora o princípio da unidade entre *investigação* e *ensino*, isto é, “as lições ministradas pelo professor devem ser fruto da sua investigação e simultaneamente a própria investigação do aluno é parte decisiva na sua formação porque o ensino universitário não consiste na transmissão de conhecimentos totalmente elaborados mas na incessante descoberta da ciência”<sup>894</sup>. Em suma, a Universidade consiste apenas no *habitat* “onde cada um, na sua solidão interior e em absoluta liberdade, se dedica à ciência pura e realiza desse modo a sua própria formação humana”<sup>895</sup>. Acresce a este motivo de ordem histórica um outro de natureza hermenêutica na medida em que a interpretação do artigo 5.º, § 3, da *Gundgesetz* associa literalmente a arte, a ciência, a investigação e o ensino, reconhecendo-os como termos de um mesmo procedimento<sup>896</sup>. Deste modo, os (putativos) professores universitários que não se dedicam à investigação, bem como os professores dos graus de ensino não superiores são apenas titulares de uma *liberdade pedagógica*, (*Pädagogischefreiheit*) maioritariamente reconhecida como um direito do docente, mas de controvertida fundamentalidade, que se circunscreve à faculdade de escolha do método para leccionar os programas pré-estabelecidos pelos órgãos estaduais ou escolares competentes<sup>897</sup>.

A concepção dominante nos Estados latinos encontra-se nos antípodas desta pois, embora a liberdade para ensinar haja começado por ser reivindicada nas Universidades e pelos Professores Catedráticos, a *massificação* do ensino alterou

---

<sup>893</sup> Neste sentido, CARLOS VIDAL, *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania*, p. 375.

<sup>894</sup> Cfr. JOAQUIN ABELLAN, *idem*, p. 249.

<sup>895</sup> Cfr. JOAQUIN ABELLAN, *idem*, p. 247.

<sup>896</sup> Cfr. BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 102, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 32, e ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 22 e ss.

<sup>897</sup> Cfr. CARLOS VIDAL, *idem*, p. 43, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação X ao artigo 43.º.

profundamente aquela que foi a composição típica do corpo docente de uma Universidade até ao século XIX e as novéis categorias de docentes começaram a manifestar o desejo de beneficiar da mesma liberdade que os Catedráticos no exercício das suas tarefas lectivas. Conforme refere ANTONIO EMBID IRUJO, “a extensão da liberdade de cátedra a todo o pessoal docente é justificável na actualidade por razões muito semelhantes àquelas que haviam justificado o reconhecimento de tal direito aos Catedráticos. Aos então praticamente únicos membros do ensino universitário foi acrescentado um conjunto de funcionários ou de pessoal submetido a outro estatuto que realizam tarefas de natureza análoga, ainda que com diferente grau de responsabilidade. O sujeito receptor do seu ensino, o aluno, a promoção da ciência e a mesma mecânica de um Estado pluralista determinam a extensão da liberdade a todo o pessoal docente universitário”<sup>898</sup>. A mesma concepção ampla da liberdade de ensinar é também adoptada pelo *Tribunal Constitucional español* que, numa decisão histórica, sem embargo do legislador constituinte haver preferido o enunciado normativo, literalmente de âmbito mais restrito, *libertad de cátedra*<sup>899</sup>, valorizou o elemento histórico de interpretação e declarou que “ainda que tradicionalmente por liberdade de cátedra se haja entendido uma liberdade própria apenas dos docentes do ensino superior ou, mais precisamente, dos titulares dos lugares docentes denominados precisamente por “cátedras” e por enquanto actualmente na doutrina alemã se entende, em sentido análogo, que tal liberdade respeita apenas àqueles professores cuja docência é a projecção do seu próprio labor investigatório, resulta evidente que, atendendo aos debates parlamentares que são um importante elemento de interpretação, ainda que não a determinem, o legislador constituinte de 1978 quis reconhecer esta liberdade a todos

---

<sup>898</sup> Cfr. ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 286/287.

<sup>899</sup> Cfr. artigo 20.º, n.º 1, c) da *Constitución Española*.

os docentes, seja qual for o nível de ensino em que actuam e a relação existente entre a sua actividade docente e o seu labor investigatório”<sup>900</sup>.

A *Constituição da República Portuguesa* reconhece o direito em apreço como liberdade de ensinar e, atendendo novamente ao princípio da universalidade, são titulares do direito em apreço todos aqueles que exerçam a actividade docente<sup>901</sup>, investidos na função por nomeação como agente administrativo ou por contrato de provimento, de trabalho ou de prestação de serviços, qualquer que seja o nível de ensino que ministram<sup>902</sup>, e que sejam titulares de habilitação académica adequada, isto é, legalmente estabelecida, ao nível de ensino em que leccionam. A questão da extensão e do alcance do direito, em nosso entendimento, não se coloca em sede de titularidade mas de objecto e de conteúdo do mesmo<sup>903</sup> pois, como afirma BLANCA LOZANO, desde as primeiras reivindicações no contexto da questão escolar, “a liberdade de cátedra sofreu (...) uma *evolução expansiva* que a converteu num direito reconhecido hoje a *todos os docentes*, com independência do nível de ensino em que leccionem e do carácter público ou privado da escola” e, na sequência, sustenta que “problema distinto é a maior ou menor amplitude da liberdade de cátedra em função do tipo de escola e do nível do docente, pois (...) a *extensão do âmbito de aplicação deste direito está associada a uma redução do seu conteúdo positivo*, na medida do necessário para tornar compatível o seu exercício com as necessidades educativas dos níveis inferiores de

---

<sup>900</sup> Cfr. *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 5/1981, § II, 9., disponível na internet em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/5>; no mesmo sentido, E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 165, CARLOS VIDAL, *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania*, p. 373, e ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 91.

<sup>901</sup> A posição sustentada no texto é sufragada por JOSÉ LUIS CARRO, *Libertad científica y organización universitaria*, p. 215, e por ENRIQUETA EXPÓSITO à luz do ordenamento jurídico espanhol, *La libertad de cátedra*, p. 103.

<sup>902</sup> Neste sentido, ENRIQUETA EXPÓSITO, *idem*, p. 147.

<sup>903</sup> Neste preciso sentido, ANTONIO EMBID afirma que “a possível amplitude da liberdade [de ensino] em função das categorias docentes é um problema distinto da titularidade”, *Las libertades en la enseñanza*, p. 287.

docência e para realizar a sua conciliação com outros direitos, bens ou valores constitucionalmente protegidos e vinculados também ao ensino”<sup>904</sup>. A posição em apreço logra enquadramento no regime dos direitos fundamentais consagrado na *Constituição da República Portuguesa* na medida em que o texto constitucional permite que o legislador ordinário coloque restrições à escolha e ao exercício da profissão de docente em razão da titularidade de habilitações literárias adequadas para leccionar em cada grau de ensino<sup>905</sup>, assim como permite a restrição do exercício do direito por forma a assegurar que a actividade lectiva prossegue o interesse público<sup>906</sup>, devendo ainda a mesma actividade ser exercida com respeito pela orientação, nomeadamente de ordem religiosa<sup>907</sup>, escolhida pelos pais para a educação dos seus filhos<sup>908</sup>, e ainda pelos direitos das crianças<sup>909</sup> e dos jovens<sup>910</sup>.

Quanto aos sujeitos passivos, a liberdade de ensinar é oponível a qualquer entidade pública ou privada, em especial à escola onde o sujeito activo lecciona e à respectiva entidade titular, independentemente desta revestir natureza jurídica pública ou privada<sup>911</sup>. Com efeito, o direito à liberdade de ensinar começou a ser reivindicado a partir do momento em que coincidiram “dois pressupostos até certo ponto contraditórios que marcaram os altos e baixos da História e os movimentos pendulares do ensino: *estatismo e liberdade*, a vontade de configurar o ensino como uma *missão do Estado* e o

---

<sup>904</sup> Cfr. BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 114; no mesmo sentido, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, 196.

<sup>905</sup> Cfr. artigo 47.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>906</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>907</sup> Cfr. artigo 41.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*, e, em especial, artigo 18.º, n.º 1, *in fine*, do *PIDCP*, artigo 2.º, 2.ª parte, do *I Protocolo adicional à CEDH*, e artigo 27.º a) e c) da *Lei da Liberdade Religiosa (LLR)*, aprovada pela Lei n.º 16/2001, de 16 de Junho.

<sup>908</sup> Cfr. artigos 36.º, n.º 5, e 68.º, n.º 1, da *CRP*, e artigos 16.º, n.º 3, e 26.º, n.º 3, da *DUDH*, e no plano doutrinário, A. SOUSA FRANCO, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, p. 66.

<sup>909</sup> Cfr. artigo 69.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>910</sup> Cfr. artigo 70.º, n.º 1, a) e d), da *CRP*.

<sup>911</sup> Neste sentido, BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 2 e p. 108 e ss., JOSÉ A. SOUTO PAZ, *Libertad de educación y libertades educativas*, p. 79, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 196.

reconhecimento da relação existente entre o progresso do ensino e a *liberdade de pensamento*<sup>912</sup>. No entanto, à semelhança do sucedido com a generalidade dos direitos fundamentais, também no que concerne à liberdade de ensinar, no âmbito da *mudança estrutural da esfera pública*<sup>913</sup> ocorrida com a sociedade de massas, “o poder político não é o único capaz de prejudicar as pessoas no âmbito da protecção pelos direitos fundamentais, existem poderes sociais e outras pessoas capazes de causar malefícios e prejuízos dos quais nos devemos proteger com os direitos fundamentais”<sup>914</sup>.

#### 2.2.3.1.2. O *objecto* do direito

A liberdade de ensinar reconhecida pelo artigo 43.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa* consiste na faculdade, reconhecida ao docente, de exprimir e divulgar o pensamento mais conforme a sua “consciência”<sup>915</sup> sobre uma matéria do domínio intelectual, nomeadamente artístico ou científico. Assim, “o reconhecimento da liberdade de ensinar está intimamente relacionado com as liberdades de criação intelectual, nomeadamente artística e científica, sendo estas últimas pressuposto da primeira”<sup>916</sup>, pelo que, apesar do conteúdo da liberdade de ensinar se afigurar análogo

---

<sup>912</sup> A expressão é de LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución Española de 1978 – Ensayo de un sistema: diez lecciones sobre la Constitución de 1978*, actualizada por OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, p. 163; em sentido análogo, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 282/283.

<sup>913</sup> Citamos o título da monografia de JÜNGEN HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública*.

<sup>914</sup> A expressão é de GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.ª DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, p. 339; no sentido mencionado no texto, MARCOS VAQUER considera a liberdade de ensino susceptível de ameaças por entidades privadas, nomeadamente pelas entidades instituidoras dos estabelecimentos de ensino, *Estado y Cultura*, p. 196, cfr. infra, 2.2.3.2. e 2.2.3.3.

<sup>915</sup> Neste sentido, A. SOUSA FRANCO sustenta que “a consciência do docente é o critério julgador da liberdade científica e da validade pedagógica do seu ensino”, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, p. 66.

<sup>916</sup> Cfr. TEMISTOCLE MARTINES, *ibidem*; no mesmo sentido, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 237/238, SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 34, e ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 78.

ao conteúdo das liberdades de consciência<sup>917</sup> e de expressão<sup>918</sup>, o seu objecto circunscreve-se a um universo mais restrito na medida em que o direito em apreço “não constitui uma liberdade de propaganda, nem uma imunidade parlamentar”<sup>919</sup>, nem sequer uma liberdade de cada professor conversar com os alunos sobre os assuntos que quiser no decurso das aulas<sup>920</sup>. Ao invés, a sua titularidade está reservada àqueles que exercem uma actividade docente a título profissional no âmbito do sistema institucionalizado de ensino<sup>921</sup>, o seu objecto está intrinsecamente limitado pelo objecto das funções lectivas que estão confiadas ao docente, nomeadamente pelo objecto temático da *unidade curricular* que lhe foi atribuída pelos órgãos directivos da escola<sup>922</sup>, e pela função social do ensino pois, recordando as palavras de ORTEGA Y GASSET, ainda plenas de actualidade e oportunidade, “a Universidade tem por missão ajudar o estudante médio a ser um homem culto e um bom profissional”<sup>923</sup>. Em suma, ilustrando o nosso entendimento com auxílio de uma expressão lapidar do *Tribunal Constitucional español*, “a liberdade individual do docente, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma projecção da liberdade ideológica e do direito a exprimir livremente os pensamentos, ideias e opiniões dos docentes no exercício da sua

---

<sup>917</sup> Cfr. artigo 41.º, n.º 1, 1.ª parte, da CRP.

<sup>918</sup> Cfr. artigo 37.º, n.º 1, 1.ª parte, da CRP.

<sup>919</sup> A expressão é de MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 196; no mesmo sentido, SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 38, e IGNACIO DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 143.

<sup>920</sup> Aliás, a circunscrição do objecto da liberdade de ensino está directamente associada à circunscrição da titularidade do direito aos docentes; em sentido parcialmente coincidente, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 289, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 195/196.

<sup>921</sup> Cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 36.

<sup>922</sup> Neste preciso sentido, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 291, ENRIQUETA EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, p. 163/164, e SALVATORE MASTROPASQUA, *idem*, p. 37; a posição sustentada no texto decorre do *acquis* doutrinário sobre o objecto típico do direito e consequentemente da delimitação dos respectivos limites internos (cfr. *supra*, I, 1.5.).

<sup>923</sup> Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, p. 73, no mesmo sentido CARLOS VIDAL PRADO (*Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, n.º 7, 1997, p. 262), HARTMUT KRÜGER (*La libertad de cátedra en Alemania*, p. 165) e SALVATORE MASTROPASQUA, (*Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 39) sustentam que a liberdade de cátedra está vinculada à realização de fins educativos.

função”<sup>924</sup>. Conclui, na sequência, aquele supremo tribunal que a liberdade de ensinar “consiste, portanto, na possibilidade de expressar as ideias ou convicções que cada professor assume como próprias em relação à matéria que constitui objecto do seu ensino”<sup>925</sup>.

### 2.2.3.1.3. O conteúdo do direito

A liberdade de ensinar, diversamente da generalidade dos direitos de liberdade, não é um direito que confere ao seu titular a faculdade *de facere* ou *de non facere*, ou noutros termos, não é sinónimo de liberdade de ensinar ou de não ensinar<sup>926</sup> na medida em que apenas confere ao seu titular as liberdades de consciência e de expressão no exercício da actividade docente<sup>927</sup>. Assim, a *libertas magister* na sua acepção mais ampla confere ao docente a faculdade de definir livremente os conteúdos e os métodos de ensino<sup>928</sup>, assegurando-lhe “uma absoluta autonomia sobre a direcção e orientação cultural a adoptar”<sup>929</sup> no ensino da sua *unidade curricular*, não consistindo apenas “[n]uma manifestação qualificada do direito de liberdade de expressão”<sup>930</sup>. Consideramos assim redutora a posição sustentada por ENRIQUETA EXPÓSITO segundo a qual o *conteúdo essencial da liberdade de ensinar* compreende as faculdades

---

<sup>924</sup> *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 217/1992, § II, 2., disponível na internet em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2104>.

<sup>925</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>926</sup> Cfr. JOSÉ LUIS CARRO, *Libertad científica y organización universitaria*, p. 215/216, BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 11 e p. 180, JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, p. 317, e SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 37.

<sup>927</sup> BLANCA LOZANO pronuncia-se em sentido coincidente ao aferir o conteúdo da liberdade de ensino pela faculdade do docente se *exprimir* no exercício da actividade lectiva, *idem*, p. 180.

<sup>928</sup> Neste sentido, cfr., selectivamente, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação X ao artigo 43.º, HARTMUT KRÜGER, *La libertad de cátedra en Alemania*, p. 160/161, BLANCA LOZANO, *idem*, p. 10, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 230/231, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 197, e ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 105.

<sup>929</sup> A expressão é de TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, p. 687.

<sup>930</sup> A concepção mencionada no texto é a adoptada por JOSÉ A. SOUTO PAZ, *Libertad de educación y libertades educativas*, p. 79, e por ÓSCAR CELADOR à luz da *Constitución Española*, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 91, e ainda *Libertad de Conciencia y Derecho a la Educación*, p. 99.

“de todo o professor exprimir as suas ideias e opiniões no exercício da actividade docente, ideias e opiniões que deverão necessariamente estar relacionadas com a disciplina ministrada pela mesmo docente (...) e de adoptar o método de ensino mais adequado às suas explicações”<sup>931</sup>, enquanto “ao *conteúdo não essencial* do direito são reconduzíveis todas as demais faculdades, tais como a determinação dos programas a leccionar ou a avaliar, inerentes à função docente”<sup>932</sup>. A nossa discordância em relação ao pensamento da autora decorre da posição que sustentamos em momento anterior, segundo a qual *investigação e ensino* incorporam uma mesma unidade<sup>933</sup>. Com efeito, a competência para determinação do conteúdo programático de uma unidade curricular carece de *autoritas intelectual* de que só é titular quem investigou e conseqüentemente criou arte ou ciência sobre a matéria. Deste modo, a *libertas magister* só está assegurada na sua plenitude se o professor, além de estar investido na faculdade de decidir o método *como* vai ensinar a matéria, seja pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio<sup>934</sup>, estiver também investido na faculdade de definir “livre de quaisquer interferências ou condicionamentos”<sup>935</sup> *qual* o assunto que vai ser objecto das suas prelecções porque apenas quem investigou e criou conhecimento está habilitado a decidir qual o conteúdo programático de uma determinada *unidade curricular* que

---

<sup>931</sup> Cfr. ENRIQUETA EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, p. 163/164; no mesmo sentido, SALVATORE MASTROPASQUA especifica que “esta liberdade deve assegurar a faculdade de ensinar (a) sem intromissão externa e (b) sem risco de conseqüências nefastas em sua relação laboral”, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 40, cfr. ainda ANTONIO EMBID, *Las Libertades en la enseñanza*, p. 290, JOSÉ A. SOUTO PAZ, *Libertad de educación y libertades educativas*, p. 80, e SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 238 e ss. Aliás, por respeito à liberdade de aprender dos discentes (cfr. *infra*, 2.2.4.) “o professor deverá transmitir, por débito de objectividade, também as teses diversas da sua”, cfr. TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, p. 688.

<sup>932</sup> Cfr. ENRIQUETA EXPÓSITO, *idem*, p. 164.

<sup>933</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.1.

<sup>934</sup> Neste sentido, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 238.

<sup>935</sup> A expressão é de TEMISTOCLE MARTINES (*Diritto Costituzionale*, p. 687) que no entanto, e sem fundamentar a posição que sustenta, circunscreve a oponibilidade deste direito às entidades públicas, apesar do artigo 33.º, § 3, da *Costituzione Italiana* reconhecer a liberdade de criação de escolas privadas.



melhor corresponde ao objectivo último de formação intelectual do aluno<sup>936</sup>. Constrangir o docente de adoptar o programa da *unidade curricular* será inverter a *ratio essendi* da liberdade de ensinar porque significa confiar a quem não está investido de *auctoritas* a possibilidade de definir o objecto essencial da actividade docente, isto é, *o que* devemos ensinar, remetendo para quem está habilitado intelectualmente a faculdade de definir apenas qual *o modo* mais adequado a prosseguir o objectivo previamente estabelecido, motivo pelo qual sustentamos que o *conteúdo essencial* da *liberdade de ensinar* na sua concepção mais ampla compreende as faculdades de escolher simultaneamente o *objecto* e o *método* de ensino. Neste contexto, é nosso entendimento que o *conteúdo essencial* do direito incorpora ainda a faculdade de *avaliar* os alunos pelo mesmo motivo da realização de provas de avaliação e respectiva classificação pressupor a *auctoritas* do avaliador na matéria<sup>937</sup>.

Apesar de sustentarmos que este é o conteúdo essencial da liberdade de ensinar na sua concepção mais ampla, conforme adiantamos em sede de análise da titularidade do direito, este direito fundamental assume *conteúdo essencial de dimensão variável* em função da *auctoritas* do seu titular. Se cotejarmos o ordenamento jurídico português em matéria de sistema de ensino verificamos que apenas os Professores Catedráticos, nas Universidades, e os Professores Coordenadores, nos Institutos Politécnicos, são titulares do direito de *liberdade de ensinar em sentido amplo*<sup>938</sup> pois apenas estes são

---

<sup>936</sup> No mesmo sentido, JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU afirma que “a dimensão positiva da liberdade de cátedra [incorpora a] capacidade para determinar conteúdos e procedimentos docentes”, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 297, enquanto PAULO PULIDO ADRAGÃO sustenta que o docente é titular da faculdade de “determinar os programas e os meios didácticos”, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas privadas*, p. 245/246.

<sup>937</sup> Contra mas sem fundamentar a sua posição, JOSÉ A. SOUTO PAZ, *Libertad de educación y libertades educativas*, p. 80.

<sup>938</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS sustentam que “em tese, a liberdade docente deveria abranger a livre fixação dos conteúdos e dos métodos de ensino mas ela tem de ter em conta, por imperativos de coerência do sistema, os planos de estudo e os programas das disciplinas fixados, em linhas gerais, (não mais do que isso), por lei. Apenas no ensino superior, indissociável da investigação

competentes, respectivamente, para coordenar os programas, o estudo e a aplicação de métodos de ensino e investigação relativos às *unidades curriculares* do grupo ou departamento<sup>939</sup> em que estão integrados e para coordenar os programas, metodologias de ensino e linhas gerais de investigação respeitantes às disciplinas de uma área

---

científica, pode desenvolver-se plenamente”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação X ao artigo 43.º

<sup>939</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 1, c), do *Estatuto da carreira docente universitária (ECDU)*, aprovado inicialmente pelo Decreto-Lei n.º 448/79, de 13 de Novembro, e entretanto alterado pela Lei n.º 19/80, de 16 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 373/99, de 18 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 205/2009, de 31 de Agosto, e pela Lei n.º 8/2010, de 13 de Maio; neste contexto, importa referir que os decretos-lei mencionados padeciam originariamente de inconstitucionalidade orgânica pelos seguintes motivos: (i) os diplomas em apreço regulam matérias referentes à liberdade de ensino (artigo 43.º, n.º 1, da *CRP*) e ao exercício da profissão de docente universitário (artigo 47.º, n.º 1, da *CRP*), (ii) ambas as figuras revestem a natureza jurídica de direitos, liberdades e garantias pessoais, quer pela inserção sistemática das normas que reconhecem os direitos em apreço (Parte I, Título II, Capítulo I, da *CRP*), quer pelas suas características intrínsecas (cfr. *supra*, 2.1.4.), (iii) legislar sobre direitos, liberdades e garantias é matéria da reserva relativa de competência da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, b), da *CRP*, que correspondia ao artigo 168.º, n.º 1, b), anteriormente à revisão constitucional de 1997; neste sentido, A. PEDRO BARBAS HOMEM, *Sobre a competência legislativa do Governo no domínio estatutário dos docentes do ensino superior*, disponível na internet em [www.snesup.pt/htmls/EkykZAKEEEigaykFem.shtml](http://www.snesup.pt/htmls/EkykZAKEEEigaykFem.shtml), (iv) nenhum dos decretos-lei em apreço invoca lei de autorização legislativa que habilite o Governo a legislar sobre a matéria, (v) pelo contrário o Governo invoca a sua competência legislativa originária para o efeito (artigo 198.º, n.º 1, a), da *CRP*, correspondia ao artigo 201.º, n.º 1, a), anteriormente à revisão constitucional de 1997), logo (vi) o Governo legislou em matéria da reserva de competência da Assembleia da República sem a necessária autorização legislativa, (vii) acção que configura uma *inconstitucionalidade orgânica* (neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *O ordenamento jurídico administrativo português*, p. 54/55), (viii) contudo, a *ratificação parlamentar* do Decreto-Lei n.º 448/79, de 13 de Novembro, pela Lei n.º 19/80, de 16 de Julho, convalidou o decreto-lei em apreço (neste sentido, RUI MACHETE, *Ratificação de decretos-lei organicamente inconstitucionais*, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 286 a 288), enquanto a *alteração por apreciação parlamentar* do Decreto-Lei n.º 205/2009, de 31 de Agosto, pela Lei n.º 8/2010, de 13 de Maio, produziu uma *novação* (a expressão é de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 377; por sua vez, a *novação*, segundo a definição de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, consiste na “extinção da relação contratual de uma obrigação em virtude da constituição de uma obrigação nova que vem ocupar o lugar da primeira”, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 782) do Decreto-Lei n.º 205/2009, de 31 de Agosto, com efeitos meramente *ex-nunc* (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 563/2003, em cujos termos este supremo tribunal reafirma a sua jurisprudência anterior no sentido de considerar que, apesar da figura da *ratificação legislativa* em sentido próprio haver deixado de lograr consagração no Direito Constitucional português com a revisão constitucional de 1982, “tendo em conta “a função de controlo parlamentar da decisão legislativa”, a aprovação de uma lei de emendas, ao abrigo do artigo 172.º [actual 169.º] da Constituição, tem como efeito a ininvocabilidade futura da inconstitucionalidade orgânica de, pelo menos, as seguintes normas constantes do decreto-lei alterado por essa lei de emendas: (a) as normas reproduzidas na lei parlamentar, (b) as normas que a Assembleia da República não pode ter deixado de querer manter inalteradas, porquanto constituem um pressuposto logicamente necessário e indispensável de todas as restantes normas contidas no decreto-lei originário e na própria lei de alteração e (c) as normas que, durante o processo legislativo parlamentar, foram objecto de propostas de alteração rejeitadas”, disponível na internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030563.html>, e anteriormente Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 415/89, disponível na internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890415.html>, n.º 786/96, disponível na internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960786.html>, e n.º 368/2002, disponível na internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>).

científica<sup>940</sup>. Por seu turno, os Professores Associados, nas Universidades, e os Professores Adjuntos, nos Institutos Politécnicos, são titulares de um *direito de participação* nas competências, respectivamente, dos Professores Catedráticos e dos Professores Coordenadores mencionadas, direito este que consiste na faculdade de serem ouvidos sobre o assunto<sup>941</sup>. O pessoal docente integrado em qualquer uma das demais categorias funcionais<sup>942</sup> e, por maioria de razão, os docentes dos níveis de ensino não superior<sup>943</sup> são titulares de um direito de *liberdade de ensinar em sentido restricto*<sup>944</sup> porquanto exercem a sua actividade lectiva dentro do quadro definido superiormente<sup>945</sup>, excepto se estiverem contratualmente equiparados a alguma das categorias anteriores<sup>946</sup>.

#### 2.2.3.1.4. Os limites ao direito

Sem olvidar a velha máxima *humboldtiana* segundo a qual “a liberdade deve ser absoluta para aprender e para ensinar”<sup>947</sup>, verificamos anteriormente que “os direitos

---

<sup>940</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 5, d), do *Estatuto da carreira do pessoal docente do ensino superior politécnico*, (ECPDESP) aprovado pelo Decreto-lei n.º 185/81, de 1 de Julho, e alterado pelo Decreto-lei n.º 69/88, de 3 de Março, pelo Decreto-lei n.º 207/2009, de 31 de Agosto, e pela Lei n.º 8/2010, de 13 de Maio.

<sup>941</sup> Cfr., respectivamente, artigo 5.º, n.º 2, d), do ECDU, e artigo 3.º, n.º 4, d), do ECPDESP.

<sup>942</sup> Cfr., respectivamente, artigo 2.º do ECDU e artigo 2.º do ECPDESP.

<sup>943</sup> Cfr. *Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário*, cuja redacção mais recente foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 270/2009, de 30 de Setembro.

<sup>944</sup> A *liberdade de ensino em sentido amplo* corresponde à *liberdade de cátedra* reconhecida pela *Gundgesetz* ou à “grande liberdade de cátedra” na terminologia de ÓSCAR CELADOR (*El derecho de libertad de cátedra*, p. 92, e *Libertad de Conciencia y Derecho a la Educación*, p. 99/100), enquanto a *liberdade de ensino em sentido restricto* corresponde à *liberdade pedagógica* reconhecida no Direito alemão ou à “pequena liberdade de cátedra” na terminologia de ÓSCAR CELADOR (*ibidem* e *ibidem*).

<sup>945</sup> Cfr., respectivamente, quanto aos Professores Associados, nas Universidades, artigo 5.º, n.º 2, a), b) e c), e, quanto aos Professores Auxiliares, n.º 3, do ECDU, e artigo 3.º, n.º 4, a), b) e c), do ECPDESP.

<sup>946</sup> Cfr., respectivamente, artigo 8.º, n.º 1, do ECDU, e artigo 8.º, n.º 2, do ECPDESP; sobre as variáveis do conteúdo da liberdade de ensino em função das habilitações literárias do docente e do nível de ensino em que lecciona, cfr. CARLOS VIDAL, *Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España*, p. 262, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 198/199.

<sup>947</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *cit.* por JOAQUIN ABELLAN, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 247.

fundamentais não são absolutos e, portanto, estão sujeitos a limites”<sup>948</sup>. Assim sendo, a busca dos limites à liberdade de ensinar não pode ignorar a sábia admoestação proferida por ORTEGA Y GASSET em palestra dirigida a jovens universitários nas primeiras décadas do século XX, segundo a qual “em vez de ensinar o que, segundo um desejo utópico, *deveria* ensinar-se, há que ensinar *só* o que se *pode* ensinar, quer dizer, o que se *pode aprender*”<sup>949</sup>. Neste contexto, os primeiros limites a respeitar pelo docente no exercício da liberdade de ensinar são aqueles que decorrem da protecção dos interesses dos discentes. Apesar do tema da liberdade de ensinar, enquanto liberdade individual do docente, e das respectivas consequências jurídicas no quotidiano do sistema de ensino não lograr as preferências de investigação da comunidade científica lusitana, nem haver constituído objecto de pleitos judiciais históricos, não deixa de ser assunto objecto de acesos debates noutras latitudes.

Com efeito, nas comunidades jurídicas espanhola e italiana a protecção dos direitos do aluno, em especial do direito de aprender, é abordada em contextos diversos consoante o discente frequente uma escola pública ou privada<sup>950</sup>. Contudo, a generalidade dos autores parte de uma premissa que não se verifica nos precisos termos em que é descrita pois nem a associação da escola pública ao princípio da laicidade do Estado e, portanto, ao conceito de escola neutra, é uma consequência da separação entre Estado e Igreja<sup>951</sup>, nem a recondução da escola privada à ideia de escola confessional é

---

<sup>948</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1. e LUIS AGUIAR, *Dogmatica y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, p. 28.

<sup>949</sup> J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, p. 44.

<sup>950</sup> Cfr., por todos, BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 238, e MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 197 e ss.

<sup>951</sup> Cfr. o caso alemão onde, apesar de vigorar o princípio da separação entre o Estado e as Igrejas (artigo 137.º, § 1, da *Constituição* de 1917, ainda em vigor), o artigo 7.º, § 3, da *Gundgesetz* consagra a possibilidade de existência de escolas públicas laicas mas também de escolas públicas confessionais, em consequência da manutenção da personalidade jurídica de Direito público às comunidades religiosas que eram titulares desse estatuto ao momento da entrada em vigor da *Constituição de 1917*, cfr. artigo 137.º, n.º 5 (segundo decorre do pensamento de MARNOCO E SOUZA, na vigência da *Carta Constitucional*, a

necessariamente exacta na medida em que a adopção de um ideário próprio, nomeadamente de carácter religioso, é um direito das escolas privadas, não é uma característica que lhes seja intrínseca e nem sequer algum Estado lhes impõe qualquer dever de adesão a um ideário próprio<sup>952</sup>. Pelo que, a distinção essencial a realizar para efeitos de protecção do direito de aprender, é a distinção entre *escuela neutra*<sup>953</sup> e *escuela confessional*<sup>954</sup>. Se é consensual, pelo menos nos Estados latinos, que “num sistema jurídico-político baseado no pluralismo, na liberdade ideológica e religiosa das pessoas e na laicidade do Estado, as instituições públicas e muito em especial as escolas, deverão ser, efectivamente, ideologicamente neutras”<sup>955</sup>, ao invés a inscrição de um aluno numa escola confessional *poderá* pressupor a escolha de um projecto educativo marcadamente ideológico pelo aluno, ou pelos pais, em caso de menoridade do aluno, para o desenvolvimento da sua personalidade<sup>956</sup>.

Sobre esta questão, fez escola na jurisprudência italiana a *Sentenza Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano v. Franco Cordero* cuja situação controvertida subjacente consistiu, em suma, no seguinte: o Professor FRANCO CORDERO ministrava aulas de Direito Processual Penal na *Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano* e reunia todos os pressupostos legais para o efeito, nomeadamente o *nihil obstat* da *Sacra Congregazione per l'educazione cattolica*, necessário nos termos do artigo 38.º

---

Igreja católica assumia, de igual modo, a natureza jurídica de entidade pública no Direito português, *Direito Político*, p. 696 e ss.); sobre este assunto, cfr, por todos, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 320 e ss.

<sup>952</sup> A associação entre os conceitos é feita, v. g., por MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 197/198; em sentido contrário, DIONISIO LLAMAZARES sustenta que a natureza confessional ou ideológica das escolas privadas é facultativa, *Derecho de la libertad de conciencia*, p. 102 e p. 107.

<sup>953</sup> Cfr. artigo 33.º, § 2, 1.ª parte, da *Costituzione Italiana*, 27.º, n.º 5, da *Constitución Española*, e artigo 43.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>954</sup> Cfr. artigo 27.º, a), da *LLR*.

<sup>955</sup> Cfr. *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 5/1981, § 9.

<sup>956</sup> Neste mesmo sentido, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 165, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 242/243, e DIONISIO LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, p. 121/122.

da *Concordata entre a Santa Sé e o Estado italiano*. Sucede que em determinado ano lectivo, os órgãos directivos da escola o encarregam em simultâneo da regência da *unidade curricular de Filosofia do Direito*, em cujo magistério recomendou bibliografia e proferiu opiniões contrárias à doutrina católica. FRANCO CORDERO prosseguiu com a sua conduta apesar de sucessivas admoestações pelos órgãos directivos da escola que culminaram no seu despedimento<sup>957</sup>. O caso chegou em sede de recurso à *Corte Costituzionale italiana*, sendo objecto da questão de inconstitucionalidade a compatibilidade do citado artigo 38.º da Concordata entre a Santa Sé e o Estado italiano, que impõe aos professores que desejem leccionar em escolas da Igreja Católica o ónus de obterem o acordo da *Sacra Congregazione per l'educazione cattolica* para o efeito, com o direito de liberdade de ensinar constitucionalmente reconhecido<sup>958</sup>. A *Corte Costituzionale* não declarou inconstitucional o citado artigo 38.º da Concordata por considerar que a *Costituzione Italiana* consagra outros princípios susceptíveis de entrar em rota de colisão com a liberdade de ensinar, como são a liberdade de religião e de culto<sup>959</sup> e a liberdade de criação de escolas privadas<sup>960</sup> e, portanto, conferiu preferência à liberdade *de* escola sobre a liberdade *na* escola<sup>961</sup> considerando, por um lado, que “seria inconcebível negar a uma Universidade ideologicamente qualificada o poder de escolher os seus professores com base em avaliação da sua personalidade, assim como negar o poder de rescindir o contrato laboral se os mesmos professores religiosa ou ideologicamente deixarem de se identificar com os princípios que caracterizam a escola” e, sem deixar de reconhecer a consumação de “uma restrição indirecta da

---

<sup>957</sup> Cfr. *Sentenza di Corte Costituzionale italiana* n.º 195/1972, *ritenuto in fatto*, disponível na internet em [www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do).

<sup>958</sup> Cfr. artigo 33.º, § 1, 2.ª parte, da *Costituzione Italiana*.

<sup>959</sup> Cfr. artigo 19.º da *Costituzione Italiana*.

<sup>960</sup> Cfr. artigo 33.º, § 2, 2.ª parte, da *Costituzione Italiana*.

<sup>961</sup> Neste sentido, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 143.

liberdade do professor, não a reputa de inconstitucional porque assim como o professor é livre para participar na prossecução dos objetivos específicos da escola, também é livre para se retirar quando, em consciência, não concordar mais com essa ideologia”<sup>962</sup>. A *Corte Costituzionale* invocou, por outro lado, o fundamento segundo o qual “a existência legítima de universidades livres, caracterizada pelo objetivo de difundir a crença religiosa, é sem dúvida um instrumento de liberdade daqueles que fundaram a escola ou, por outro modo, contribuíram para a vida escolar confessional, pelo que, no presente caso (...) a liberdade dos católicos seria seriamente comprometida se a Universidade Católica não estivesse autorizada a fazer cessar a relação laboral com um professor que não concorda com os princípios orientadores da escola. Com efeito, o professor que concorda em ensinar numa universidade religiosa ou ideológica está a reconhecer livremente que fica vinculado à observância dos princípios e propósitos para que essa escola foi criada”<sup>963</sup>. A doutrina acrescenta ainda aos fundamentos do aresto, um outro argumento com vista a reforçar a prevalência da ideologia da escola, ou liberdade *de* escola, sobre a liberdade de ensinar do professor, ou liberdade *na* escola, que consiste na *verosímil frustração* da “liberdade de escolha dos pais” quanto à orientação que desejam para a educação dos seus filhos que poderia eventualmente ocorrer no caso de cada docente estar livre para, a todo o tempo, divergir da ideologia ou religião adoptada oficialmente pela escola”<sup>964</sup>.

---

<sup>962</sup> Cfr. *Sentenza di Corte Costituzionale italiana* n.º 195/1972, *considerato in diritto*, § 6; SILVIO TROILO considera “incompatíveis opiniões e comportamentos de colaboradores que não cumprem os ideais morais ou religiosos seguidos pelo empregador” porque, nestes casos, “a conotação religiosa é elemento constitutivo da própria organização”, *La libertà religiosa nell’ordinamento costituzionale italiano*, in *Anales de Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, n.º 26, 2008, p. 359.

<sup>963</sup> Cfr. *Sentenza di Corte Costituzionale italiana* n.º 195/1972, *idem*, § 7.

<sup>964</sup> Neste preciso sentido, ANTONIO EMBIB, *Las libertades en la enseñanza*, p. 165, CARLOS VIDAL, *La libertad de cátedra*, p. 242/243, e DIONISIO LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, p. 121/122.

Os tribunais italianos sufragaram a jurisprudência agora mencionada durante algumas décadas, como, *v. g.*, no caso de uma professora de inglês numa escola católica que foi despedida por haver contraído casamento civil e, em sede de recurso, a *Corte Suprema di Cassazione* considerou o despedimento lícito na medida em que “a professora não havia cumprido uma das suas obrigações contratuais que consistia em conformar a sua posição de docente aos cânones e valores da escola católica no que concerne também à sua conduta privada e ao seu estilo de vida, como expressão pública de adesão aos princípios morais a que havia aderido”<sup>965</sup>. A título de balanço, poderíamos afirmar que a *Corte Suprema di Cassazione* conferiu assim preferência à liberdade *de* escola e às expectativas dos pais dos alunos quanto à orientação que desejam para a educação dos seus filhos sobre os direitos do docente à liberdade de consciência e à intimidade da vida privada. O mesmo supremo tribunal inverteu, no entanto, esta orientação, decorridos menos de três anos após a aprovação do aresto anterior ao considerar, em caso *sub judice* análogo, que “não é possível considerar lícito um despedimento de um professor de educação física por uma escola católica no caso de este haver contraído matrimónio civil e não católico, porquanto para a matéria que ensina na escola não é relevante a orientação ideológica do docente”<sup>966</sup>.

Um outro limite à liberdade de ensinar analisado com frequência pela doutrina consiste na *lealdade à Constituição*; algo surpreendentemente foi CARL SCHMITT que *deu o mote* para o debate na juspublicística alemã, ao escrever nos primeiros anos de vigência da *Gundgesetz* que “não se deve de forma alguma excluir uma crítica consciente e responsável à Constituição e aos princípios em que a mesma se baseia,

---

<sup>965</sup> Cfr. *Sentenza di Corte di Cassazione* italiana n.º 12530, de 21 de Novembro de 1991, disponível na internet em <http://www.olir.it/documenti/?documento=2042>.

<sup>966</sup> Cfr. *Sentenza di Corte di Cassazione* italiana n.º 5832, de 16 de Junho de 1994, disponível na internet em <http://www.olir.it/documenti/?documento=589>.



contudo a mesma está circunscrita pelo dever de respeito que é devido a uma lei aprovada por um povo para viver de acordo ela. A norma [constante do artigo 5.º, § 3, 2.ª parte, da *Gundgesetz*] deve impedir que, sob o pretexto de crítica científica, *ex Cátedra*, seja empreendida uma política insidiosa que não crítica a democracia e as suas instituições mas que, ao invés, as deprecia: fica aviso para aqueles que pretendiam tentar sabotar cientificamente a democracia”<sup>967</sup>.

O *Bundesverfassungsgericht* tem assumido uma orientação muito rigorosa na aplicação da denominada *cláusula de lealdade*, motivo pelo qual alguns cidadãos alemães recorreram em última instância para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos invocando violação de direitos reconhecidos na *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* pelo Estado alemão. O *Bundesverfassungsgericht* apreciou, na década de oitenta do século XX, dois litígios com configuração semelhante nos quais estava em causa a recusa de promoção na carreira de dois docentes, apesar de ambos titulares das habilitações legalmente exigidas para os cargos a que se apresentaram como opositores, por militância em partidos cuja ideologia atentava contra o Estado de Direito democrático. O primeiro destes casos foi protagonizado por JULIA GLASENAPP, professora do ensino secundário e militante activa do *Kommunistische Partei Deutschland (KPD)*, enquanto o outro litígio envolveu ROLF KOSIEK, professor universitário de física e dirigente do *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD)*. O Tribunal Constitucional, em sede de recurso, proferiu decisão análoga em ambos os casos que, no que releva para o contexto da presente investigação, se resumiu a conferir preferência à *cláusula de lealdade constitucional*<sup>968</sup> sobre o direito de todos os alemães acederem em condições de igualdade a qualquer cargo público, de acordo

---

<sup>967</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, n.º 1, 1951, p. 92, cit. por HARTMUT KRÜGER, *La libertad de cátedra en Alemania*, p. 168/169.

<sup>968</sup> Cfr. artigo 5.º, § 3, 2.ª parte, da *Gundgesetz*.

com sua aptidão, capacidade e desempenho profissional<sup>969</sup>. Ambos os visados recorreram para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos com fundamento na violação da liberdade de expressão, reconhecida pela *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, pelo Estado alemão<sup>970</sup>. Contudo, em ambos os casos, aquele tribunal internacional negou provimento ao recurso uma vez que não considerou violado qualquer direito reconhecido pela *Convenção Europeia*<sup>971</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos viria no entanto a inverter esta jurisprudência na apreciação de um recurso intentado por DOROTHEA VOGT<sup>972</sup>, professora de alemão e francês no ensino secundário, que foi demitida das suas funções por militância com cargo dirigente no *Kommunistische Partei Deutschland* e demandou o Estado alemão junto do *Tribunal Europeu* com fundamento na violação das liberdades de expressão e de associação reconhecidas pela *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*<sup>973</sup>. O *Tribunal Europeu* desviou-se da sua jurisprudência anterior considerando que não estava em causa o acesso a um cargo público mas a demissão de funções em que a recorrente fora investida por concurso público e que exercia continuamente à data em que foi verificada a sua colaboração com o *Kommunistische Partei Deutschland* e, em consequência, acusada de falta de lealdade para com o Estado alemão. Assim, considerou aquele tribunal internacional que, no exercício da sua actividade lectiva, DOROTHEA VOGT cumpria rigorosamente as funções que lhe

---

<sup>969</sup> Cfr. artigo 33.º, § 2, da *Gundgesetz*; cfr. a narração da matéria de facto dos Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *GLASENAPP v. ALEMANHA*, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62052#{"itemid":\["001-62052"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62052#{), e *KOSIEK v. ALEMANHA*, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62071#{"itemid":\["001-62071"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62071#{), ambos de 28 de Agosto de 1986.

<sup>970</sup> Cfr. artigo 10.º da *CEDH*.

<sup>971</sup> Cfr. decisão dos Acórdãos *GLASENAPP v. ALEMANHA* e *KOSIEK v. ALEMANHA*.

<sup>972</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *VOGT v. ALEMANHA*, de 26 de Setembro de 1995, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62559#{"itemid":\["001-62559"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62559#{).

<sup>973</sup> Cfr., respectivamente, artigos 10.º e 11.º da *CEDH*.

estavam distribuídas superiormente e era estimada, quer pelos seus colegas, quer pelos alunos e pelas suas famílias, e que a sua militância partidária nunca afectou o perfeito exercício das funções docentes, pelo que conferiu provimento ao recurso<sup>974</sup>. Com a decisão proferida nestes termos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ao arripio da sua jurisprudência consolidada ao longo da década anterior, veio reconhecer que o exercício efectivo das liberdades de expressão e de associação pela recorrente consubstanciado numa militância partidária não configurava *ipso facto* uma situação de incumprimento do dever de lealdade à *Gundgesetz* no desempenho das funções docentes que lhe estavam confiadas.

#### **2.2.3.2. A liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas**

A conjuntura política que permitiu o reconhecimento da liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas pela *Constituição da República Portuguesa*, à semelhança do sucedido na experiência constitucional francesa, pode ser ilustrada com recurso às palavras magistrais de JEAN RIVERO, anteriormente mencionadas<sup>975</sup>, referentes especificamente aos debates constituintes ocorridos na época liberal em França mas plenas de oportunidade no contexto dos debates constituintes esgrimidos durante as quase quatro décadas completadas desde o início da III República portuguesa. Segundo relata o autor, “de todas as liberdades de pensamento, a liberdade de ensino foi aquela que, em França, suscitou os debates mais apaixonados mas tais debates, essencialmente políticos, estiveram concentrados sobre um único problema – a existência, a par do ensino público de um ensino privado, principalmente organizado pela Igreja Católica – deixando na sombra os outros aspectos da liberdade de ensino e

---

<sup>974</sup> Cfr. decisão do Acórdão VOGT v. ALEMANHA.

<sup>975</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.

minimizou o alcance real da sua complexidade”<sup>976</sup>. A comunidade científica portuguesa vem alinhando continuamente pelo diapasão adoptado pelos parlamentares no exercício do poder constituinte e, assim, a *liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas* é seguramente o tema que, entre todas as liberdades na esfera da educação, mais vozes fez ressoar, mais tinta fez correr e mais papel submeteu à estampa. O resultado desta falta de capacidade de antecipação da comunidade científica ao poder político é a relativa abundância de estudos sobre este assunto em especial<sup>977</sup>, em contraste com a manifesta escassez de literatura jurídica sobre as demais liberdades educativas e instrutórias, sobre os direitos de solidariedade constitucionalmente reconhecidos na esfera da educação e ainda sobre os deveres constitucionalmente consagrados no mesmo domínio.

Apesar da exponenciação da liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas pela comunidade científica em termos desproporcionados no contexto das liberdades de ensino, não deixamos de subscrever o entendimento de ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA quando afirma que “a liberdade de criação de escolas, como concretização da liberdade de ensino, constitui a pedra de toque do conteúdo essencial desta liberdade porquanto comporta uma série de garantias jurídicas determinantes das

---

<sup>976</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, p. 317; no mesmo sentido JOSÉ LUIS CARRO, *Libertad científica y organización universitaria*, p. 212.

<sup>977</sup> Cfr., selectivamente, JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais – Liberdade religiosa e liberdade de aprender e ensinar*, p. 39 a 54, A. SOUSA FRANCO, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, p. 59 a 92, e *Liberdades de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais*, in *Nova Cidadania*, Cascais, Principia, n.º 7, 2001, p. 31 a 52, VIEIRA DE ANDRADE, *O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa*, AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e Educação – Uma análise crítica*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 155 a 166, PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, MÁRIO PINTO, *Da integração do ensino privado no sistema nacional de ensino, em Portugal*, in *Nova Cidadania*, Cascais, Principia, n.º 7, 2001, p. 8 a 30, *Liberdades de aprender e de ensinar e Sobre os direitos fundamentais de educação*, PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Concorrência no Ensino Superior*, e JOÃO M. PARASKEVA *Privatização dos benefícios e socialização dos custos – Dos cheques-ensino ao homeschooling*, in JOÃO M. PARASKEVA e WAYNE AU (org.), *O direito à escolha em educação – Cheques-ensino, projectos charter e o ensino doméstico*, Lisboa, Edições Pedagogo, 2010.

condições necessárias para poder afirmar – pelo menos potencialmente – uma real e completa liberdade de ensino”<sup>978</sup>.

#### **2.2.3.2.1. Os sujeitos: a titularidade do direito**

A *Constituição da República Portuguesa* reconhece a liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas nos termos do seu artigo 43.º, n.º 4. Considerando o princípio da universalidade como princípio geral sobre a titularidade de direitos fundamentais, devemos considerar que o texto fundamental reconhece a titularidade do direito em apreço a qualquer pessoa humana<sup>979</sup>, quer seja cidadão português, quer seja estrangeiro ou mesmo apátrida<sup>980</sup> e ainda a qualquer pessoa colectiva desde que a actividade de prestação de ensino seja compatível com a sua natureza<sup>981</sup> e esteja compreendida nos seus fins<sup>982</sup>. Contudo, em sede de regulação do direito, a lei coloca algumas restrições ao exercício do mesmo, (i) quer por pessoa humana, (ii) quer por pessoa colectiva privada<sup>983</sup>.

Assim, no que concerne ao ensino básico<sup>984</sup> e secundário<sup>985</sup>, no caso do requerente de abertura de escola particular ou cooperativa ser (i) pessoa humana, deverá

---

<sup>978</sup> Cfr. ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1995, p. 245.

<sup>979</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>980</sup> Cfr. artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da *CRP*.

<sup>981</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>982</sup> Cfr. artigo 160.º, n.º 1, do *CC*; neste sentido, GOMES CANOTILHO afirma que “ao reconhecer-se “às pessoas colectivas direitos compatíveis com a sua natureza” pretende-se não apenas que se tenha em conta a “essência” do direito fundamental concreto mas também a “essência” da pessoa colectiva em causa (pessoa colectiva dotada de personalidade jurídica, pessoa colectiva sem personalidade jurídica, pessoa colectiva de substracto pessoal como as associações, ou de substracto patrimonial como as fundações, pessoa colectiva de direito público ou pessoa colectiva de direito privado)”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 421.

<sup>983</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 1, da *Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo (LBEPC)*, aprovada pela Lei n.º 9/79, de 19 de Março, e artigo 23.º, n.º 1, do *Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo (EEPC)*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, com sucessivas alterações, a mais recente introduzida pela Lei n.º 33/2012, de 23 de Agosto.

<sup>984</sup> Sobre o conceito de *ensino básico*, cfr. artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de Julho, e quadros I a III anexos ao mesmo diploma.

ser titular de idoneidade civil, aferida em função do registo criminal, e de idoneidade pedagógica, isto é, ser titular de grau académico bastante para ministrar cursos de categoria não inferior ao curso de nível mais elevado a ministrar na escola<sup>986</sup>. Ainda em sede de ensino básico e secundário, no caso do requerente de abertura de escola particular ou cooperativa ser uma (ii) pessoa colectiva a lei exige que todos os membros do órgão de administração da escola sejam titulares de idoneidade civil, aferida igualmente em função do registo criminal, e *oferecer* pessoa titular de idoneidade pedagógica nos mesmos termos em que é exigida à pessoa humana, sem no entanto especificar as funções que lhe estão reservadas no âmbito do funcionamento da escola<sup>987</sup>. A lei impõe ainda em ambos os casos, pessoa humana e pessoa colectiva, o cumprimento dos ónus de apetrechar a escola de instalações e de equipamento suficiente e adequado aos objectivos a que se propõe<sup>988</sup>, bem como de assumir o compromisso de recrutar pessoal docente com as habilitações legalmente exigidas<sup>989</sup>.

Quanto às denominadas instituições de ensino superior, a lei reconhece a titularidade do direito de criar escolas privadas e cooperativas exclusivamente a pessoas colectivas, devendo a *entidade instituidora* revestir a natureza jurídica de fundação, associação, cooperativa ou sociedade comercial, necessariamente do tipo legal de sociedade por quotas ou de sociedade anónima, constituídas especificamente para o efeito<sup>990</sup>. A Ordem Jurídica revela uma intenção mais exigente do legislador no caso específico de adopção da estrutura jurídica societária ao impor o cumprimento de alguns

---

<sup>985</sup> Sobre o conceito de *ensino secundário*, cfr. artigo 16.º, n.º 1, do mesmo diploma e respectivos quadros anexos IV a VII.

<sup>986</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 2, a), da *LBEPC*, e artigo 24.º, n.º 1, do *EEPC*, e no plano doutrinário, PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 210/211.

<sup>987</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 2, a), da *LBEPC*, e artigo 24.º, n.º 2, do *EEPC*.

<sup>988</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 2, b), da *LBEPC*.

<sup>989</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>990</sup> Cfr. artigo 32.º, n.º 1, do *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (RJIES)*, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro.

requisitos suplementares. Assim, no caso das sociedades por quotas, a lei obriga a que conste do acto de instituição do estabelecimento de ensino a relação de todos os sócios, com especificação das respectivas participações, bem como dos membros dos órgãos de administração<sup>991</sup>. Caso seja adoptada a estrutura de sociedade anónima, deverá ser feita menção de todos os accionistas com participações significativas directas ou indirectas<sup>992</sup>, sem que, no entanto, esteja consagrado qualquer requisito no sentido de obrigar ao carácter nominativo das acções<sup>993</sup>. Contudo, qualquer que seja o tipo legal de sociedade adoptado entre os vários legalmente admitidos, as alterações na titularidade do capital devem ser comunicadas aos serviços do ministério da tutela, actualmente o Ministério da Educação e Ciência<sup>994</sup>, no prazo de trinta dias após a ocorrência do negócio jurídico mediante a qual foi realizada<sup>995</sup>.

As soluções consagradas pelo legislador quanto aos tipos de estrutura jurídica que a *entidade instituidora* de escola de ensino superior privado e cooperativo poderá revestir, a saber: fundação, associação, cooperativa ou sociedade comercial<sup>996</sup>, merecem-nos algumas reflexões mais demoradas. Com efeito, a estrutura jurídica de fundação não se afigura adequada a conferir personalidade jurídica a um substracto humano instituidor de uma escola, pelos motivos que passamos a enunciar. Aceite como premissa a clássica distinção, que fez escola no Direito civil português, entre

---

<sup>991</sup> Cfr. artigo 32.º, n.º 2, a), 1.ª parte, do *RJIES*.

<sup>992</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>993</sup> O requisito não é exigido em qualquer dos preceitos do *RJIES* e também não se subsume a nenhuma das previsões do artigo 299.º, n.º 2, do *Código das Sociedades Comerciais* que estabelece os casos em que as acções carecem ser nominativas; segundo ensina LUÍS BRITO CORREIA, as *acções nominativas* “circulam por declaração do transmitente escrita no título e pelo pertence lavrado no mesmo e averbamento no livro de registo da emitente”, *Direito Comercial*, vol. II, p. 372/373.

<sup>994</sup> Cfr. artigo 19.º, n.º 1, do diploma regulador da *Organização e funcionamento do XIX Governo Constitucional (OF.XIXGC)*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de Julho, com sucessivas alterações, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 60/2013, de 9 de Maio.

<sup>995</sup> Cfr. artigo 32.º, n.º 2, b), do *RJIES*.

<sup>996</sup> Cfr. *supra*.

associação<sup>997</sup> e fundação, segundo a qual a *associação* ou *universitas personarum* corresponde a um “abstracto constituído essencialmente por pessoas”<sup>998</sup>, enquanto a *fundação* ou *universitas rerum* personifica um “abstracto constituído essencialmente por coisas, por um património”<sup>999</sup>, a *associação lactu sensu*<sup>1000</sup>, em qualquer das suas modalidades, é a única estrutura jurídica que materialmente corresponde ao conceito de Universidade anteriormente descrito<sup>1001</sup>. Com efeito, apenas uma estrutura jurídica que valorize o elemento pessoal se afigura adequada a enquadrar juridicamente uma *comunidade* constituída por alunos e professores (modelo *bolognese*) ou por professores e alunos (modelo *parisien*)<sup>1002</sup> que estudam, ensinam, aprendem, enfim, desenvolvem um conjunto de actividades diversas mas convergentes na busca da verdade (ciência) ou da beleza (estética)<sup>1003</sup> e que constituem a *ratio essendi* de qualquer Universidade. Ao invés, a estrutura jurídica de fundação consubstancia o modo ideal de administrar tudo o que assume carácter instrumental numa Universidade: o *campus* universitário que

---

<sup>997</sup> Os autores da primeira metade do século XX utilizavam o termo *corporação* para identificar a figura jurídica que o CC de 1966 denomina por *associação* e cujo regime jurídico consagra nos artigos 167.º e ss., cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, p. 54, e PAULO CUNHA, no seu ensino oral, segundo o testemunho de J. DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, p. 270, e continuou a ser empregue por MOTA PINTO mesmo na vigência do CC de 1966, cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, v. g., p. 272/273 e p. 282/283.

<sup>998</sup> A expressão é de J. DE CASTRO MENDES, *idem*, p. 269; MOTA PINTO, por seu turno, define *associação* ou *corporação* como “a colectividade de indivíduos que se agrupam para a realização, através de actividades pessoais e meios materiais, de um escopo ou finalidade comum”, *idem*, p. 272.

<sup>999</sup> Cfr. J. DE CASTRO MENDES, *ibidem*; MOTA PINTO ensina que “nas fundações só o elemento patrimonial assume relevo no interior da pessoa colectiva, estando a actividade pessoal – necessária à prossecução do escopo fundacional – ao serviço da afectação patrimonial – estando subordinada a esta, em segundo plano ou até, rigorosamente, fora do abstracto da fundação”, *idem*, p. 273.

<sup>1000</sup> A expressão é ainda de J. DE CASTRO MENDES e destina-se a reunir num único género as pessoas colectivas que personificam um abstracto essencialmente pessoal, i. é, *associações strictu sensu* e as *sociedades*, *idem*, p. 271; neste mesmo género comum podemos ainda incluir as *cooperativas* pela relevância que nestas assume o abstracto pessoal (cfr. artigo 2.º, n.º 1, do *Código Cooperativo*).

<sup>1001</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 2.2., e III, 2.2.3.1.1.; aliás, segundo ensina SABINO CASSESE, as Universidades deixaram de revestir a estrutura jurídica corporativa e foram convertidas em fundações com “a centralização e o absolutismo que reduziram a Universidade a um instrumento ao serviço do poder político” (*L'Universita e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, p. 757), facto histórico que constitui mais um indício da manifesta inadequação do modelo fundacional para enquadrar juridicamente a Universidade no contexto de um *Estado de Direito democrático e social*.

<sup>1002</sup> Sobre os dois modelos de Universidade referidos no texto, cfr. *supra*, I, 2.3., e ainda SABINO CASSESE, *L'Universita e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, p. 756.

<sup>1003</sup> Sobre a delimitação de um conceito constitucionalmente adequado de *cultura*, cfr. *supra*, 1.1.



compreende as salas de aulas, as bibliotecas, os laboratórios, os gabinetes que permitem o contacto personalizado entre professor e aluno, os espaços de convívio, os recintos desportivos, todo um património que constitui o *habitat natural* da comunidade mas apenas isso: uma massa de bens instrumental à prossecução de um fim comum a todos os elementos da comunidade que consiste no exercício concertado das liberdades intrínsecas aos procedimentos culturais: criação, transmissão e assimilação<sup>1004</sup>.

A lei exige, por último, que as entidades instituidoras de escolas de ensino superior privadas ou cooperativas preencham os requisitos apropriados de *idoneidade institucional* e de *sustentabilidade financeira*<sup>1005</sup>. O requisito de *idoneidade institucional* é merecedor de especial análise no contexto dos titulares da liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas de ensino superior pois, se no que concerne à criação de escolas do ensino básico e secundário a lei utiliza conceitos indeterminados como a idoneidade pessoal e pedagógica do requerente mas cujo conteúdo é delimitado pelo próprio legislador<sup>1006</sup>, no tocante às entidades instituidoras de estabelecimentos de ensino superior o requisito da *idoneidade institucional* constitui um enunciado normativo até ao momento desconhecido pela lei e pela doutrina portuguesas. Um conteúdo mínimo que os operadores jurídicos não poderão deixar de reconhecer neste conceito de *idoneidade institucional* e assim o deverão considerar na aplicação da norma será o preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a criação de

---

<sup>1004</sup> J. PACHECO DE AMORIM sufraga igualmente a inadequação do modelo fundacional para enquadrar juridicamente uma Universidade mas com arrimo em argumentos diversos: “a (i) opacidade e o (ii) risco da deriva autoritária próprios deste formato”, *A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, p. 121 (segmentação da citação nossa). A criação de fundações é (bem) aceite pela doutrina não como estrutura jurídica da própria Universidade mas como pessoa colectiva adequada a enquadrar juridicamente entidades instrumentais criadas pela Universidade para prossecução dos seus fins, em especial os fins no âmbito da investigação científica, neste sentido, CARLOS GÓMEZ OTERO, *Manual de supervivencia para la organización y gestión de un holding universitario*, in ANA M.<sup>a</sup> ROMERO BURILLO e ANA I. CARO MUÑOZ (org.), *La gestión y organización de la ciencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 109 e ss.

<sup>1005</sup> Cfr. artigo 32.º, n.º 4, do *RJIES*.

<sup>1006</sup> Cfr. *supra*.

escolas privadas ou cooperativas do ensino básico e secundário por pessoas colectivas. Com efeito, por argumento extraído *a fortiori*, será exigível às entidades instituidoras de estabelecimentos de ensino superior que todos os elementos do órgão de administração sejam titulares de idoneidade civil, aferida em função do registo criminal, e que a entidade instituidora *ofereça* pessoa dotada de idoneidade pedagógica, isto é, que seja titular de grau académico bastante para ministrar cursos de categoria não inferior ao curso e ciclo de estudos de nível mais elevado a ministrar na escola<sup>1007</sup>. Se este é o conteúdo mínimo que podemos delimitar por argumento extraído *a fortiori* da interpretação do conceito de *idoneidade institucional*, atendendo à função social desempenhada pelas escolas de ensino superior, sustentamos, *de jure constituendo*, a consagração de um leque de requisitos mais amplo a exigir às entidades instituidoras de estabelecimentos de ensino superior que às requerentes de abertura de escolas básicas ou secundárias como, *v. g.*, o preenchimento do requisito da idoneidade pedagógica nos termos mencionados anteriormente, no mínimo, pela maioria do número estatutário dos membros do órgão de administração.

O requisito da *sustentabilidade financeira* expresso inicialmente pela utilização do enunciado genérico, “oferecendo, obrigatoriamente, garantias patrimoniais ou seguros julgados suficientes”<sup>1008</sup> está, no entanto, concretizado em preceitos diversos pela estatuição de, pelo menos, duas das obrigações que as entidades em apreço necessitam de cumprir: “afectar ao estabelecimento de ensino as instalações e o equipamento adequados, bem como os necessários recursos humanos e financeiros”<sup>1009</sup> e “manter contrato de seguro válido ou dotar-se de substracto patrimonial para cobertura

---

<sup>1007</sup> Cfr. *supra*.

<sup>1008</sup> Cfr. ainda artigo 32.º, n.º 4, do *RJIES*.

<sup>1009</sup> Cfr. artigo 30.º, n.º 1, c), do *RJIES*.

da manutenção dos recursos materiais e financeiros indispensáveis ao funcionamento do estabelecimento de ensino superior”<sup>1010</sup>.

Ainda no contexto da titularidade de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico português reconhece expressamente a liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas às *Igrejas* e às demais *comunidades religiosas*<sup>1011</sup>. O efeito útil da norma consagrada no artigo 27.º, n.º 1, a), da *Lei da Liberdade Religiosa* é apenas o de *aclarar*, por um lado, que a transmissão de cultura<sup>1012</sup>, sob a forma de prestação de ensino institucionalizado que permite a obtenção de graus académicos oficialmente reconhecidos, é uma actividade compatível com a natureza de pessoa colectiva de fins religiosos<sup>1013</sup>, conforme exigido pelo princípio constitucional da universalidade para reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas colectivas<sup>1014</sup>, e, por outro lado, que o legislador considera a referida actividade cultural incorporada nos fins das pessoas colectivas em apreço, para efeitos de aferir a respectiva capacidade de gozo em razão do princípio da especialidade do fim<sup>1015</sup>, segundo o qual “a actividade jurídica das pessoas colectivas não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes é assinalado pelos estatutos”<sup>1016</sup>. O reconhecimento legal expresso da liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas a uma categoria específica de pessoas colectivas, isto é, as pessoas colectivas de fins religiosos, não reveste a natureza jurídica de privilégio concedido às mesmas na medida em que no exercício deste direito fundamental lhes é

---

<sup>1010</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>1011</sup> Cfr. artigo 27.º, n.º 1, a), da *LLR*.

<sup>1012</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.

<sup>1013</sup> Cfr. artigos 20.º e 21.º da *LLR*.

<sup>1014</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1015</sup> Cfr. artigo 160.º, n.º 1, do *CC*.

<sup>1016</sup> A expressão é de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, p. 124; cfr. ainda J. DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, p. 234 e ss., e C. A. DA MOTA PINTO, A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 319.

aplicável o regime jurídico regulador do sistema educativo<sup>1017</sup>, nomeadamente os requisitos legais necessários para instituição de escolas anteriormente mencionados. A possibilidade de derrogação deste regime geral mediante celebração de *concordata* entre o Estado Português e a Santa Sé, no caso da Igreja Católica, ou de *acordo* entre o Estado Português e as demais pessoas colectivas religiosas radicadas em Portugal<sup>1018</sup> não invalida a posição agora sustentada na medida em que os *acordos* com as pessoas colectivas religiosas, nomeadamente as *concordatas* com a Santa Sé, além de, por um lado, como qualquer acto do Estado, necessitem de cumprir o pressuposto de conformidade com a Constituição para efeitos de lograrem validade jurídica<sup>1019</sup>, por outro lado, o seu objecto está circunscrito à consagração de especificidades ao regime geral, não de o ab-rogar ou revogar na totalidade<sup>1020</sup>.

#### **2.2.3.2.2. O objecto do direito**

A liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas consiste, numa acepção *lacta* do direito, na possibilidade reconhecida à pessoa humana ou a pessoas colectivas que integram os sectores privado e cooperativo dos meios de produção<sup>1021</sup> de (i) abrirem escolas distintas das escolas públicas, e de nessas escolas (ii) ministrarem

---

<sup>1017</sup> Cfr. artigo 21.º, n.º 2, da *LLR*, artigo 180.º, 1.ª parte, do *RJIES* e artigo 23.º da *Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé* (assinada em 2004) e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO e JÓNATAS MACHADO, *O estatuto jurídico da Universidade Católica Portuguesa – Para uma compreensão republicana do direito ao ensino*, in EDUARDO PAZ FERREIRA, J. J. GOMES CANOTILHO, MÁRIO MESQUITA, MIGUEL GALVÃO TELLES, TERESA AMBRÓSIO E XENCORA CAMOTIM, (org.), *Francisco Salgado Zenha – Liber Amicorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 376/377.

<sup>1018</sup> Cfr. artigos 45.º e ss. da *LLR*.

<sup>1019</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>1020</sup> Cfr. artigo 180.º, 2.ª parte, do *RJIES*; apesar da possibilidade de derrogação do regime geral só estar prevista no caso de celebração de *concordata* entre o Estado Português e a Santa Sé consideramos que o mesmo regime é aplicável aos *acordos* celebrados com as demais pessoas colectivas religiosas por força do princípio do *Estado laico* (cfr. artigo 41.º, n.º 4, da *CRP*) e do princípio da *igualdade* no tratamento das confissões religiosas (cfr. artigos 13.º, n.ºs 1 e 2, e 41.º, n.º 2, da *CRP*). Sobre os conceitos de revogação total (ou ab-rogação) e de revogação parcial (ou derrogação), cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 165/166.

<sup>1021</sup> Cfr. artigo 82.º, n.ºs 3 e 4, da *CRP*.

cursos que permitam a obtenção de um grau académico de valor equivalente aos graus académicos susceptíveis de obtenção nas escolas públicas, desde que cumpridos os requisitos exigidos por lei<sup>1022</sup>. Um entendimento de âmbito mais restricto acerca do direito em apreço é, no entanto, sufragado por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA para quem “a liberdade de fundação de escolas não abrange, porém, imediatamente o direito a *conferir habilitações ou graus públicos*, o qual pode depender de autorização ou licença e ficar submetida a requisitos mais ou menos exigentes”<sup>1023</sup>.

O fundamento da divergência que manifestamos relativamente a este entendimento restrito do direito reside na circunstância de, ao não incorporarmos a liberdade de ministrar cursos e o direito a conferir os respectivos diplomas certificatórios no âmbito de protecção característico do direito, estarmos pura e simplesmente a negar o reconhecimento do mesmo porque, conforme verificamos anteriormente, a escola é uma comunidade de investigação artística e científica, de ensino e de aprendizagem e nesse sentido o exercício destas actividades é inerente à própria escola, sem as quais a mesma não lograria merecer qualificação como tal. Assim, a diversidade de procedimentos administrativos conducentes, por um lado, (i) ao reconhecimento do interesse público de uma escola<sup>1024</sup> e, por outro lado, (ii) à

---

<sup>1022</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação VII ao artigo 43.º; o legislador utiliza frequentemente a expressão redutora *estabelecimento de ensino* para identificar as escolas, cfr., v. g., a expressão é utilizada pelo legislador em vários preceitos da *Lei de Bases do Sistema Educativo (LBSE)*, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, com várias alterações, a última introduzida pela Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto, em vários preceitos do *LBEPC*, do *EEPC* e do *RJIES*; sobre os motivos da nossa discordância com o termo *estabelecimento de ensino*, cfr. *infra*.

<sup>1023</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 43.º; GOMES CANOTILHO e JÓNATAS MACHADO reiteram a posição segundo a qual estamos perante dois direitos de âmbito diverso: o (i) direito de criar escolas particulares e cooperativas e o (ii) direito “ao reconhecimento para efeitos “oficiais” (integração no sistema de ensino, “paralelismo pedagógico”, reconhecimento de graus, etc.)”, *O estatuto jurídico da Universidade Católica*, p. 374.

<sup>1024</sup> Cfr., no caso do ensino superior público, artigos 33.º a 35.º do *RJIES*.

acreditação de um curso ou de um ciclo de estudos<sup>1025</sup>, é apenas afloramento do modo de regulação das relações humanas e sociais típico das sociedades quotidianas, caracterizado por “um ambiente jurídico-administrativo marcado pela revalorização do direito “formal”, “processual” ou “procedimental” no contexto (mas de certo modo em contraponto) de um sistema construído com base na vinculação judicialmente controlada da Administração ao direito material, nos termos do princípio da legalidade”<sup>1026</sup>. Considerando que estamos perante uma questão meramente procedimental, não é legítimo concluir pela qualificação das várias faculdades em análise como configurando uma pluralidade de direitos partindo da premissa da consagração legal de uma multiplicidade de procedimentos administrativos concretizadores específicos em razão das várias parcelas do âmbito de protecção de um mesmo direito.

#### **2.2.3.2.3. O conteúdo do direito**

A liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas confere aos seus titulares as faculdades de (i) abertura de escolas destinadas a ministrar qualquer nível de ensino, de (ii) conformar ideologicamente o projecto educativo próprio da escola e de (iii) gerir a escola com respeito pelos direitos dos docentes e discentes.

---

<sup>1025</sup> Cfr., no mesmo contexto, artigo 61.º do *RJIES*.

<sup>1026</sup> A expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 184/185; o autor sustenta ainda que “para essa revalorização contribuem diversos factores, devendo, contudo, destacar-se a necessidade de responder às exigências práticas do alargamento da intervenção administrativa. Por um lado, as deficiências do sistema tradicional, no que respeita às garantias dos privados, manifestam-se na perda de confiança destes, seja na capacidade das leis materiais, cada vez mais abertas, para vincularem a Administração, seja na proficiência do recurso aos tribunais, cada vez menos acessíveis ou menos aptos a uma protecção efectiva dos seus direitos e interesses. Por outro lado, as próprias necessidades de eficiência administrativa, especialmente nas zonas de actividade caracterizadas pela grande diversificação e pelo alto grau de interdependência e de conflitualidade dos interesses públicos e privados em presença, reclamam uma atenção normativa particular para o modo como a Administração prepara e toma as suas decisões”, *idem*, p. 185.

A faculdade de (i) abrir escolas consubstancia o *protão* do conteúdo essencial do direito em apreço e permite que os titulares do direito o exerçam sem dependência de autorizações ou de licenciamentos administrativos de carácter discricionário<sup>1027</sup>, isto é, com a certeza que a intervenção da Administração educativa se circunscreve à verificação dos pressupostos e requisitos necessários para o (α) reconhecimento do interesse público<sup>1028</sup>, da autonomia e do paralelismo pedagógicos<sup>1029</sup> às escolas do ensino básico e secundário e do (β) reconhecimento do interesse público das escolas do ensino superior<sup>1030</sup> e da acreditação dos respectivos cursos e ciclos de estudos<sup>1031</sup>.

A essência da liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas não consiste apenas “em estender ao serviço de ensino a liberdade de iniciativa económica privada e cooperativa”, consagrada no artigo 61.º da *Constituição da República Portuguesa*, como sustentam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>1032</sup>, cuja posição se nos afigura redutora do âmbito de protecção do direito em apreço porque, sem embargo de aceitarmos a premissa segundo a qual estamos perante o exercício da liberdade de iniciativa económica privada ou cooperativa, o conteúdo do direito em apreço estende-se para além dos contornos do sub-sistema económico mediante o acréscimo de um elemento de natureza cultural, isto é, a transmissão de cultura no sentido humanista do conceito, e, desse modo, impulsiona o transbordo do âmbito de protecção do direito de criação de escolas privadas e cooperativas para além dos contornos do sub-sistema económico, estendendo-o à esfera do sub-sistema cultural<sup>1033</sup>.

---

<sup>1027</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 43.º

<sup>1028</sup> Cfr. artigo 2.º da *LBEPC*.

<sup>1029</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1, da *LBEPC*, e artigos 34.º e ss. do *EEPC*.

<sup>1030</sup> Cfr. artigo 33.º e ss., *max.* 39.º e ss., do *RJIES*.

<sup>1031</sup> Cfr. artigo 61.º, n.º 3, do *RJIES*.

<sup>1032</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 43.º

<sup>1033</sup> Sobre os sub-sistemas sociais interactivos, cfr. *supra*, II, 1.4.

A outorga de um (ii) projecto educativo ideologicamente conformado, ou ideário próprio, à escola, que consubstancia um dos *electrões* do núcleo essencial do direito em causa, é uma questão de maior impacto social em Estados como Itália ou Espanha, em que a Igreja Católica conseguiu manter a rede escolar de génese medieval<sup>1034</sup>. Contudo, a questão releva também noutros Estados porque, quer em Portugal, quer em França, nunca deixaram de funcionar escolas da Igreja Católica, enquanto na Alemanha, desde a *Reforma*, várias religiões mantêm escolas em actividade<sup>1035</sup>. A conformação do ensino segundo um ideário próprio, seja ético, seja filosófico, seja religioso<sup>1036</sup>, é uma dimensão colectiva da liberdade de ensino<sup>1037</sup> pois assim como o catedrático é livre de definir o objecto e o método da sua *unidade curricular*, também a entidade instituidora de uma escola é livre para definir a orientação ideológica do projecto educativo que deseja realizar<sup>1038</sup>. Acresce a esta interpretação da liberdade de ensino que lhe reconhece uma dimensão colectiva, a configuração do princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural<sup>1039</sup> cujos afloramentos no texto constitucional se reportam à proibição expressa do Estado “programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas”<sup>1040</sup> e à *não*

---

<sup>1034</sup> Cfr. *supra*, I, 1.2. e 1.3.

<sup>1035</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3., e III, 2.2.3.1.4.

<sup>1036</sup> Neste preciso sentido, ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA sustenta que “o alcance do carácter próprio da escola encontra fundamento na própria liberdade de ensino, por isso não se pode aceitar que o carácter próprio esteja limitado a aspectos da formação moral e religiosa”, *Educación en libertad y concierto escolar*, p. 261.

<sup>1037</sup> Cfr. artigo 41.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1038</sup> Neste sentido, ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA afirma “uma vez que o ideário, carácter próprio ou determinada orientação de uma escola, constitui parte integrante do seu acto de criação e, considerando ainda que o estabelecimento de uma escola está direccionado para oferecer um determinado projecto educativo, o carácter próprio de uma escola concretiza-se no modo específico em que se realiza a correspondente oferta educativa da escola, considerada no seu conjunto”, *Educación en libertad y concierto escolar*, p. 260.

<sup>1039</sup> Sobre a neutralidade no ensino público, cfr. BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 14, e JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, p. 340.

<sup>1040</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.



*confessionalidade* do ensino público<sup>1041</sup>. A natureza jurídica de normas constitucionais proibitivas<sup>1042</sup> que, por argumento extraído *a contrariu sensu*, não vinculam os titulares de escolas privadas nem cooperativas, constitui afloramento do reconhecimento da subsistência da liberdade destes últimos para definir o ideário da escola ao abrigo do direito (geral) de liberdade de ensino.

O ordenamento jurídico *infra* constitucional português regula expressamente esta faculdade quando estabelece, em relação ao ensino básico e secundário, que “cada escola pode ter um projecto educativo próprio, desde que proporcione, em cada nível de ensino, uma formação global de valor equivalente à dos correspondentes níveis de ensino a cargo do Estado”<sup>1043</sup>. Sem embargo do ordenamento jurídico português não consagrar uma norma com enunciado dotado da precisão literal do anteriormente citado em matéria de escolas do ensino superior, consagra como requisito para a criação e o funcionamento de uma escola do mais elevado nível de ensino, entre outros, “dispor de um projecto educativo, científico e cultural”<sup>1044</sup> e, na sequência da conclusão sustentada anteriormente, somos de entendimento que, ao invés do que sucede nas escolas públicas em que o projecto educativo deve respeitar o princípio da neutralidade do Estado<sup>1045</sup>, nas escolas privadas e cooperativas o mesmo projecto educativo *pode* definir um ideário próprio da escola. A tarefa que incumbe ao Estado de “assegurar a divulgação pública da informação relativa aos projectos educativos”<sup>1046</sup> permite neste caso aos alunos, ou aos respectivos pais, ou encarregados de educação, quando aqueles forem menores,

---

<sup>1041</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>1042</sup> J. BAPTISTA MACHADO define normas proibitivas como aquelas que compreendem no seu enunciado o comando “tu não deves”, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 94.

<sup>1043</sup> Cfr. artigo 33.º, n.º 1, do *EEPC*.

<sup>1044</sup> Cfr. artigo 40.º, a), do *RJIES*.

<sup>1045</sup> Cfr., novamente, artigo 43.º, n.ºs 2 e 3, da *CRP*.

<sup>1046</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, g), do *RJIES*.

conhecerem à partida as características de cada projecto educativo com vista a fazerem uma escolha consciente<sup>1047</sup>.

Sobre este assunto, consideramos ainda que a jurisprudência do *Tribunal Constitucional español* não atinge a verdadeira essência do direito ao considerar que a faculdade de estabelecer um ideário próprio configura a diferença específica que marca a autonomia do direito em apreço. Com efeito, ao declarar que “o direito que o artigo 34.º da *Ley Orgánica Reguladora del Estatuto de Centros Escolares* reconhece aos titulares das escolas privadas liberdade para “estabelecerem um ideário educativo próprio dentro do respeito pelos princípios e normas constitucionais”, incorpora a liberdade de criação de centros e [constitui a] especificidade que fundamenta a garantia constitucional de criação de escolas que, de outro modo, não seria mais que uma expressão concreta do princípio da liberdade de empresa que a Constituição (artigo 38.º) também consagra”<sup>1048</sup>, este supremo tribunal está a ignorar que mesmo no caso das escolas não adoptarem um ideário próprio não circunscrevem a sua dinâmica a uma actividade meramente económica na medida em que o elemento cultural está presente no *mínus* de transmissão de conhecimento.

Por último, a faculdade de (iii) gerir a escola, que configura o segundo dos *electrões* do núcleo essencial do direito em apreço<sup>1049</sup>, confere à entidade instituidora de

---

<sup>1047</sup> Sobre esta questão, cfr. JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 346.

<sup>1048</sup> Cfr. *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 5/1981, § II, 8; importa recordar neste contexto que o artigo 27.º, n.º 6, da *Constitución Española*, à semelhança do artigo 43.º, n.º 4, da *CRP*, não menciona expressamente a faculdade de outorgar uma orientação ideológica à escola, decorrendo essa solução, em termos literais, apenas do disposto no artigo 34.º da *Ley Orgánica Reguladora del Estatuto de Centros Escolares*.

<sup>1049</sup> Neste sentido, JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ sustenta que “em rigor, a liberdade de criação de escolas seria por si só algo vazio e inautêntico sem a liberdade correlativa de estruturar e ordenar finalisticamente a escola criada, dispondo dos poderes directivos necessários para conservar e garantir essa ordenação no tempo”, *La educación en la Constitución española – Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Universidad de Navarra – Facultad de Derecho, n.º 6, 1979, p. 272/273.

uma escola as faculdades que passamos a mencionar. As entidades instituidoras de escolas privadas e cooperativas do ensino básico e secundário têm a faculdade de *direcção pedagógica* da escola que pode ser exercida por pessoa humana ou por órgão colegial que inclua um representante da própria entidade instituidora<sup>1050</sup>. A redacção do preceito em questão suscita algumas dúvidas na medida em que os membros do órgão de direcção pedagógica da escola serão sempre nomeados pelo órgão de administração da entidade instituidora e nesse sentido serão sempre seus representantes, embora possam não o ser em sentido técnico jurídico<sup>1051</sup>, pelo que o efeito útil do preceito não pode deixar de ser o de impor que um dos membros do órgão de administração da entidade instituidora acumule funções no órgão de direcção pedagógica da escola.

Por seu turno, as entidades instituidoras de escolas privadas e cooperativas do ensino superior são titulares de um conjunto de faculdades<sup>1052</sup> que lhes permitem, sem prejuízo da autonomia pedagógica, cultural e científica da escola<sup>1053</sup>: (i) assegurar a gestão administrativa, económica e financeira da escola<sup>1054</sup>, (ii) submeter os estatutos da escola, bem como as suas alterações, a apreciação e registo pelo ministro da tutela<sup>1055</sup>, (iii) designar e destituir, nos termos dos estatutos, os titulares dos órgãos de direcção da escola<sup>1056</sup>, (iv) aprovar os planos de actividade e os orçamentos elaborados pelos órgãos

---

<sup>1050</sup> Cfr. artigo 10.º, n.º 1, da *LBEPC*.

<sup>1051</sup> Se entendermos a *representação* como “a situação em que uma pessoa pode fundadamente agir em nome e no interesse de outra”, conforme ensinava J. DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1979, p. 275.

<sup>1052</sup> Apesar de a lei as reconhecer em preceito que tem por epígrafe *obrigações* (cfr. artigo 30.º do *RJIES*), revestem a natureza de faculdades na medida em que consistem no exercício de um poder de vontade; sobre o direito subjectivo como um poder de vontade, cfr. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY que o definia “como um poder do indivíduo. Dentro dos limites desse poder, reina a vontade individual e reina com o consentimento de todos. A este poder ou faculdade, chamamos direito e alguns chamam-lhe direito em sentido subjectivo”, *Traité de Droit Romain*, tome I, trad. francesa de CHARLES GUENOUX, Paris, Librairie de Firmin Didot et Frères, 1855, p. 7.

<sup>1053</sup> Cfr. *infra*, 2.2.3.2.4.

<sup>1054</sup> Cfr. artigo 30.º, n.º 1, a), 2.ª parte, do *RJIES*.

<sup>1055</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>1056</sup> Cfr. *idem*, e).

da escola<sup>1057</sup>, (v) fixar o montante das propinas e demais encargos devidos pelos estudantes pela frequência da escola, ouvido o órgão de direcção desta<sup>1058</sup>, (vi) contratar os docentes e investigadores para a escola, sob proposta do Reitor, Presidente ou Director da escola, ouvido o respectivo conselho científico ou técnico-científico<sup>1059</sup>, (vii) contratar o pessoal não docente<sup>1060</sup>, (viii) requerer a acreditação e o registo de ciclos de estudos, após parecer do conselho científico ou técnico-científico da escola e do Reitor, Presidente ou Director da mesma<sup>1061</sup>.

#### **2.2.3.2.4. Os limites ao direito**

A questão dos limites ao direito de criação de escolas privadas e cooperativas merece análise em termos diversos da metodologia utilizada para os direitos analisados anteriormente na medida em que a Ordem Jurídica portuguesa, à semelhança da técnica legislativa utilizada noutros sistemas jurídicos<sup>1062</sup>, consagra normas reguladoras do sistema educativo que configuram autênticas restrições a várias das liberdades reconhecidas constitucionalmente neste domínio e nesse sentido realizam a interpretação enunciativa dos limites externos aos direitos em questão. Deste modo, verificamos que o texto constitucional habilita o poder político a interferir no exercício do direito em apreço ao estipular que (i) “o Estado reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei<sup>1063</sup>, e ainda que (ii) as Universidades serão submetidas a “avaliação da adequada qualidade do ensino”<sup>1064</sup>.

---

<sup>1057</sup> Cfr. *idem*, f).

<sup>1058</sup> Cfr. *idem*, h).

<sup>1059</sup> Cfr. *idem*, i).

<sup>1060</sup> Cfr. *idem*, j).

<sup>1061</sup> Cfr. *idem*, l).

<sup>1062</sup> Sobre esta questão, cfr., por todos, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 326 e ss.

<sup>1063</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1064</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 2.º parte, da *CRP*.

Assim, em sede de ensino básico e secundário, a criação de escolas e o seu funcionamento carecem, respectivamente de homologação e autorização pelo Estado<sup>1065</sup> que está ainda incumbido de “velar pelo seu regular funcionamento”<sup>1066</sup> e “pelo nível pedagógico e científico dos programas e planos de estudos”<sup>1067</sup>. As escolas que hajam celebrado contrato de associação com o Estado<sup>1068</sup> estão ainda vinculadas, em especial, ao cumprimento de *obrigações de serviço de interesse geral*<sup>1069</sup> das quais destacamos aqui as seguintes: (i) assegurar a gratuitidade do ensino nas mesmas condições em que é garantida no ensino público<sup>1070</sup>, (ii) divulgar o regime do contrato e a gratuitidade do ensino ministrado<sup>1071</sup>, (iii) assegurar até ao limite da lotação prevista no contrato de associação a matrícula aos interessados, dando preferência, sucessivamente, aos candidatos que pertencem ao mesmo agregado familiar, aos residentes na área e aos de menor idade<sup>1072</sup>, (iv) aceitar, a título condicional, as matrículas que ultrapassem a sua capacidade, comunicando o facto à Administração educativa<sup>1073</sup>.

As escolas do ensino superior, por seu turno, carecem à partida de reconhecimento do seu interesse público como *conditio sine qua non* do seu funcionamento<sup>1074</sup> e, em consequência, estão também vinculadas ao cumprimento de *obrigações de serviço de interesse geral*, constantes de acto legislativo, em matéria de (i) acesso ao ensino superior<sup>1075</sup>, de (ii) sistema de graus académicos<sup>1076</sup>, de (iii) criação,

---

<sup>1065</sup> Cfr. artigo 4.º, b), do *EEPC*.

<sup>1066</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>1067</sup> Cfr. *idem*, e).

<sup>1068</sup> Sobre este assunto, cfr. ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, e JOÃO LOUREIRO, *Liberdade de ensino, pluralismo e democracia*.

<sup>1069</sup> Sobre o conceito de *serviço de interesse geral*, cfr. *supra*, I, 1.6.3.

<sup>1070</sup> Cfr. artigo 16.º, a), do *EEPC*.

<sup>1071</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>1072</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>1073</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>1074</sup> Cfr. artigos 33.º, n.º 4, e 36.º, n.º 1, a), do *RJIES*.

<sup>1075</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 5, a), do *RJIES*.

<sup>1076</sup> Cfr. *idem*, b).

modificação, suspensão e extinção de ciclos de estudos<sup>1077</sup>, de (iv) acreditação e avaliação das escolas e ciclos de estudos<sup>1078</sup> e de (v) regime do pessoal docente<sup>1079</sup>. Por outro lado, as escolas de ensino superior necessitam de cumprir alguns requisitos legais, referentes à (i) qualificação do corpo docente<sup>1080</sup>, assim como à (ii) participação destes, como de investigadores e de estudantes no governo da escola<sup>1081</sup>, à (iii) qualidade das instalações e dos equipamentos destinados nomeadamente aos espaços lectivos, a bibliotecas e a laboratórios<sup>1082</sup> e estão vinculadas a garantir um elevado (iv) nível pedagógico, científico e cultural do ensino que ministram<sup>1083</sup>. Por último, uma referência para o dever das entidades instituidoras exercerem as suas competências com respeito pela autonomia pedagógica, cultural e científica das escolas<sup>1084</sup>.

### **2.2.3.3. A autonomia universitária**

#### **2.2.3.3.1. Questões prévias: a natureza jurídica da Universidade pública e da autonomia universitária**

O desejo das comunidades científicas auto-administrarem os seus “interesses sociais específicos”<sup>1085</sup> é congénito da própria existência da Universidade europeia na medida em que remonta à Idade Média a petição dos estudantes de *Bologna* dirigida ao Imperador solicitando *imunidade* perante a jurisdição das autoridades locais e foi *chama* que se manteve acesa até à actualidade, com maior ou menor pujança consoante as

---

<sup>1077</sup> Cfr. *idem*, f).

<sup>1078</sup> Cfr. *idem*, g).

<sup>1079</sup> Cfr. *idem*, j).

<sup>1080</sup> Cfr. artigos 40.º, d), e 47.º e ss. do *RJIES*.

<sup>1081</sup> Cfr. artigo 40.º, f) do *RJIES*.

<sup>1082</sup> Cfr. artigos 40.º, b), e 41.º do *RJIES*.

<sup>1083</sup> Cfr. artigo 40.º, g) do *RJIES*.

<sup>1084</sup> Cfr. artigos 30.º, n.º 2, e 40.º, e) do *RJIES*.

<sup>1085</sup> A expressão é de JORGE MIRANDA, *As associações públicas no Direito português*, Lisboa, Cognition, 1985, p. 26.

épocas e os regimes políticos<sup>1086</sup>. Com efeito, a Universidade de Paris, que despontou como um *feudo* da Igreja Católica, foi *estatizada* com a Revolução<sup>1087</sup>, no âmbito de um movimento de centralização do poder materializado na construção do *Leviathan*, ao qual Portugal não constituiu exceção<sup>1088</sup>, que na maioria dos Estados de influência francesa a *questão escolar* não permitiu inverter<sup>1089</sup> e que os regimes autoritários do século XX souberam prolongar como forma de impedir o inevitável impulso que uma ciência livre imprimiria à democratização do sistema político<sup>1090</sup>. Ignorado pelo poder político durante longas etapas do percurso da modernidade, o ideal autonómico nunca deixou de estar presente no espírito universitário e está, finalmente, a conseguir afirmar-se numa fase tardia do Estado social<sup>1091</sup>. Segundo a recapitulação histórica de FRANCISCO SOSA WAGNER, “a Universidade foi uma corporação, o famoso e bem fugaz “agrupamentos de mestres e discípulos”, que rapidamente se converteu numa instituição vinculada e controlada pela Igreja, depois pelo poder laico – dos senhores territoriais, primeiro, e do Estado-nação, depois, – e, já na época contemporânea, além disso e por

---

<sup>1086</sup> Cfr. FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 17 e ss., IGNACIO TORRES MURO, *La autonomía universitaria*, p. 13 e ss., MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 15 e ss., e, no que concerne especificamente às Universidades de Coimbra e de Évora, ANTÓNIO HESPANHA, *As vésperas do Leviathan*, p. 350.

<sup>1087</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 2.4.

<sup>1088</sup> Cfr. *supra*, I, 1.2.

<sup>1089</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.; apesar do duradouro pendor centralista do Estado francês em matéria de ensino, não deixa de ser interessante a observação proveniente do espírito avisado do *doyen de Bordeaux*, LEÓN DUGUIT, que, numa época em que a juspublicística francesa estava ainda fascinada pela geometria centrípeta do modelo bonapartista de Administração pública (cfr. *supra*, 2.4.) foi premonitório na abordagem de instrumentos de descentralização administrativa, afirmando no contexto do tema em apreço que “a forma mais moderna, e simultaneamente a mais progressista, de descentralização é, sem qualquer espécie de dúvida, a que denominamos por descentralização *funcional*. Esta forma conheceu inicialmente a sua aplicação no serviço público de ensino superior aquando da criação de Universidades administradas pelos próprios professores, sob o controlo de autoridade superior”, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 69/70.

<sup>1090</sup> Cfr. *supra*, I, 1.5.

<sup>1091</sup> Cfr. IGNACIO TORRES MURO, *La autonomía universitaria*, p. 8 e ss.

acréscimo, por alguns grupos sociais difusos mas ligados claramente às forças produtivas que financiam a substância da sua primordial faceta investigadora”<sup>1092</sup>.

*Autonomia universitária* foi a denominação que *pegou de estaca* na doutrina juspublicista para identificar a figura jurídica entretanto construída com vista a enquadrar esta pretensão secular das comunidades académicas nos mecanismos típicos do Estado de Direito. Apesar da unanimidade lograda em torno do *nomen juris*, a dúvida metódica na respectiva qualificação como direito fundamental, como garantia institucional ou como princípio organizatório tem alimentado as maiores querelas doutrinárias. A nosso ver, a questão carece ser resolvida a partir de duas premissas básicas: a (i) natureza jurídica dos sujeitos envolvidos e o (ii) conteúdo das relações jurídicas que se estabelecem sob a *capa e batina* da autonomia universitária.

Assim, quanto aos sujeitos, beneficiando do acervo reunido em sede de análise do direito de criação de escolas privadas e cooperativas, assentamos a construção subsequente no pressuposto que as Universidades privadas são pessoas colectivas de natureza privada ou cooperativa, consoante a estrutura jurídica adoptada, pelo que importa neste momento indagar da natureza jurídica da Universidade pública no Direito português, quanto mais não seja porque temos sempre bem presentes as magistrais palavras de SABINO CASSESE para quem “a Universidade é um grande enigma”<sup>1093</sup>. A doutrina clássica não se desvia da qualificação das Universidades como institutos públicos e da respectiva integração na Administração indirecta do Estado, apesar de numa fase inicial as haver enquadrado na espécie *serviços personalizados do Estado*, isto é, de “departamentos administrativos a que a lei atribui expressamente personalidade jurídica” e cujo “traço comum é a prossecução (...) de certos fins do

---

<sup>1092</sup> Cfr. FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 69.

<sup>1093</sup> Cfr. SABINO CASSESE, *L'Universita e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, p. 766.



Estado”<sup>1094</sup>, para numa fase posterior vir a enquadrá-las na espécie *estabelecimentos públicos*, isto é, “de institutos públicos de carácter cultural ou social, organizados como serviços abertos ao público, e destinados a efectuar prestações individuais à generalidade dos cidadãos que delas careçam”<sup>1095</sup>. Segundo estes autores, o fundamento da integração das Universidades públicas no *sector fundamental*<sup>1096</sup> denominado Administração indirecta do Estado radica na circunstância de exercerem “uma actividade administrativa do Estado, realizada, para a prossecução de fins deste, por entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria e de autonomia administrativa ou administrativa e financeira”<sup>1097</sup>.

A qualificação das Universidades públicas realizada nestes termos é, no entanto, cada vez menos consensual. O debate foi aberto por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA quando quebrou o consenso ao qualificar as Universidades públicas como “figuras mistas”<sup>1098</sup>, posição na qual foi secundado por JORGE MIRANDA<sup>1099</sup>. A comunidade científica portuguesa é passível de ser agrupada basicamente em duas correntes de pensamento, por um lado, encontramos os autores que sufragam como posição de princípio a matriz clássica do instituto público com a introdução de algumas variantes decorrentes dos princípios consagrados pela *Constituição da República Portuguesa*, como são o caso de PAULO OTERO e VITAL MOREIRA, enquanto, por outro lado, MARCELO REBELO DE SOUSA e LUÍS PEREIRA COUTINHO aspiram efectuar uma *revolução copernicana* no entendimento sobre o assunto com a aproximação à

---

<sup>1094</sup> Assim as enquadrava MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p. 372/373.

<sup>1095</sup> Assim as enquadra ainda DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, p. 371.

<sup>1096</sup> Sobre o significado desta expressão, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, p. 20, e autores aí citados.

<sup>1097</sup> Citamos a definição de *Administração indirecta do Estado*, em sentido material, de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, p. 349.

<sup>1098</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p. 213.

<sup>1099</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *As associações públicas no Direito português*, p. 24.

qualificação da Universidade pública como associação pública mas sem a subsumirem a este conceito em toda a extensão da sua natureza e regime, preferindo sufragar o carácter misto ou híbrido da figura, aparentemente por manutenção de uma amarra à concepção clássica.

Assim, PAULO OTERO debruçou-se sobre o assunto em sede de análise do “pluralismo organizativo da Administração”<sup>1100</sup> colocando o acento tónico da caracterização deste modelo de organização do poder político na consagração constitucional da “existência de uma Administração autónoma em relação à Administração do Estado (artigo 202.º, d)), consagrando expressamente a autonomia regional dos arquipélagos dos Açores e da Madeira (artigo 6.º, n.º 2), das autarquias locais (artigo 6.º, n.º 1), das Universidades públicas (artigo 76.º, n.º 2) e das associações públicas [artigo 267.º, n.º 3]”<sup>1101</sup>. Apesar do regime de autonomia universitária que identifica na *Constituição da República Portuguesa*, o autor insiste na caracterização das Universidades públicas com fundamento no respectivo substracto institucional, negando qualquer analogia com as entidades públicas associativas<sup>1102</sup>, definindo-as, em consequência, “como sendo pessoas colectivas institucionais de Direito público, sem base empresarial, dotadas de uma garantia constitucional de autonomia, especificamente vocacionadas para a criação, transmissão e difusão da cultura, da ciência e da tecnologia, realizando prestações à comunidade e promovendo o estudo, a docência e a investigação científica”<sup>1103</sup>. Em suma, na concepção de PAULO OTERO, em 1982, o legislador constituinte provocou uma *rotação de trezentos e sessenta graus* nos quadros

---

<sup>1100</sup> Cfr. PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, vol. II, Lisboa, Lex, 1995, p. 544 e ss.

<sup>1101</sup> Cfr. PAULO OTERO, *idem*, p. 545/546.

<sup>1102</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Institutos públicos*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 258.

<sup>1103</sup> Cfr. PAULO OTERO, *ibidem*.

conceptuais da organização administrativa portuguesa ao configurar as Universidades públicas como institutos públicos que incorporaram a Administração autónoma, quando a tradição sedimentada na nossa comunidade científica, elaborada ainda na vigência da Constituição de 1933, era exactamente a inversa, isto é, integrar associações públicas, à imagem e semelhança dos institutos públicos, na Administração indirecta do Estado<sup>1104</sup>. Com efeito, a qualificação das associações públicas como estruturas da Administração autónoma e do reconhecimento da própria Administração autónoma como *sector fundamental* da Administração pública só ocorreram após a entrada em vigor da *Constituição da República Portuguesa de 1976*<sup>1105</sup>.

VITAL MOREIRA, por seu turno, sufraga igualmente a concepção de princípio da doutrina clássica no sentido de qualificar as Universidades públicas como institutos públicos mas *tempera* esta qualificação com a valoração do substracto pessoal existente no seu âmbito, destacando para o efeito a eleição dos respectivos órgãos dirigentes pelos professores, funcionários e alunos. Atentas as características em apreço, o autor qualifica as Universidades públicas como “institutos públicos com elementos corporacionais”<sup>1106</sup>. Sem embargo da natureza institucional, VITAL MOREIRA considera as Universidades públicas uma “expressão de Administração autónoma” por força das ancestrais “dimensões de autonomia e de auto-governo”, das quais começaram por ser titulares na Idade Média quando eram simples “corporações de escolares” e que lhes foram retiradas com a vaga centralizadora do absolutismo, quando “convertidas em

---

<sup>1104</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, p. 427, e autores aí citados.

<sup>1105</sup> Cfr. artigo 202.º d) da CRP (actual artigo 199.º d)), e JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 428 e ss.

<sup>1106</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, p. 367.

estabelecimentos do Estado”, mas que têm logrado recuperar na generalidade dos Estados europeus durante as últimas décadas<sup>1107</sup>.

MARCELO REBELO DE SOUSA, em atitude de aparente ruptura com a doutrina clássica, sustenta a natureza híbrida das Universidades públicas, entre a associação pública e o estabelecimento público, e sustenta ainda o enquadramento das mesmas escolas na Administração autónoma<sup>1108</sup>. A elaboração de uma classificação das pessoas colectivas que integram a Administração pública em sentido orgânico<sup>1109</sup> com arrimo em cinco critérios, a saber, o (i) elemento determinante no substracto, o (ii) fim personalizado, a (iii) estrutura interna, a (iv) delimitação espacial de poderes e ainda as (v) relações entre os fins personalizados e os fins do Estado-Administração<sup>1110</sup>, permite ao autor lisboeta realizar uma qualificação das Universidades públicas em moldes diversos dos sustentados pela doutrina clássica. Assim, conclui pela (i) preponderância do elemento pessoal sobre os elementos funcional e patrimonial<sup>1111</sup>, pela (ii) “formação mediante o ensino e a investigação, na sua realização sem objectivo lucrativo e (...) na prestação de um serviço que implica a satisfação de uma necessidade colectiva de forma individualizada, dela beneficiando, separada e personificadamente, alunos e docentes” como fim prosseguido<sup>1112</sup>, (iii) pela heterogeneidade de estruturas jurídicas<sup>1113</sup>, (iv) pelo carácter não territorial da sua jurisdição<sup>1114</sup> e, finalmente, (v) pela qualificação dos fins

---

<sup>1107</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *ibidem*.

<sup>1108</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 47.

<sup>1109</sup> Cfr. *supra*, II, 2.4.

<sup>1110</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 38.

<sup>1111</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 38/39.

<sup>1112</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 39/40.

<sup>1113</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 40 e ss.

<sup>1114</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 43.

prosseguidos como “interesses próprios” dos administrados, diversos dos interesses do Estado-Administração<sup>1115</sup>.

LUÍS PEREIRA COUTINHO navega em *zona contígua* a esta última posição ao sufragar uma doutrina com forte implantação na comunidade jurídica alemã segundo a qual “a Universidade pública deve ser encarada como um *mixtum compositum* de duas organizações distintas, uma de natureza “institucional” ou patrimonial e outra de natureza corporativa”<sup>1116</sup>. O autor desenvolve esta posição de princípio nos seguintes termos: “a individualização dos dois elementos (“institucional” ou patrimonial e corporativo) passa pela individualização de dois *momentos lógicos*. Um primeiro momento identifica-se com a criação pelo Estado de um estabelecimento público de ensino (*rectius*, de um serviço administrativo criado e financiado pelo Estado). Um segundo momento corresponde à formação, pelos ocupantes desse “estabelecimento” que titulam liberdades académicas (docentes, investigadores e estudantes), de uma corporação de Direito Público (a Universidade em sentido estrito) dotada de capacidade jurídica para “gerir” esse “estabelecimento público”, prosseguindo interesses de natureza científica e pedagógica ou não científica e pedagogicamente indiferentes”<sup>1117</sup>.

O enquadramento das Universidades públicas na Administração autónoma é sufragado também por JOÃO CAUPERS que, além de não se pronunciar pela natureza jurídica das entidades em apreço para além do seu carácter público, parece assumir a incorporação na Administração autónoma mais como posição de *jure constituendo* que propriamente como uma conclusão extraída do ordenamento jurídico vigente<sup>1118</sup>.

---

<sup>1115</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 43 e ss.

<sup>1116</sup> Cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 60.

<sup>1117</sup> Cfr. LUÍS PEREIRA COUTINHO, *ibidem*.

<sup>1118</sup> Cfr. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 2009, p. 141/142.

Abordado o *estado da arte* no universo lusitano, cremos que os critérios propostos por MARCELO REBELO DE SOUSA constituem a premissa de trabalho mais sólida para análise da questão em apreço. Aceite o ponto de partida, o nosso entendimento sobre o assunto conduz-nos, no entanto a um ponto de chegada diverso, pelos motivos que passamos a expor. Assim, quanto ao (i) substracto predominante, a Universidade, quer pública, quer privada, conforme adiantamos em momento anterior<sup>1119</sup> é uma comunidade humana que, no seu conjunto, busca o conhecimento artístico (beleza) e científico (verdade) e, no âmbito da qual, se desenvolvem procedimentos adequados à criação, à transmissão e à assimilação culturais. O conjunto de serviços administrativos que colaboram com a comunidade académica (elemento institucional) e as instalações onde a mesma comunidade desenvolve a sua actividade, assim como a restante massa de bens (elemento patrimonial) revestem carácter instrumental em relação à actividade de âmbito cultural desempenhada por docentes, investigadores e estudantes. Considerando a preponderância do elemento pessoal da Universidade pública em relação aos demais, a entidade reveste natureza associativa e, além disso, natureza pública, porque erecta juridicamente por um acto do poder político<sup>1120</sup> e porque subordinada a um regime jurídico predominantemente de Direito público<sup>1121</sup>. A circunstância da Universidade “prestar um serviço que implica a satisfação de uma necessidade colectiva de forma individualizada”<sup>1122</sup> não confere necessariamente a natureza de estabelecimento público à Universidade porque é uma característica das corporações públicas, como ordens profissionais ou autarquias locais, realizarem prestações a favor das pessoas que são titulares de uma conexão com a

---

<sup>1119</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.2.1.

<sup>1120</sup> Cfr. artigo 31.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1121</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 2, do *RJIES*.

<sup>1122</sup> A expressão é de MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 39/40.

mesma, v. g., respectivamente, formação profissional, que na maioria dos casos constitui pressuposto obrigatório para o exercício de uma actividade profissional<sup>1123</sup>, ou abastecimento de água aos habitantes de um município. A consequência da realização destas prestações é a gestão de um conjunto de serviços pelas corporações públicas sem que a doutrina as qualifique como entidades de natureza mista ou híbrida entre a associação pública e o estabelecimento público. Em suma, quanto ao substracto, qualificamos as Universidades públicas como associações públicas com afastamento de qualquer elemento institucional da essência das mesmas.

Por outro lado, quanto aos (ii) fins prosseguidos, se acompanhamos MARCELO REBELO DE SOUSA quando identifica neste âmbito “a formação mediante o ensino e a investigação, na sua realização sem objectivo lucrativo e (...) na prestação de um serviço que implica a satisfação de uma necessidade colectiva de forma individualizada, dela beneficiando, separada e personificadamente, alunos e docentes”<sup>1124</sup>, não podemos continuar a sufragar o entendimento do professor lisboeta quando qualifica os fins em apreço como “interesses próprios” dos administrados, diversos dos interesses do Estado-Administração<sup>1125</sup>. Com efeito, (α) “assegurar o ensino e a valorização permanente” é uma *tarefa fundamental do Estado Português*<sup>1126</sup>, assim como são *tarefas fundamentais do Estado Português* a realização de algumas actividades que apresentam conexão com a esfera do ensino, como a de (β) “garantir os direitos e liberdades fundamentais”<sup>1127</sup> e a de (γ) “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e

---

<sup>1123</sup> Cfr. artigo 47, n.º 1, 3.ª parte, da *CRP*.

<sup>1124</sup> A expressão é ainda de MARCELO REBELO DE SOUSA, *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, p. 39/40.

<sup>1125</sup> A expressão é novamente de MARCELO REBELO DE SOUSA, *idem*, p. 43 e ss.

<sup>1126</sup> Cfr. artigo 9.º, f), da *CRP*; neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação IV ao artigo 76.º, e AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e Educação*, p. 156.

<sup>1127</sup> Cfr. *idem*, b).

ambientais”<sup>1128</sup>. Além das *tarefas fundamentais* mencionadas, o Estado Português está ainda constitucionalmente vinculado a (δ) “promover a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação de desigualdades económicas sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua e, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva”<sup>1129</sup>, a incentivar e apoiar (ε) “a criação e investigação científicas, bem como a inovação tecnológica”<sup>1130</sup> e, *the last but not the least*, a (ζ) “criar uma rede de estabelecimentos de ensino que cubra as necessidades de toda a população”<sup>1131</sup>.

Abstraindo de momento dos critérios da estrutura jurídica e da territorialidade da jurisdição porque não determinantes para a questão em apreço, concluímos que a Universidade pública é uma associação pública que, no entanto, prossegue fins do Estado, isto é, quanto ao substracto que lhe subjaz corresponde ao protótipo da associação pública, na medida em que consiste numa “comunidade *infra* estadual cuja personificação representa apenas o reconhecimento de um substracto sociológico próprio”<sup>1132</sup>, mas quanto aos fins que prossegue aproxima-se das características de uma pessoa colectiva integrante da Administração indirecta do Estado, uma vez que consiste numa entidade pública com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira que desenvolve uma actividade administrativa destinada à realização dos fins

---

<sup>1128</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>1129</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 2, da *CRP*; neste sentido, AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e Educação*, p. 158.

<sup>1130</sup> Cfr. *idem*, n.º 4.

<sup>1131</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 1, da *CRP*; cfr. ainda AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e Educação*, p. 158. L. PEREIRA COUTINHO qualifica igualmente as actividades mencionadas no texto (com excepção da consagrada no artigo 73.º, n.º 2, da *CRP*) como tarefas do Estado, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 57.

<sup>1132</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 428, e autores aí citados.



do Estado<sup>1133</sup>. Ora, no âmbito dos quadros conceptuais clássicos da organização administrativa, a descentralização funcional<sup>1134</sup> de tarefas do Estado resulta na criação de uma entidade instrumental<sup>1135</sup>, composta essencialmente por um substracto meramente institucional, isto é, por um conjunto de serviços administrativos. A fórmula é adoptada *se e quando* os órgãos de direcção política, nomeadamente o Governo, considerarem esse o meio mais adequado à prossecução de determinado fim do próprio Estado e por isso, apesar da outorga de personalidade jurídica, o órgão superior da Administração pública conserva poderes simultaneamente de superintendência e de tutela sobre a estrutura jurídica descentralizada<sup>1136</sup>.

A Universidade pública consubstancia um fenómeno de descentralização funcional de tarefas, por natureza conexas com a génese do Estado<sup>1137</sup>, na medida em que referentes à estruturação jurídica da comunidade nacional e portanto imperativamente reportadas a fins do próprio Estado<sup>1138</sup>, sob pena de descaracterização da respectiva essência cultural, e nesse aspecto reveste alguma semelhança com as entidades que incorporam a Administração indirecta do Estado: a prossecução de fins do

---

<sup>1133</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 421. JOÃO PACHECO DE AMORIM pronuncia-se em sentido análogo ao sustentar ser “duvidoso que os interesses [prosseguidos pelas Universidades] possam ser considerados como interesses (assuntos) próprios das instituições”, *A autonomia das Universidades públicas no Direito português*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 72; contra, J. CASALTA NABAIS, *Considerações sobre a autonomia financeira das Universidades portuguesas*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Ferrer-Correia*, vol. III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1991, p. 353.

<sup>1134</sup> Sobre este conceito, cfr. *supra*, I, 2.4.

<sup>1135</sup> Sobre este conceito cfr. ainda JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 411, e autores aí citados.

<sup>1136</sup> Cfr. artigo 199.º, d), 2.ª parte, da CRP.

<sup>1137</sup> Segundo J. PACHECO DE AMORIM, as próprias Universidades privadas, uma vez que carecem de reconhecimento de interesse público como *conditio sine qua non* do seu funcionamento (cfr. *supra*, 2.2.3.2.4.) “exercem verdadeiras funções públicas, na medida em que conferem graus e títulos académicos de criação e origem estaduais, isto é, com o mesmo valor e com os mesmos efeitos legais dos graus e títulos outorgados pelas Universidades públicas”, *A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 123/124.

<sup>1138</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

Estado e não de fins próprios<sup>1139</sup>. Contudo, o Estado confia o exercício das tarefas em apreço a associações públicas, isto é, a entidades caracterizadas intrinsecamente pela predominância do respectivo *substracto pessoal*<sup>1140</sup>, que subordina ao regime jurídico-constitucional da Administração autónoma<sup>1141</sup>. A construção jurídica elaborada e consagrada pelo legislador constituinte português no âmbito do procedimento de revisão constitucional de 1982 nos termos descritos visa assegurar o rigoroso cumprimento do princípio constitucional da neutralidade do Estado na esfera cultural<sup>1142</sup>.

Analisada a questão dos sujeitos, importa de momento indagar da natureza jurídica da *autonomia universitária*. Conforme referimos anteriormente, a doutrina tem oscilado entre a qualificação da figura como direito fundamental<sup>1143</sup>, como garantia

---

<sup>1139</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 425/426, e autores aí citados.

<sup>1140</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *idem*, p. 429 e ss.

<sup>1141</sup> No mesmo sentido, J. PACHECO DE AMORIM sustenta que as Universidades públicas constituem simultaneamente “pólos de Administração indirecta e de Administração autónoma”, *A autonomia das Universidades públicas no Direito português*, p. 77; diversamente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA qualificam “as Universidades como uma expressão de administração autónoma e não como administração estadual indirecta, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 76.º. A subordinação das escolas de ensino superior ao regime da Administração autónoma decorre do princípio consagrado no artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*; motivo pelo qual se nos afigura inconstitucional, por violação daquele preceito constitucional, a regra constante do artigo 9.º, n.º 2, do *RJIES* na parte em que manda aplicar a título subsidiário, ainda que com carácter não taxativo, o regime consagrado na *Lei-Quadro dos Institutos Públicos* às escolas de ensino superior públicas.

<sup>1142</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*, e no plano doutrinário, JEAN RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. 2, p. 340, e BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, p. 14. L. PEREIRA COUTINHO, na sequência de alguma doutrina alemã, qualifica a Universidade como uma *associação ou corporação pública funcional de direitos fundamentais* (liberdades de ciência e de ensino) por contraposição “às associações públicas de base democrática, dedicadas à defesa de interesses sócio-económicos, designadamente, interesses colectivos profissionais”, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 73 e ss., *max.* 75; cfr., no mesmo sentido, J. CASALTA NABAIS, *Considerações sobre a autonomia financeira das Universidades portuguesas*, p. 357, e J. PACHECO DE AMORIM, *A autonomia das Universidades públicas no Direito português*, p. 57 e ss., *max.* 60 e 70/71. Apesar de não podermos contestar a doutrina mencionada na medida em que, na realidade, está em causa o exercício das liberdades de criação cultural e de aprender e ensinar, omitir a referência ao *princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural* (cfr artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*) é ignorar a essência da questão porque o exercício das liberdades individuais em apreço (criação, transmissão e assimilação culturais) não implica *per se* o reconhecimento de um regime de Administração autónoma à Universidade se o ordenamento jurídico não vincular o Estado a uma atitude neutral neste domínio.

<sup>1143</sup> A qualificação como *direito fundamental* começa por beneficiar da *iurisdictio imperi* que lhe foi conferida pela *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 26/1987, § II, 4, disponível na *internet* em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/758>, e desde então tem logrado o acolhimento, embora minoritário, da doutrina, cfr., selectivamente, MIGUEL JESÚS AGUDO ZAMORA, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, p. 7 e ss., e

institucional<sup>1144</sup> ou como mero princípio organizatório<sup>1145</sup>. O debate intelectual que está centrado na doutrina europeia continental e norte-americana, *efervesceu* na comunidade científica e mantém-se no *ponto de ebulição*, é uma consequência da *reabilitação* do conceito de *autonomia universitária* na segunda metade do século XX<sup>1146</sup>. A abordagem da questão implica que revisitemos a génese do conceito de garantia institucional e que indagemos da diferença específica da figura em apreço relativamente ao conceito de direito fundamental. A distinção remonta ao labor doutrinário de CARL SCHMITT que contrapunha, no contexto do “Estado burguês de Direito”<sup>1147</sup>, os (i) *direitos fundamentais* “que valem como *anteriores* e *superiores* ao Estado” e que “não são, pela sua substância, bens jurídicos mas “esferas da *liberdade*, das quais resultam direitos de defesa” perante o poder político”<sup>1148</sup>, das (ii) *garantias institucionais* que consistiam em normas constitucionais que “conferiam especial protecção a certas instituições sociais,

---

ÓSCAR CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra*, p. 103 e ss.; a mesma posição é sufragada na doutrina portuguesa por GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 423, por PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, p. 603, e por LUÍS PEREIRA COUTINHO, *As facultades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária*, p. 91 e ss.

<sup>1144</sup> A doutrina espanhola, ao arrepio da jurisprudência do *Tribunal Constitucional*, sufraga maioritariamente a qualificação da *autonomia universitária* como *garantia institucional*, cfr., selectivamente, ENRIQUETA EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, p. 271 e ss., MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 209 e ss., IGNACIO TORRES MURO (que procede a um levantamento de toda a doutrina espanhola relevante que permite uma visão abrangente sobre o assunto), *La autonomía universitaria*, p. 34 e ss., LUCIANO PAREJO ALFONSO, *La autonomía de las universidades*, in AA. VV., *Aspectos administrativos del derecho a la educación – Especial consideración de las universidades públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 291 e ss., max. p. 293 a 301, LUIZ MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 503 e ss., e JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 215 e ss.

<sup>1145</sup> Cfr. voto de vencido do Conselheiro LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN à *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 26/1987.

<sup>1146</sup> Com efeito, no Reino Unido as Universidades mantiveram-se imunes ao movimento centralizador desencadeado pelo *Leviathan* e consolidado pela *Revolução* (cfr. *supra*, I, 1.2., 1.3. e 2.5.); para ilustrar a vivência das Universidades inglesas podemos citar um episódio relatado por SABINO CASSESE referente à visita do Reitor de uma Universidade norte-americana a *Oxford* para conhecer melhor o funcionamento daquela Universidade quando “encontra o Vice-Reitor, pelas dez horas da manhã, no seu gabinete, sentado à escrivaninha, sem telefone nem secretária, lendo um livro em grego e pergunta-lhe, com alguma inveja, à chegada “quem governa a Universidade?”. Ao que o anfitrião responde: “a tradição””, *L'Universita e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, p. 766.

<sup>1147</sup> A expressão é do próprio CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 169.

<sup>1148</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *ibidem*.

(...) impedindo a supressão das mesmas pelo legislador ordinário”<sup>1149</sup>. Segundo o entendimento do jurista de *Plettenberg*, “as garantias institucionais não encontravam fundamento numa ideia de liberdade ilimitada mas, pelo contrário, reportavam-se a uma instituição juridicamente reconhecida que, como tal, seria sempre uma realidade circunscrita e delimitada, ao serviço de certas tarefas e de certos fins, ainda quando as tarefas não revestissem carácter especializado e fosse admissível alguma “universalidade do círculo de actuação”<sup>1150</sup>.

CARL SCHMITT distinguia assim os direitos fundamentais, subsumíveis à categoria dos direitos subjectivos, das instituições que, embora consagradas também na Parte II da *Constituição da I República alemã*, dedicada aos *direitos e deveres fundamentais dos alemães*, apresentavam carácter objectivo<sup>1151</sup>. Apesar da relevância da distinção mencionada haver sido objecto de relativização por força das teorias institucionalistas que revelaram a existência de uma inegável dimensão objectiva nos direitos fundamentais<sup>1152</sup>, a dualidade conceptual direitos fundamentais / garantias institucionais continua a merecer o acolhimento da doutrina na medida em que existem figuras constitucionalmente reconhecidas na órbita dos direitos fundamentais que não conferem imediatamente uma faculdade ou vantagem às pessoas mas contribuem para assegurar a eficácia das posições juridicamente protegidas pelos direitos<sup>1153</sup>.

---

<sup>1149</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *idem*, p. 175.

<sup>1150</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *ibidem*.

<sup>1151</sup> Sobre a caracterização das garantias institucionais, cfr ainda LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 60/61, BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, p. 23, e MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, max. p. 182 e ss.

<sup>1152</sup> Sobre esta questão, cfr., por todos, PATER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 71 e ss., e BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK, *idem*, p. 23/24.

<sup>1153</sup> Cfr., selectivamente, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 214 e ss., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 407 e ss., BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, p. 24, e LUIZ MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 45/46.

Abordada introdutoriamente a questão nestes termos, importa averiguar a qual dos arquétipos será subsumível com maior propriedade a *autonomia universitária*. Se compulsarmos o texto constitucional, podemos verificar alguns aspectos sobre o regime jurídico desta figura que contribuem para realizar a adequada caracterização da mesma. Assim, quanto ao (i) elemento literal de interpretação, o enunciado artigo 76,º n.º 2, compreende uma redacção empregue com frequência pelo legislador constituinte português para definir o enunciado das normas que reconhecem direitos fundamentais: “as Universidades *gozam*, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira”<sup>1154</sup>. Ainda em sede de interpretação literal, o preceito agora citado estabelece um *conteúdo essencial* do direito fundamental à autonomia universitária, isto é, um conjunto de “faculdades específicas”<sup>1155</sup> que as escolas de ensino superior poderão exercer através dos seus órgãos. A consagração de um conteúdo essencial consubstancia a diferença específica dos direitos fundamentais relativamente às garantias institucionais na medida em que “a ideia de conteúdo essencial conduz à construção de direitos e liberdades como poderes complexos e concretos de disposição e de liberdade a partir de definições constitucionais abstractas, de modo que o direito constitucionalmente reconhecido e garantido integra-se como uma formação vital sobre o esqueleto da conduta abstractamente definida. [Ao invés,] na garantia institucional a ausência de garantia de um conteúdo essencial significa (...) que a Constituição garante a existência da instituição abstractamente definida mas não lhe assegura uma concreta configuração”<sup>1156</sup>.

---

<sup>1154</sup> O argumento literal é igualmente um dos fundamentos invocados pelo *Tribunal Constitucional español* para a qualificação da figura como *direito fundamental*, cfr. *Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 26/1987, § II, 2.; itálico no texto nosso.

<sup>1155</sup> A expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 165.

<sup>1156</sup> Cfr. IGNACIO DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*, p. 101.

Quanto ao (ii) elemento sistemático, embora a autonomia universitária esteja reconhecida em norma constante da Parte I da *Constituição da República Portuguesa*<sup>1157</sup>, a localização sistemática em nada contribui para auxiliar o intérprete a qualificar a figura como direito fundamental ou garantia institucional. Com efeito, CARL SCHMITT, o mentor da figura, denominava por garantias institucionais precisamente as figuras consagradas na Parte II da *Constituição da I República alemã*, dedicada aos *direitos e deveres fundamentais dos alemães*, que não conferiam às pessoas um direito de liberdade<sup>1158</sup>, pelo que a inserção sistemática da norma positivante não apresenta carácter decisivo para dirimir a questão em apreço.

Ao invés, o (iii) elemento histórico de interpretação poderá fornecer um contributo importante para aclaração do sentido do preceito em análise se atendermos às intervenções do deputado NARANA COISSORÓ nos debates do procedimento de revisão constitucional de 1982 quando opinou que “a consagração (...) da autonomia da Universidade resolve, de uma vez para sempre, o problema da conquista pela Universidade dos justos *direitos* de independência face ao poder político” e ainda ao afirmar que se “regozizava com o facto da Assembleia consagrar constitucionalmente esse *direito* porque já não haverá guerras de prestígio, guerras de governos, para ver quem dá mais ou menos autonomia, doravante ficará estabelecido que a Universidade fica liberta da tutela dos Ministros, da tutela do poder político, passando a ser ela a definir a sua missão e a sua independência”<sup>1159</sup>. Apesar de não ser o momento para avaliar do *quantum* da realização dos desideratos de NARANA COISSORÓ, as suas

---

<sup>1157</sup> O argumento da localização sistemática da autonomia universitária no artigo 27.º, n.º 10, da *Constitución española* é também um dos fundamentos invocados pelo *Tribunal Constitucional español* para a qualificação da figura como *direito fundamental* (*Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 26/1987, § II, 4) mas como, afirmamos no texto, este em nada releva para o efeito.

<sup>1158</sup> Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 175 e ss.

<sup>1159</sup> Cfr. *Diário da Assembleia da República* de 25 de Junho de 1982, p. 4450.

palavras são, pelo menos, elucidativas para dirimir a *quaestio probanda*: a intenção do legislador constituinte era inequivocamente a de reconhecer um direito fundamental às Universidades e não apenas a de assegurar a respectiva existência mesmo contra a vontade do legislador ordinário.

O (iv) elemento teleológico revela que o legislador constituinte reconheceu *um conjunto de poderes* às Universidades perante o poder político, poderes esses que o próprio texto constitucional reporta especificadamente aos domínios *estatutário, científico, pedagógico, administrativo e financeiro* e que consubstanciam posições de liberdade da Universidade, enquanto pessoa colectiva, perante o poder político. Seguramente, é este o efeito útil do artigo 76.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* na medida em que a garantia institucional de existência de Universidades resultaria sempre do disposto no artigo anterior que incumbe o Estado de “criar [e manter em funcionamento] uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população”<sup>1160</sup>. Considerando que o legislador constituinte não distingue os graus de ensino, também as Universidades, uma vez criadas e enquanto se revelarem necessárias para prestar a actividade lectiva, ou de transmissão cultural, legitimamente desejada pela população escolar tem assegurada a insusceptibilidade de serem extintas por simples decisão do legislador ordinário.

#### **2.2.3.3.2. Os sujeitos: a titularidade do direito**

A *autonomia universitária* é um direito reconhecido pela *Constituição da República Portuguesa*<sup>1161</sup> às Universidades, no entanto a sua titularidade é estendida, por força da lei ordinária, a todas as escolas do ensino superior, quer públicas, quer

---

<sup>1160</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1161</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 2.ª parte, da *CRP*.

privadas, quer universitárias, quer politécnicas<sup>1162</sup>, sem excepção. Por outro lado, o direito em apreço, que é reconhecido expressamente pela *Constituição da República Portuguesa* a todas as Universidades sem distinção<sup>1163</sup>, encontra o seu conteúdo delimitado em termos diferenciados por força da lei ordinária em razão da natureza, pública ou privada, da escola<sup>1164</sup>. O reconhecimento do direito a todas as escolas do ensino superior implica, deste modo, a abordagem de duas questões constitucionalmente relevantes, por um lado, (i) a reabertura do debate em torno da *vexata quaestio* da titularidade de direitos fundamentais por pessoas colectivas públicas e, por outro lado, a (ii) verificação da compatibilidade constitucional da decisão legislativa de diferenciar o conteúdo do direito em função da natureza dos seus titulares.

Assim, quanto à (i) susceptibilidade das pessoas colectivas públicas serem titulares de direitos fundamentais, à partida, se atendermos ao elemento literal de interpretação, o artigo 12.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa* não realiza a distinção entre pessoas colectivas públicas e privadas<sup>1165</sup> e, segundo rezam os cânones da boa hermenêutica jurídica, onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir<sup>1166</sup>. Contudo, se desejarmos “reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias

---

<sup>1162</sup> Cfr. artigo 3.º a 7.º do *RJIES*; cada escola de ensino superior, e não a comunidade universitária no seu conjunto, é *per se* titular do direito fundamental à autonomia universitária, neste sentido, IGNACIO TORRES MUÑOZ, *La autonomía universitaria*, p. 50 e ss, e MIGUEL J. AGUDO ZAMORA, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, p. 12/13. A possibilidade de reconhecimento do direito por via da lei ordinária a todas as escolas de ensino superior era sustentada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA mesmo em momento anterior à aprovação do *RJIES*, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação VIII ao artigo 76.º

<sup>1163</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 2.ª parte, da *CRP*, cujo enunciado compreende a expressão “as Universidades gozam”, itálico nosso.

<sup>1164</sup> Cfr. artigo 11.ºs, n.º 1, e 3, do *RJIES*.

<sup>1165</sup> Cfr., neste preciso sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 423; BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK extraem conclusão análoga da interpretação do artigo 19.º, n.º 3, da *Gundsgesetz, Direitos Fundamentais*, p. 49.

<sup>1166</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 2, do *CC*.



em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”<sup>1167</sup> necessitamos atender aos dados ancestrais do problema que remontam ao entendimento estrito do conceito de direito fundamental característico do Estado liberal de Direito como um espaço de liberdade, autonomia e participação, respectivamente, da pessoa humana e do cidadão esclarecido<sup>1168</sup>. O próprio fenómeno da personalidade colectiva, como estrutura jurídica de uma liberdade de associação nunca aceite pelas elites políticas do século XIX, arrepiava aos princípios modeladores do Estado liberal de Direito “por se entender (...) que reduzia a liberdade [individual] e por se recear, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente”<sup>1169</sup>. A vaga individualista da época não abrangeu somente a esfera privada na medida em que “as *corporações de mesteres* foram abolidas” na sequência da Revolução francesa e foi ainda expressamente “proibido o seu restabelecimento, bem como a criação de quaisquer associações por parte de “cidadãos do mesmo estado ou profissão [ou] operários e companheiros do mesmo officio”, com o fim de formular regulamentos sobre os seus pretensos interesses comuns”<sup>1170</sup>.

Considerando o ideário dominante à época, pessoa colectiva e direitos fundamentais eram, assim, havidos como dois conceitos sem ligação por *vasos comunicantes*. O reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas colectivas privadas começou por ser admitido em momento posterior por força de duas ordens de argumentos: “(α) os valores ou bens jurídicos inerentes a alguns direitos fundamentais não são predicados unicamente dos seres humanos”<sup>1171</sup> e (β) “a visão mais realista da pessoa jurídica em qualquer das suas variantes (...) não é aquela que a concebe como

---

<sup>1167</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 1, do CC.

<sup>1168</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.1.

<sup>1169</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 97.

<sup>1170</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 11.

<sup>1171</sup> Cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 141.

uma realidade com um espírito próprio distinto do espírito dos seus membros mas aquela que se limita a considerá-la como uma entidade instrumental que os seres humanos usam para lograr determinados fins”<sup>1172</sup>. No entanto, muito por força da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais continuou a ser negado a pessoas colectivas públicas por estas serem qualificadas “apenas [como] formas de manifestação especial do poder unitário do Estado e não poderiam ser simultaneamente obrigadas e legitimadas”, portanto o direito extinguir-se-ia por “confusão”<sup>1173</sup>. Algumas vozes doutrinárias autorizadas mantêm fidelidade à teoria clássica sustentando ser necessário “não esquecer que os direitos fundamentais constituem, antes de qualquer outra coisa, barreiras intransponíveis pela actividade dos poderes públicos e, em consequência, não deixaria de representar uma desvirtuação do seu significado – quando não, um abuso – afirmar que também os poderes públicos podem invocar as garantias em apreço nas suas relações com os privados ou, inclusivamente, entre eles mesmos [porque] na lógica profunda dos direitos fundamentais está a convicção segundo a qual entre governantes e governados existe, por definição, uma situação de desequilíbrio a favor dos primeiros, pelo que os segundos haverão de ser compensados com garantias especiais”<sup>1174</sup>.

Ora, sustentar uma posição com este teor significa antes de tudo o resto olvidar que a soberania não é mais “o poder absoluto e perpétuo de uma república”, como JEAN BODIN a definiu numa conjuntura de centralização das instituições políticas do

---

<sup>1172</sup> Cfr. LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *idem*, p. 142, e *supra* 2.1.2.

<sup>1173</sup> A síntese da jurisprudência alemã é realizada por BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, p. 47/48; quanto ao conceito de *confusão*, segundo J. ANTUNES VARELA, “ocorre quando, pelo facto de se reunirem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor da mesma relação creditória, a obrigação extingue-se”, *Das Obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 249.

<sup>1174</sup> Cfr. LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 143.

*ancien régime*<sup>1175</sup>. Abordamos em momento anterior os principais fenómenos de interacção entre o *Estado* e novas formas de organização, quer das comunidades humanas, quer do poder político, nas sociedades contemporâneas<sup>1176</sup> e neste contexto a Administração pública, como escrevemos noutra local, não corresponde mais ao “modelo unitário (...) que constituía a *longa manus* executiva do Estado liberal, cuja área de actuação se circunscrevia por definição a um conjunto exíguo de atribuições”<sup>1177</sup>. As próprias pessoas colectivas que enquadram juridicamente comunidades *infra* estaduais não podem mais ser consideradas meras estruturas jurídicas instrumentais para a prossecução de fins do Estado<sup>1178</sup>. Em suma, a humanidade vive o *day after do Leviathan*<sup>1179</sup> e, desse modo, a concepção da identidade entre Estado e pessoas colectivas públicas não corresponde à realidade actual da organização do poder político. Consequentemente, não arrepia aos princípios modeladores de um Estado politicamente e administrativamente pluralizado que as comunidades *infra* estaduais sejam titulares de direitos fundamentais desde que observados os mesmos critérios de reconhecimento que são exigidos às pessoas colectivas privadas para o efeito, isto é, as faculdades que lhe são conferidas pelo direito fundamental em concreto serem compatíveis com a sua natureza e estarem compreendidas nos seus fins<sup>1180</sup>.

---

<sup>1175</sup> Cfr. JEAN BODIN, *Los seis libros de la República*, p. 47.

<sup>1176</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>1177</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Administração independente*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, p. 17, e ainda *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 409, e autores aí citados.

<sup>1178</sup> Cfr. artigos 6.º, n.º 1, 225.º, n.º 1, 235.º, n.º 2, e 267.º, n.º 4, da *CRP*, e, no plano doutrinário, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 429.

<sup>1179</sup> A expressão pretende corresponder ao antónimo do título da monografia de ANTÓNIO HESPANHA, *As vésperas do Leviathan*.

<sup>1180</sup> Cfr. *supra*; aceitam expressamente a susceptibilidade das pessoas colectivas públicas serem titulares de direitos fundamentais, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 422 e ss., cfr. ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação III ao artigo 12.º, e BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, p. 49/50.

Quanto ao (ii) conteúdo diferenciado da autonomia universitária em função da natureza pública ou privada da escola, o artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *Constituição da República Portuguesa* estabelece que “as Universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira”<sup>1181</sup>. Se a previsão do enunciado constitucional compreende as Universidades sem realizar qualquer distinção, a lei ordinária reconhece a autonomia universitária perante o Estado com conteúdo mais extenso que a própria *Constituição* a todas as escolas do ensino superior, portanto universitárias e politécnicas, conferindo-lhes “autonomia estatutária, cultural, científica, pedagógica, administrativa, financeira e disciplinar”<sup>1182</sup>, mas, ao invés, circunscreve a autonomia das escolas do ensino superior privado aos aspectos cultural, científico e pedagógico<sup>1183</sup>. As implicações constitucionais da dualidade de regimes jurídicos mencionada serão abordadas, por motivos estratégicos, em sede de análise do conteúdo do direito<sup>1184</sup>.

#### **2.2.3.3.3. O objecto do direito**

A autonomia universitária incide sobre as actividades que as escolas do ensino superior estão incumbidas de “cumprir ao serviço da sociedade”<sup>1185</sup>, isto é, a investigação e o ensino, ou, se preferirmos, a criação, a transmissão e a assimilação da cultura em sentido humanista<sup>1186</sup>. Com efeito, se compulsarmos o ordenamento jurídico português na esfera do ensino, verificamos que o legislador constituinte estabeleceu como missão ou objectivo do ensino superior “a elevação do nível educativo, cultural e

---

<sup>1181</sup> Itálico no texto nosso

<sup>1182</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1183</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>1184</sup> Cfr. *infra*, 2.2.3.3.4.

<sup>1185</sup> A expressão é de JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 216.

<sup>1186</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

científico do país”<sup>1187</sup>, missão que o legislador ordinário reiterou ao incumbir as escolas de ensino superior de prosseguir o desiderato “[d]a qualificação de alto nível dos portugueses, a produção e difusão do conhecimento, bem como a formação cultural, artística, tecnológica e científica”<sup>1188</sup> e é neste contexto que as escolas que ministram cursos e ciclos de estudo de ensino superior estão legitimadas a exercer as faculdades que o direito fundamental à autonomia universitária lhes confere.

#### **2.2.3.3.4. O conteúdo do direito**

O *conteúdo essencial* do direito à autonomia universitária decorre do enunciado do artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *Constituição da República Portuguesa* que estabelece o seguinte: “as Universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira”. O reconhecimento do direito nestes termos configura a delimitação do seu conteúdo essencial<sup>1189</sup> que, deste modo, compreende faculdades de cinco ordens: *estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira*. A remissão feita no enunciado constitucional para a lei significa apenas que o legislador ordinário poderá definir o âmbito de protecção específico de cada uma das faculdades reconhecidas pelo texto constitucional sem possibilidade de as alterar, ou pelo menos de suprimir alguma delas. Assim, a análise exegética do *Regime Jurídico das Instituições do Ensino Superior* permite ao intérprete verificar que o legislador configurou a (i) *autonomia estatutária* como a faculdade dos órgãos da escola aprovarem os estatutos, isto é, normas que configuram a organização

---

<sup>1187</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, *in fine*, da *CRP*.

<sup>1188</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, do *RJES*; a parte final do enunciado afigura-se nos redundante na medida em que a formação cultural, artística, tecnológica e científica consistem num modo de *difusão do conhecimento*, cfr. a posição que sustentamos anteriormente sobre o objecto do conhecimento, *supra* 2.2.2.

<sup>1189</sup> No mesmo sentido, MIGUEL J. AGUDO ZAMORA sustenta que como consequência da natureza de direito fundamental, existe um conteúdo essencial da autonomia universitária, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, p 12.

interna da escola, nomeadamente o *sistema de governo*, o *quantum* e o *quod* das unidades orgânicas e os cursos e respectivos ciclos de estudos a leccionar, e demais normas internas, de natureza regulamentar, necessárias ao regular funcionamento da mesma<sup>1190</sup>. A (ii) *autonomia científica*, por seu turno, confere às escolas de ensino superior a capacidade de definir, programar e executar a investigação e as demais actividades científicas<sup>1191</sup>. Quanto à (iii) *autonomia pedagógica*, confere às escolas de ensino superior “a capacidade para elaborar os planos de estudos, definir o objecto das unidades curriculares, definir os métodos de ensino, afectar os recursos, e escolher os processos de avaliação de conhecimentos, gozando os professores e estudantes de liberdade intelectual nos processos de ensino e de aprendizagem”<sup>1192</sup>. Uma eventual tentativa de intromissão dos órgãos de soberania, ou de outras entidades públicas ou privadas, nos domínios *científico* e *pedagógico* da actividade escolar confere aos respectivos órgãos dirigentes a possibilidade de invocarem o *direito de resistência* na modalidade de *desobediência legítima*<sup>1193</sup>, não cumprindo eventuais ordens ou instruções emitidas nesses âmbitos<sup>1194</sup>.

---

<sup>1190</sup> Cfr. artigos 68.º, n.º 3, no que concerne às escolas de ensino superior públicas, e 30.º, n.º 1, b), do *RJIES*, relativamente às escolas de ensino superior privadas; no plano doutrinário, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 76.º, FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 123 e ss., IGNACIO TORRES MURO, *La autonomía universitaria*, p. 67 e ss., MIGUEL J. AGUDO ZAMORA, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, p. 15, JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 219, e J. PACHECO DE AMORIM, *A autonomia das Universidades públicas no Direito português*, p. 75.

<sup>1191</sup> Cfr. artigo 73.º do *RJIES* e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ibidem*, FRANCISCO SOSA WAGNER, *idem*, p. 116 e ss., IGNACIO TORRES MURO, *idem*, p. 107 e ss., e JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *idem*, p. 220.

<sup>1192</sup> Cfr. artigo 74.º do *RJIES*, e, no plano doutrinário, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ibidem*, FRANCISCO SOSA WAGNER, *ibidem*, IGNACIO TORRES MURO, *idem*, p. 109 e ss., MIGUEL J. AGUDO ZAMORA, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, p. 23 e ss, e JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *ibidem*.

<sup>1193</sup> Cfr. artigo 21.º, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1194</sup> Sobre a natureza dualista do *direito de resistência* que compreende as faculdades de *desobediência legítima* e de *legítima defesa*, cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotações I e II ao artigo 21.º, enquanto M.ª MARGARIDA CORDEIRO MESQUITA distingue dois elementos no direito em apreço: “o elemento *defensivo*, isto é, a resistência dirige-se contra a norma inconstitucional ou contra a ordem ilegal, e o elemento *conservador*, ou seja, a

Por último, a legislação reguladora do sistema educativo não consagra regras específicas sobre a autonomia administrativa, nem sobre a autonomia financeira, das escolas de ensino superior, ambas constitucionalmente reconhecidas como integrantes do *conteúdo essencial do direito*<sup>1195</sup>, pelo que, no que concerne às escolas públicas, será aplicável o regime jurídico regulador das demais pessoas colectivas públicas de natureza administrativa<sup>1196</sup>. Neste contexto, a (iv) *autonomia administrativa* consiste na competência dos órgãos da escola, habilitados nos termos do respectivo estatuto, para autorizar a realização de despesas e o seu pagamento e para praticar, no mesmo âmbito, actos administrativos definitivos e executórios<sup>1197</sup>. Por seu turno, a (v) *autonomia administrativa e financeira*, que a *Constituição da República Portuguesa reconhece* às Universidades, é um regime excepcional que só pode ser outorgado aos serviços e entidades administrativas cujas receitas próprias atinjam um mínimo de dois terços das despesas totais<sup>1198</sup>, portanto é uma situação de “gestão de receitas próprias, pelo que a margem de manobra dos responsáveis é claramente maior do que a existente nos organismos dotados de mera autonomia administrativa”<sup>1199</sup>.

---

ideia de que o seu exercício visa o restabelecimento da ordem jurídica violada”, *Resistência (direito de)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 1998, p. 426.

<sup>1195</sup> Neste preciso sentido, embora por referência ao ordenamento jurídico espanhol, MIGUEL J. AGUDO ZAMORA, *idem*, p. 28.

<sup>1196</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 2, 2.ª parte, do *RJIES*.

<sup>1197</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, da *Lei de bases da contabilidade pública (LBCP)*, aprovada pela Lei n.º 8/90, de 20 de Fevereiro. Segundo GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, “a *autonomia administrativa* não corresponde a orçamento próprio ou privativo. Esta autonomia define-se no tocante aos créditos ou dotações de despesa. Os serviços e organismos dispõem de créditos inscritos no Orçamento do Estado e os seus dirigentes têm poderes para, com carácter definitivo e executório, praticarem actos necessários à autorização de despesas e seu pagamento, no âmbito da gestão corrente. Aqui fala-se de actos definitivos e executórios em matéria financeira, os quais concretizam actos de natureza administrativa que têm de ser praticados por quem tenha competência”, *Finanças Públicas*, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008/2009, policopiado, cap. 4, p. 4.

<sup>1198</sup> Cfr. artigo 6.º, n.º 1, da *LBCP*.

<sup>1199</sup> A expressão é de GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas*, cap. 4, p. 5, cfr. ainda IGNACIO TORRES MURO, *La autonomia universitária*, p. 92 e ss.; em sede de gestão corrente, a diferença específica da *autonomia administra e financeira* relativamente ao conceito anterior de (mera) *autonomia administrativa* reside nos limites até aos quais o dirigente administrativo é competente para autorizar a realização de despesas com locação e aquisição de bens e serviços (cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho). Sobre o conceito de *autonomia administrativa e financeira*, cfr. ainda

Além das faculdades componentes da *autonomia universitária* reconhecidas no texto constitucional, a lei reconhece às escolas do ensino superior, a título *extra-documental*<sup>1200</sup>, as autonomias *de governo*<sup>1201</sup>, também denominada por *autonomia política*<sup>1202</sup> ou *de organização*<sup>1203</sup>, *cultural, patrimonial e disciplinar*.

A (vi) *autonomia de governo, política* ou *de organização* da Universidade consiste, segundo a expressão do legislador, na susceptibilidade das escolas de ensino superior públicas “disporem de órgãos de governo próprio, nos termos da lei e dos estatutos”<sup>1204</sup>. Apesar do enunciado normativo e do acervo doutrinário, as expressões *autonomia de governo* e *autonomia política* não merecem o nosso sufrágio porque sugerem o exercício da função política ou governativa do Estado pelos órgãos dirigentes das escolas de ensino superior quando as competências de que estes órgãos são titulares não se enquadram na função política mas na função administrativa<sup>1205</sup>, pelo que

---

JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Gestão administrativa, financeira e patrimonial das autoridades administrativas independentes – Sumário do módulo “Gestão administrativa, financeira e patrimonial das autoridades administrativas independentes” leccionado no âmbito do Programa Avançado em Direito e Economia da Regulação Sectorial na Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa, no ano lectivo 2006/2007*, policopiado, p. 15 e ss.

<sup>1200</sup> Cfr. *supra*, II, 2.3.1.

<sup>1201</sup> A expressão *auto-governo* merece a preferência de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 76.º, e de IGNACIO TORRES MUÑOZ, *La autonomía universitaria*, p. 73 e ss.

<sup>1202</sup> A expressão *autonomia política* é empregue por MIGUEL J. AGUDO ZAMORA, *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, p. 21.

<sup>1203</sup> A expressão *autonomia de organização* merece o sufrágio de JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 120.

<sup>1204</sup> Cfr. artigo 76.º do RJIES.

<sup>1205</sup> A presente dissertação não tem por objecto a realização de uma investigação sobre a caracterização das funções de Estado; sobre esta questão, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Do problema dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, p. 25 e ss., e ainda, selectivamente, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 9 e ss., MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 148 e ss., e *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 7 e ss., ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, p. 12 e ss., MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I*, p. 235 e ss., *Lições de Direito Administrativo I*, p. 11 e ss. e *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, edição de autor, 1988, p. 285 e ss., J. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, Editora Danúbio, 1982, p. 17 e ss., e *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 179 e ss., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 7 e ss., e *Funções do Estado*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa 1991, p. 416 e ss., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 551 e ss., e *A lei do orçamento na teoria da lei*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1979, p. 543 e ss., NUNO PIÇARRA, *A separação de*



manifestamos a nossa preferência pela expressão *auto-administração*<sup>1206</sup>. Ainda neste contexto, sem embargo da ausência de previsão constitucional expressa, a doutrina pronuncia-se maioritariamente pela essencialidade desta faculdade de *auto-administração* atendendo à circunstância de “um dos poderes clássicos de uma entidade autónoma [ser] o de se auto-governar, no sentido de eleger livremente os seus órgãos de direcção e representação, e de exigir o cumprimento das decisões por estes proferidas em matéria da sua competência”<sup>1207</sup> ou ainda que esta componente da autonomia funciona como garantia das demais que, de outro modo, ficariam sem efeito útil<sup>1208</sup>.

A (vii) *autonomia cultural* é definida pelo legislador como “a capacidade para [as escolas do ensino superior] definirem o seu programa de formação e de iniciativas culturais”<sup>1209</sup>. A título de elemento histórico de interpretação do preceito em apreço, podemos recordar que a inserção do adjectivo *cultural* no enunciado do artigo 76.º, n.º 2, da *Constituição da República Portuguesa*, foi defendida pelo deputado JORGE MIRANDA nos debates referentes ao procedimento de revisão constitucional de 1982. JORGE MIRANDA limitou-se então a alegar que “se pretendemos dar uma definição completa de autonomia universitária, deveríamos referir também a autonomia cultural”<sup>1210</sup>, contudo a *proposta de alteração* apresentada em comissão foi rejeitada por ser considerada “um excesso de adjectivação” na medida em que “autonomia científica

---

*poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos*, in JORGE MIRANDA e MARCELO R. SOUSA, *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, p. 143 e ss., e *A reserva de administração*, in *O Direito*, ano 122.º, 1990, vol. II, p. 325 e ss., e vol. III-IV, p. 571 e ss., J. REIS NOVAIS, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República – Simultaneamente um comentário ao acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Lex, 1997, p. 33 e ss., e P. CASTRO RANGEL, *Reserva de jurisdição - Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Editora, 1997, p. 11 e ss.

<sup>1206</sup> Cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, p. 429, e autores aí citados.

<sup>1207</sup> Cfr. IGNACIO TORRES MURO, *La autonomía universitaria*, p. 73; no mesmo sentido, JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 220.

<sup>1208</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação V ao artigo 76.º

<sup>1209</sup> Cfr. artigo 72.º do *RJIES*.

<sup>1210</sup> Cfr. *Diário da Assembleia da República* de 29 de Abril de 1982, p. 11.

e pedagógica já abrangeria tudo”<sup>1211</sup>. Se pretendermos concretizar a substância da faculdade que o legislador ordinário denomina por autonomia cultural e define como “a capacidade para definir o programa de formação e de iniciativas culturais”<sup>1212</sup>, recordando que a *cultura em sentido humanista* se reporta ao conjunto das actividades humanas no campo do conhecimento, nomeadamente da arte e da ciência<sup>1213</sup>, podemos extrair duas conclusões.

À partida, numa delimitação negativa da faculdade em apreço, “definir o programa de formação” não pode ser entendido como “o direito a estabelecer um ideário educativo próprio da escola” em termos análogos àquele que é reconhecido pelo ordenamento jurídico espanhol às escolas privadas<sup>1214</sup> porque a denominada autonomia cultural é uma faculdade reconhecida, pelo ordenamento jurídico português, em termos análogos<sup>1215</sup>, quer às escolas públicas<sup>1216</sup>, quer às escolas privadas<sup>1217</sup>, e, caso adoptássemos este entendimento, estaríamos, no que concerne às escolas públicas, a contrariar o *princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural*<sup>1218</sup>. Por outro lado, numa tentativa de delimitação positiva da mesma faculdade, “a capacidade de definir o programa de formação” incorpora as faculdades de “definir e programar a investigação científica” (autonomia científica)<sup>1219</sup> e de “elaborar os planos de estudos, definir o objecto das unidades curriculares, definir os métodos de ensino e escolher os processos de avaliação de conhecimentos” (autonomia pedagógica)<sup>1220</sup>, pelo que a denominada

---

<sup>1211</sup> Ambas as expressões são do deputado FRANCISCO SOUSA TAVARES, proferidas em contestação à proposta de JORGE MIRANDA, cfr. *ibidem*.

<sup>1212</sup> Cfr., novamente, artigo 72.º do *RJIES*.

<sup>1213</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

<sup>1214</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.2.3.

<sup>1215</sup> Cfr., ainda, artigo 72.º do *RJIES*.

<sup>1216</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1217</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>1218</sup> Cfr. artigo 43.º, n.ºs 2 e 3, da *CRP*, e *supra*, 2.2.3.2.3.

<sup>1219</sup> Cfr. artigo 73.º do *RJIES*.

<sup>1220</sup> Cfr. artigo 74.º do *RJIES*.

*autonomia cultural* reveste carácter pleonástico na medida em que nenhuma faculdade vem acrescentar às componentes científica e pedagógica da *autonomia universitária*<sup>1221</sup>.

A (viii) *autonomia patrimonial*, por seu turno, consiste na susceptibilidade de ser titular de património próprio e de o afectar à respectiva actividade, faculdade que conjuntamente com a susceptibilidade de gerar receitas próprias vem reforçar a componente financeira da autonomia universitária das escolas públicas<sup>1222</sup>.

A (ix) *autonomia disciplinar*, por último, “confere às escolas de ensino superior a faculdade de punir, nos termos da lei e dos respectivos estatutos, as infracções disciplinares praticadas por docentes, investigadores e demais funcionários e agentes, bem como pelos estudantes”<sup>1223</sup>. O exercício do poder disciplinar sobre docentes, investigadores e demais trabalhadores das escolas é regulado pelo *Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas*<sup>1224</sup>. Por seu turno, no que concerne ao exercício do poder disciplinar sobre os estudantes do ensino superior, as infracções disciplinares podem estar tipificadas no próprio diploma que aprova o *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior*, na restante legislação (sectorial) aplicável aos alunos do ensino superior, nos estatutos ou nos regulamentos das respectivas escolas<sup>1225</sup>, enquanto as sanções aplicáveis, isto é, advertência, multa suspensão temporária das actividades escolares, suspensão da avaliação escolar durante um ano e interdição de

---

<sup>1221</sup> Cfr., ainda, artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1222</sup> Sobre a questão da autonomia patrimonial das entidades públicas, cfr. GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas*, cap. 4, p. 5, e JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Gestão administrativa, financeira e patrimonial das autoridades administrativas independentes*, p. 22.

<sup>1223</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1224</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 1, do *Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas*, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro; as remissões constantes do artigo 75.º, n.ºs 2 e 3, do *RJIES* para o *Estatuto disciplinar dos funcionários e agentes da Administração central, regional e local*, assim como para o *Código do Trabalho* ou para o diploma que aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública devem considerar-se feitas para o *Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas*, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, deste diploma.

<sup>1225</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 4, do *RJIES*.

frequência da instituição até cinco anos<sup>1226</sup>, estão tipificadas unicamente no *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior*<sup>1227</sup>.

Analisada a *autonomia universitária* das escolas públicas, importa ainda analisar a configuração com que o direito em apreço foi concebido pelo legislador ordinário sempre que o seu *titular* é uma escola de ensino superior privado. Assim, nos termos da lei, as escolas em apreço gozam de *autonomia* perante o Estado e perante a respectiva entidade instituidora, no entanto, nestes casos a mesma *autonomia* está circunscrita às faculdades *cultural, científica e pedagógica*<sup>1228</sup>. Ora, esta regra, constante do *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior*, suscita duas ordens de questões constitucionalmente relevantes: a primeira, atendendo à circunstância destas escolas não serem dotadas de personalidade jurídica<sup>1229</sup>, reporta-se à (i) admissibilidade de direitos sem sujeito, enquanto a segunda consiste na aferição da observância do regime jurídico aplicável à (ii) restrição do conteúdo constitucionalmente configurado do direito fundamental à *autonomia universitária*.

Quanto à primeira questão, se consideramos acertada a decisão legislativa de reconhecer a autonomia universitária à *escola* e não à *entidade instituidora* na medida em que aquela configura um direito garantístico dos direitos de liberdade de criação, transmissão e assimilação culturais, e portanto a única solução lógica é reconhecer a titularidade do direito às pessoas do mundo da arte e da ciência<sup>1230</sup>, cremos que ao configurar a escola de ensino superior privado como um *abstracto* não

---

<sup>1226</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 5, do *RJIES*.

<sup>1227</sup> Sobre o conteúdo da *autonomia universitária* no ordenamento jurídico italiano, sem no entanto esclarecer a natureza jurídica da figura, cfr. SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 157 e ss.

<sup>1228</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 3, do *RJIES*.

<sup>1229</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 3, 2.ª parte, do *RJIES*.

<sup>1230</sup> No mesmo sentido, J. PACHECO DE AMORIM, embora qualifique a *autonomia universitária* como uma garantia institucional, *A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, p. 115.

personalizado<sup>1231</sup>, o legislador incorreu na *aberratio juris* de reconhecer um direito sem sujeito. Com efeito, segundo ensina JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, a figura dos direitos sem sujeito “é uma figura paradoxal e até aparentemente contraditória com os princípios [da Ordem Jurídica]”<sup>1232</sup>. O autor fundamenta a sua posição em termos sintéticos mas concisos: “se o fim do Direito é a pessoa, como se compreende que haja direitos (...) que não caibam a ninguém?”<sup>1233</sup>. Sucede que o texto constitucional reconhece um direito fundamental a todas as Universidades mas a lei ordinária, ao não reconhecer personalidade jurídica às Universidades privadas, coloca um direito subjectivo com a dignidade máxima reconhecida pelo ordenamento jurídico, isto é, a dignidade de direito fundamental, como tal reconhecido na Constituição em sentido formal, a *flutuar na atmosfera* das relações jurídicas entre Estado, entidade instituidora da escola de ensino superior, professores, investigadores e estudantes sem o outorgar a um titular específico<sup>1234</sup>.

Se a construção jurídica do legislador ordinário privilegia a arte e a ciência no contexto da “dualidade institucional”<sup>1235</sup> característica das Universidades privadas, como não podia deixar de o fazer em nome do princípio constitucional da autonomia da cultura<sup>1236</sup>, o *erro do legislador* foi, neste caso, apenas o de não reconhecer

---

<sup>1231</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 3, do *RJIES*.

<sup>1232</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, 1984/85, policopiado, p. 85.

<sup>1233</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>1234</sup> A decisão legislativa afigura-se tanto mais de má técnica legislativa na medida em que, como adverte JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, mesmo “os que afirmam a existência da categoria esclarecem todavia que não pode haver direitos definitivamente avulsos de um sujeito qualquer. O que acontece é que se podem verificar situações transitórias em que um direito não esteja de momento atribuído a ninguém” (*ibidem*) e na previsão do artigo 11.º, n.º 3, do *RJIES*, o direito é reconhecido em termos permanentes a um abstracto não personificado (cfr. novamente artigo 9.º, n.º 3, do *RJIES*).

<sup>1235</sup> A expressão é de J. PACHECO DE AMORIM, *A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, p. 115.

<sup>1236</sup> O princípio consagrado no artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*, é passível de aplicação nas relações entre privados que exerçam uma posição de domínio, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da mesma *CRP*, desde que a entidade instituidora não haja outorgado um projecto educativo ideologicamente conformado, ou ideário próprio, à escola (cfr. *supra*, 2.2.3.2.3.).

personalidade jurídica às escolas de ensino superior privado<sup>1237</sup>. A posição sustentada não é meramente ilusória ou especulativa uma vez que é pacificamente aceite pela doutrina que um dos pressupostos essenciais para outorgar um regime de autonomia a uma comunidade humana é o reconhecimento da sua personalidade jurídica<sup>1238</sup>, solução que, por motivo de coerência do sistema, o legislador deverá adoptar em tempo útil.

Quanto à segunda das questões suscitada *ab initio*, a circunscrição do direito à *autonomia universitária* às suas componentes *cultural, científica e pedagógica*<sup>1239</sup> quando o respectivo titular é uma escola de ensino superior privada, consubstancia uma restrição de um direito fundamental ao arrepio de vários dos pressupostos, requisitos e critérios impostos ao legislador ordinário nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa*. À partida, (i) não se verifica o pressuposto da autorização constitucional expressa<sup>1240</sup>, nem sequer identificamos a existência de outra regra ou princípio constitucional dos quais se possa inferir uma autorização implícita<sup>1241</sup> para restringir o conteúdo essencial do direito fundamental à autonomia universitária, constitucionalmente configurado<sup>1242</sup>. Com efeito, os argumentos invocados *de jure constituendo* por AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS anteriormente à aprovação do

---

<sup>1237</sup> Com efeito, afigura-se-nos insustentável *de jure condicto* a argumentação de J. PACHECO DE AMORIM para quem “as Universidades ditas privadas são pessoas morais de tipo fundacional ou institucional” (*A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, p. 116), na medida em que o autor alega expressamente contra o disposto em lei, sem embargo do reconhecimento da personalidade jurídica nos parecer a solução mais acertada *de jure constituendo*.

<sup>1238</sup> No que concerne especificamente à Universidade, cfr. IGNACIO TORRES MUÑOZ, *La autonomía universitaria*, p. 66, e autores aí citados e, em termos gerais, JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 284; embora a preleção de PARADA VÁZQUEZ tenha por objecto as entidades administrativas, a proposição afigura-se-nos válida neste caso porque a *autonomia universitária* das escolas de ensino superior privado é oponível também ao Estado e, se aplicável a substractos personalizados por acto do poder político, por argumento extraído *a fortiori*, será aplicável a substractos personalizados por acto de direito privado mas que exercem uma actividade administrativa destinada à realização dos fins do Estado (cfr. *supra*, 2.2.3.3.1.) que só poderá iniciar-se após o reconhecimento do respectivo interesse público pelo Governo (cfr. artigo 33.º, n.º 1, a) do *RJIES*; neste último sentido, J. PACHECO DE AMORIM, *ibidem*.

<sup>1239</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 3, do *RJIES*.

<sup>1240</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1241</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.

<sup>1242</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

*Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior* e que lograram acolhimento neste diploma<sup>1243</sup> não colhem arrimo constitucional. O autor sustenta que “as Universidades privadas são tituladas por entidades (*entidades instituidoras*) não públicas que têm a iniciativa da sua criação, segundo um projecto educativo que não pode deixar de ser por elas definido estatutariamente, com todas as condicionantes de organização e funcionamento, sob pena de pôr em causa a correspondente liberdade de iniciativa”<sup>1244</sup>.

O arrazoado de AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS não pode em coerência merecer o nosso sufrágio na medida em que, embora o autor (ii) identifique a *liberdade de iniciativa*, ao que cremos de *criação de escolas privadas e cooperativas*<sup>1245</sup>, como direito constitucionalmente protegido que carece ser salvaguardado mediante uma intervenção restritiva do legislador ao conteúdo da *autonomia universitária*<sup>1246</sup>, a restrição deste último direito fundamental não se afigura uma (iii) medida idónea<sup>1247</sup> à salvaguarda do primeiro, pelos seguintes motivos. As Universidades estão constitucionalmente incumbidas de contribuir para “a elevação do nível educativo, cultural e científico do país”<sup>1248</sup>, se recordarmos que os únicos requisitos intrínsecos legalmente exigidos a uma pessoa colectiva para criar uma escola de ensino superior particular ou cooperativa são a *idoneidade institucional* e a *sustentabilidade financeira* da própria entidade instituidora da escola<sup>1249</sup>, sendo o primeiro um conceito jurídico indeterminado sobre o qual não existe densificação legal ou *praxe* administrativa que o recorte<sup>1250</sup>, enquanto o segundo é um conceito que se reporta ao sub-sistema económico

---

<sup>1243</sup> Cfr. novamente artigo 11.º, n.º 3, do *RJIES*.

<sup>1244</sup> Cfr. AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e Educação*, p. 165.

<sup>1245</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 4, da *CRP*.

<sup>1246</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 2, *in fine*, da *CRP*.

<sup>1247</sup> Sobre restrições aos direitos fundamentais, cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.

<sup>1248</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, *in fine*, da *CRP*.

<sup>1249</sup> Cfr. artigo 32.º, n.º 4, do *RJIES*.

<sup>1250</sup> Cfr. a densificação do conceito que propusemos anteriormente, com fundamento na interpretação conjugada das normas reguladoras do sistema educativo: (i) *idoneidade civil*, aferida em função do registo

e não ao sub-sistema cultural<sup>1251</sup>, verificamos que o ordenamento jurídico não é suficientemente exigente com a *essência cultural* da denominada *entidade instituidora* para lhe confiar o exercício de poderes jurídicos nesta esfera. O paradoxo da construção de AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS atinge o seu auge quando o autor não somente aceita mas sugere a legitimidade de um conjunto de pessoas que não são necessariamente titulares de grau académico que confira habilitação para o professorado, nem sequer de *auctoritas doctoral*, para definir estatutariamente um projecto educativo<sup>1252</sup>. Além de ser titular da faculdade conformadora das demais componentes da autonomia universitária, a autonomia estatutária<sup>1253</sup>, a *entidade instituidora*, no exercício das faculdades administrativa e financeira da mesma autonomia universitária que a lei lhe confere, nomeadamente de “aprovar os planos de actividades e os orçamentos elaborados pelos órgãos do estabelecimento de ensino”<sup>1254</sup> e de “contratar os docentes e investigadores, sob proposta do reitor, presidente ou director do estabelecimento de ensino, ouvido o respectivo conselho científico ou técnico-científico”<sup>1255</sup>, dispõe dos poderes necessários e suficientes para condicionar a autonomia cultural, científica e pedagógica das escolas instituídas, mesmo perante a

---

criminal dos membros do órgão de administração da entidade instituidora, e (ii) *idoneidade pedagógica* aferida pela titularidade de grau académico bastante para reger cursos de categoria não inferior ao curso e ciclo de estudos de nível mais elevado a ministrar na escola instituída, pela maioria do número estatutário dos membros do órgão de administração (*supra*, 2.2.3.2.1.); interpretação que no entanto mais não é que uma mera interpretação doutrinária.

<sup>1251</sup> Cfr. *supra*, II, 1.4.

<sup>1252</sup> Com efeito, a liberdade de ensino “não se identifica com a propriedade de estabelecimentos de ensino, com o mero direito de fundação ou instituição de escolas, com o direito de exercer uma actividade profissional ou o ensino mercantil”, consistindo estes meros “instrumentos para uma efectiva liberdade de ensino” (A. SOUSA FRANCO, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, p. 79) e, neste contexto, não é legítimo extrapolar a função de um mecanismo instrumental da liberdade de ensino, convertendo-o no *catalisador* por excelência de um projecto educativo.

<sup>1253</sup> Cfr. artigo 30.º, n.º 1, b), do *RJIES*.

<sup>1254</sup> Cfr. *idem*, f).

<sup>1255</sup> Cfr. *idem*, i).



consagração legislativa destas compontes da autonomia universitária como limites à actividade da entidade instituidora<sup>1256</sup>.

Por outro lado, (iv) a norma que restringe a *autonomia universitária* das escolas de ensino superior privado às suas componentes *cultural, científica e pedagógica*<sup>1257</sup> não reveste, nem carácter geral, nem abstracto, na medida em que estabelece uma discriminação não justificada em sede de conteúdo essencial do direito entre entidades públicas e entidades privadas<sup>1258</sup>. Com efeito, reputamos a discriminação em apreço como injustificada porque as escolas de ensino superior privado, à semelhança das escolas do ensino superior público, exercem uma actividade de interesse público<sup>1259</sup>, destinada à prossecução de uma *tarefa fundamental* do Estado Português<sup>1260</sup> e atestada pela necessidade do respectivo reconhecimento como pressuposto para funcionamento, reconhecimento que as integra no *sistema de ensino superior*<sup>1261</sup>.

Por último, (v) a mesma norma<sup>1262</sup> diminui a extensão do conteúdo essencial da autonomia universitária na medida em que reduz a duas, científica e pedagógica, as cinco faculdades que incorporam o conteúdo essencial do direito à autonomia

---

<sup>1256</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>1257</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 3, do *RJIES*.

<sup>1258</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 3, 1.ª parte da *CRP*.

<sup>1259</sup> Neste sentido, ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA afirma que o ensino em si mesmo consubstancia sempre uma actividade de interesse público, independentemente de ser ministrado pela Administração educativa ou por uma entidade privada, *Educación en libertad y concierto escolar*, p. 116/117.

<sup>1260</sup> Cfr. artigo 9.º, f), da *CRP*; em sentido análogo, embora em análise ao ordenamento jurídico espanhol, LORENZO COTINO HUESO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, p. 59/60.

<sup>1261</sup> Cfr. artigo 33.º, n.º 2, da *CRP*. Sobre este assunto, J. PACHECO DE AMORIM sustenta que apesar de criadas por entidades privadas, as Universidades em apreço, “possivelmente até têm uma natureza pública, desde logo se entendermos que elas só nascem como tais para o mundo jurídico com o respectivo “reconhecimento” por decreto-lei”, *A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, p. 116; apesar de não acompanharmos PACHECO DE AMORIM no que concerne à natureza das Universidades por força da delimitação dos sectores de propriedade consagrada no artigo 82.º da *CRP* e, desse modo, considerarmos que as escolas de ensino superior instituídas por entidades privadas ou cooperativas integram sempre, respectivamente, o sector privado ou o sector cooperativo, consoante a natureza da entidade instituidora, não podemos negar que a actividade que exercem, investigação e ensino, é reconhecida como actividade de interesse público e por esse motivo as escolas em apreço poderão e deverão estar, e em vários aspectos (necessidade de reconhecimento, requisitos para criação e funcionamento) estão *de jure condicto*, sujeitas a um regime de Direito público.

<sup>1262</sup> Cfr. ainda artigo 11.º, n.º 3, do *RJIES*.

universitária nos termos delimitados pelo texto constitucional<sup>1263</sup> e que se afiguram como *as* necessárias e suficientes para assegurar a dignidade das pessoas que exercem uma actividade investigatória ou docente, no exercício das suas funções profissionais.

A título de balanço, concluímos que a *Constituição da República Portuguesa* exprime uma vontade inequívoca do legislador constituinte em reconhecer a autonomia do sub-sistema cultural relativamente ao sub-sistema político, ao consagrar o *princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural*<sup>1264</sup> e ainda ao reconhecer às *Universidades públicas* um *poder de auto-administração*, impedindo o poder político de interferir nos aspectos estatutário, científico, pedagógico, administrativo e financeiro do quotidiano destas<sup>1265</sup>, contudo o legislador ordinário não acautelou suficientemente a autonomia do sub-sistema cultural perante o sub-sistema económico permitindo que a Universidade se convertesse numa indústria cultural como as demais<sup>1266</sup>. FRANCISCO SOSA WAGNER demonstrou a sensibilidade necessária para o assunto ao alertar que caminhamos para “o fim das Universidades tradicionais [a Universidade *humboldtiana*] e o início da sua paulatina conversão em “empresas”, isto é, em “unidades económicas” de uma sociedade industrial cada vez mais tentacular e mais exigente com vista à sua reprodução indefinida e, se possível, acrítica”<sup>1267</sup>.

#### **2.2.3.3.5. Os limites ao direito**

A autonomia universitária, à semelhança dos demais direitos de liberdade abordados, não confere uma liberdade ilimitada aos seus titulares, deparando com

---

<sup>1263</sup> Cfr., novamente, artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1264</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1265</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1266</sup> Sobre as indústrias culturais, cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

<sup>1267</sup> Cfr. FRANCISCO SOSA WAGNER, *El mito de la autonomía universitaria*, p. 73.

limites ao seu exercício<sup>1268</sup>. Deste modo, o próprio texto constitucional estabelece à partida que (i) a *autonomia universitária* está colocada na dependência de lei<sup>1269</sup> e ainda que (ii) a titularidade deste direito não exime as escolas do ensino superior “de adequada avaliação da qualidade do ensino”<sup>1270</sup>. Sequencialmente, o *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior* elenca um conjunto de matérias que deverão ser reguladas por lei especial e nesse sentido constituem limites à actividade das escolas de ensino superior<sup>1271</sup>. As matérias colocadas sob reserva de lei, e que desse modo devem ser respeitadas pelas escolas em apreço no exercício da sua actividade, reportam-se: ao (α) acesso ao ensino superior<sup>1272</sup>, ao (β) sistema de graus académicos, incluindo os títulos de agregado e de especialista<sup>1273</sup>, ao (γ) regime de equivalência e de reconhecimento de graus académicos e outras habilitações<sup>1274</sup>, à (δ) criação, modificação, suspensão e extinção de ciclos de estudos<sup>1275</sup>, à (ε) acreditação e avaliação das instituições e dos ciclos de estudos<sup>1276</sup>, ao (ζ) financiamento das instituições de ensino superior públicas pelo Orçamento do Estado e ao modo de fixação das propinas pela frequência das mesmas instituições<sup>1277</sup>, ao (θ) regime e carreiras do pessoal docente e de investigação das instituições públicas<sup>1278</sup>, ao (i) regime do pessoal docente das instituições privadas<sup>1279</sup> e à (κ) acção social escolar<sup>1280</sup>.

---

<sup>1268</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.

<sup>1269</sup> O artigo 76.º, n.º 2, da *CRP*, reveste a natureza jurídica de uma norma preceptiva não exequível por si própria; sobre o conceito e espécies de normas preceptivas, cfr. *supra*, 2.1.3.5.

<sup>1270</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1271</sup> As matérias a que fazemos alusão no texto são objecto de reserva de acto legislativo (cfr. artigo 9.º, n.º 5, do *RJIES*) e simultaneamente da reserva relativa de competência da Assembleia da República (cfr. artigo 165.º, n.º 1, b), da *CRP*).

<sup>1272</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 5, a), do *RJIES*, e, no plano doutrinário, JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 220.

<sup>1273</sup> Cfr. *idem*, b), c) e d), e, no plano doutrinário, JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *ibidem*.

<sup>1274</sup> Cfr. *idem*, e).

<sup>1275</sup> Cfr. *idem*, f).

<sup>1276</sup> Cfr. *idem*, g).

<sup>1277</sup> Cfr. *idem*, h).

<sup>1278</sup> Cfr. *idem*, i).

<sup>1279</sup> Cfr. *idem*, j).

A questão da avaliação da qualidade do ensino, também mencionada no âmbito das matérias que limitam a actividade das escolas de ensino superior<sup>1281</sup> mas objecto de previsão constitucional expressa<sup>1282</sup>, merece algumas considerações mais detalhadas. Assim, quanto à competência, a avaliação das instituições de ensino superior e dos seus ciclos de estudos, bem como o desempenho das funções inerentes à inserção de Portugal no sistema europeu de garantia da qualidade do ensino superior, está confiada à *Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior*<sup>1283</sup> que é uma fundação de direito privado, dotada de personalidade jurídica e reconhecida como de utilidade pública, constituída pelo Governo por tempo indeterminado<sup>1284</sup>. Quanto ao objecto, a avaliação incide sobre a qualidade do desempenho dos estabelecimentos de ensino superior, medindo o grau de cumprimento da sua missão através de parâmetros de desempenho relacionados com a respectiva actuação e com os resultados dela decorrentes<sup>1285</sup>, parâmetros esses que se reportam, quer à actividade das escolas, quer aos resultados dessa mesma actividade, e que se encontram definidos em lei como forma de

---

<sup>1280</sup> Cfr. *idem*, l).

<sup>1281</sup> Cfr. *idem*, g); contra, LUÍS PEREIRA COUTINHO sustenta que “a respeito da avaliação das Universidades, estamos muito mais perante um corolário ou uma consequência necessária da autonomia universitária do que perante um *limite* a esta última”, *Autonomia universitária, avaliação das Universidades e “política universitária” do Estado*, in ANTÓNIO P. BARBAS HOMEM (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 86. A concepção de PEREIRA COUTINHO, embora possa ser aceite numa perspectiva de relações inter-administrativas porque, nas palavras do autor, está em causa “[não] dissociar autonomia e exigência, liberdade e responsabilidade” e nesse sentido as entidades que agem com autonomia na prossecução das tarefas que lhes estão confiadas devem estar sujeitas ao *dever de responder* pelos seus actos (*idem*, p. 85), não invalida a doutrina clássica em sede de teoria dos direitos fundamentais. Com efeito, no âmbito dos direitos fundamentais, qualificação que a *autonomia universitária* merece a PEREIRA COUTINHO (cfr. *supra*, 2.2.3.3.1.), a *avaliação* não deixa de constituir um *limite* ao direito fundamental de *autonomia universitária* porque um direito subjectivo consiste sempre num conjunto de faculdades ou poderes que investem o seu titular numa posição de vantagem perante outrém (cfr. *supra*, 2.1.1. e 2.1.2.) e qualquer forma de *frear* o exercício de um poder constitui um mecanismo adequado à sua limitação (cfr. CHARLES DE MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, p. 312).

<sup>1282</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP.

<sup>1283</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 369/2007, de 5 de Novembro.

<sup>1284</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

<sup>1285</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 38/2007, de 16 de Agosto.

objectivizar os procedimentos e, em consequência, as decisões de avaliação<sup>1286</sup>. Quanto aos objectivos, a avaliação da qualidade do ensino superior visa: (α) proporcionar a melhoria da qualidade das instituições de ensino superior, (β) a prestação de informação fundamentada à sociedade sobre o desempenho das instituições de ensino superior e ainda (γ) o desenvolvimento de uma cultura institucional interna de garantia de qualidade<sup>1287</sup>. Por último, quanto às consequências, a avaliação institucional gravemente negativa de uma escola de ensino superior constitui causa de encerramento compulsivo dessa mesma escola pelo Governo, através do Ministro da tutela<sup>1288</sup>.

#### **2.2.4. A liberdade de *assimilação* cultural: a liberdade de aprender**

Apesar da *liberdade de aprender* ser usualmente inscrita na *enciclopédia jurídica* incorporada na liberdade de ensino *lactu sensu*, estamos perante uma liberdade reconhecida pela *Constituição da República Portuguesa* como um direito fundamental *singulari consideratus*<sup>1289</sup>. Com efeito, a liberdade de aprender não se circunscreve a um mero correlato recipiendo da liberdade de ensinar mas, ao invés, consiste na faculdade de cada pessoa adquirir os conhecimentos que desejar, e que conseguir na medida das suas capacidades individuais, nos domínios, nomeadamente, da arte e da ciência, em consequência do seu *direito ao desenvolvimento da personalidade*<sup>1290</sup>. Neste contexto, WILHELM VON HUMBOLDT apontava como corolário da liberdade de ciência, assunto no qual se empenhou convictamente e deixou um inestimável legado

---

<sup>1286</sup> Cfr. artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma legal.

<sup>1287</sup> Cfr. artigo 5.º do mesmo diploma legal.

<sup>1288</sup> Cfr. artigo 153.º, n.º 1, c), e n.º 2, do *RJIES*; actualmente o *Ministro da Educação e Ciência* nos termos do artigo 19.º da *OF.XIXGC*.

<sup>1289</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1290</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da *CRP*; neste sentido LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 495.

ao pensamento jurídico-político ocidental<sup>1291</sup>, que “a liberdade deve ser absoluta tanto para aprender como para ensinar”<sup>1292</sup>.

Apenas o reconhecimento da liberdade para cada pessoa aprender não apenas em função dos conhecimentos que lhe são ministrados no âmbito de um procedimento de transmissão cultural mas também em função do seu próprio espírito crítico racional, associado ao princípio da *neutralidade do Estado em matéria cultural*<sup>1293</sup>, impedem que nas sociedades contemporâneas se verifiquem as velhas máximas elaboradas por CHARLES DE MONTESQUIEU segundo as quais “as leis da educação serão (...) diferentes em cada tipo de governo: nas monarquias, terão por objecto a honra; nas repúblicas, a virtude; no despotismo, o medo”<sup>1294</sup>.

#### **2.2.4.1. Os sujeitos: a titularidade do direito**

Considerando o princípio da universalidade em sede de titularidade de direitos fundamentais<sup>1295</sup> e o mencionado *direito ao desenvolvimento da personalidade*<sup>1296</sup>, o reconhecimento constitucional da liberdade de aprender proporciona a toda a pessoa a liberdade para buscar, captar e assimilar cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista. Contudo, por motivos de sistematização e à semelhança da metodologia adoptada em sede de abordagem da liberdade de ensinar, a análise subsequente será circunscrita ao âmbito do ensino ministrado através de procedimentos institucionalizados com vista à obtenção de habilitações literárias ou certificatórias da

---

<sup>1291</sup> Cfr. *supra*, I, 2.2.

<sup>1292</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *cit.* por JOAQUÍN ABELLAN, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 247.

<sup>1293</sup> Cfr. novamente artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1294</sup> Cfr. CHARLES DE MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 163.

<sup>1295</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1296</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da *CRP*, e artigo 13.º, n.º 1, do *PIDESC*.

capacidade para o exercício de uma profissão<sup>1297</sup>. Neste contexto mais restrito, continua a prevalecer o princípio da universalidade na medida em que o texto constitucional reconhece genericamente a liberdade de aprender<sup>1298</sup> e o direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar<sup>1299</sup>. A condicionante existente no acesso aos graus mais elevados de ensino reporta-se à necessidade de superação dos graus inferiores, conforme decorre do texto constitucional ao aferir a susceptibilidade de progressão do cidadão estudante no sistema de ensino “segundo as suas capacidades”<sup>1300</sup>, isto é, mediante a exigência de uma progressão escalonada.

#### **2.2.4.2. O *objecto* do direito**

A liberdade de aprender reconhecida pelo artigo 43.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa* consiste numa faculdade, reconhecida ao estudante, de formar o pensamento mais conforme a sua *consciência* sobre uma matéria do domínio intelectual, nomeadamente artístico ou científico, consoante a maturidade cognitiva exigida para a frequência de um determinado nível de ensino lho permitir. Assim, à semelhança do que ocorre em sede de liberdade de ensinar, o reconhecimento da liberdade de aprender está também intimamente relacionado com as liberdades de criação intelectual, nomeadamente artística e científica, sendo estas últimas pressuposto da anterior. Com efeito, defendia WILHELM VON HUMBOLDT, embora especificamente por referência ao ensino universitário, que “a Universidade deve oferecer somente o enquadramento para os contactos pessoais entre os seus membros; deve ser o *ambiente* em que cada um, na sua solidão interior e em absoluta liberdade, se dedique à ciência

---

<sup>1297</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.1.

<sup>1298</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1299</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1300</sup> Cfr. *idem*, n.º 2, d).

pura e realize deste modo a sua própria formação humana”<sup>1301</sup>. Apesar da sua profissão de fé no lema *Einsamkeit und Freiheit*, WILHELM VON HUMBOLDT não defendia o isolamento individual, pois entendia que “nem sequer a actividade espiritual da humanidade pode desenvolver-se por outro modo que não em *cooperação* para que os frutos colhidos por uns satisfaçam a outros e todos possam ver a força geral, originária, que no indivíduo apenas se reflecte de modo concreto ou derivado”<sup>1302</sup>.

### **2.2.4.3. O conteúdo do direito**

A liberdade de aprender confere ao aluno as faculdades (i) “de acesso a qualquer escola, verificados os requisitos gerais prescritos na lei, sem impedimentos, nem discriminações”<sup>1303</sup>, (ii) “de escolha da escola mais adequada ao projecto educativo ou cultural que pretenda” consoante as suas convicções religiosas e filosóficas<sup>1304</sup>, (iii) de escolha da escola e da área de formação mais conforme às habilitações que pretenda obter, segundo as suas capacidades pessoais e preferências de carreira profissional<sup>1305</sup>, (iv) a receber um ensino de qualidade que lhe permita atingir o pleno desenvolvimento

---

<sup>1301</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *cit.* por JOAQUÍN ABELLAN, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, p. 247.

<sup>1302</sup> Cfr. WILHELM VON HUMBOLDT, *cit.* por JOAQUÍN ABELLAN, *idem*, p. 247/248, itálico nosso.

<sup>1303</sup> Cfr. artigos 13.º e 74.º, n.º 1, da *CRP*, e, no plano doutrinário, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação VII ao artigo 43.º, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 43.º, e VIEIRA DE ANDRADE, *Educação – Liberdade fundamental e direito social*, p. 2.

<sup>1304</sup> Cfr. artigos 36.º, n.º 5, e 43.º, n.º 1, da *CRP*, artigo 26.º, n.º 3, da *DUDH*, artigo 18.º, n.º 4, do *PIDCP*, artigo 13.º, n.º 3, do *PIDESC*, e artigo 2.º, 2.ª parte, do *I Protocolo adicional à CEDH*, e, no plano doutrinário, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 61 e ss., J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, p. 61 e p. 155, MANUEL SALGUERO, *El derecho a la educación*, p. 809 e ss., A. SOUSA FRANCO, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, p. 78, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ibidem*, e VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*.

<sup>1305</sup> Cfr. artigos 36.º, n.º 5, e 43.º, n.º 1, da *CRP*, e, no plano doutrinário, HANS JOACHIM FALLER, *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la Republica Federal de Alemania*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 3, n.º 7, 1983, p. 33/34, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 43.º, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ibidem*, e VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*.



da personalidade<sup>1306</sup>, e (v) de formar o seu próprio entendimento sobre as matérias leccionadas pelos professores no âmbito de cada unidade curricular, desde que fundamentado em argumentos racionais<sup>1307</sup>.

#### 2.2.4.4. Os *limites* ao direito

A liberdade de aprender não constitui excepção à regra do conteúdo não ilimitado dos direitos fundamentais e desse modo o aluno depara com a contracção do âmbito de algumas das faculdades mencionadas anteriormente, em princípio por força do próprio texto constitucional ou eventualmente por força da lei ordinária. Assim, a faculdade de acesso à escola, no caso específico do ensino superior, apesar da proclamação *nominal*<sup>1308</sup> da igualdade de oportunidades e da democratização do sistema de ensino<sup>1309</sup>, está condicionada às necessidades do país em quadros qualificados<sup>1310</sup>, enquanto o Estado não cumprir a sua incumbência constitucional de criar uma rede de escolas que satisfaça as necessidades de toda a população<sup>1311</sup>. Quanto à faculdade do aluno formar o seu próprio entendimento sobre as matérias leccionadas pelos professores no âmbito de cada unidade curricular, embora decorrente da sua própria liberdade de criação cultural<sup>1312</sup>, por um lado, está circunscrita às matérias constantes do programa da *unidade curricular* definido previamente pelo respectivo docente<sup>1313</sup> e, por outro lado, não desonera o aluno de conhecer o entendimento do seu professor sobre a

---

<sup>1306</sup> Cfr. MANUEL SALGUERO, *El derecho a la educación*, p. 811/182, e CARLA AMADO GOMES, *Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior*, in ANTÓNIO P. BARBAS HOMEM (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 55 e ss.

<sup>1307</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1308</sup> Cfr. a clássica distinção de KARL LOWENSTEIN entre Constituições normativas, nominais e semânticas a que fizemos anteriormente referência, *supra*, II, 1.2.1.

<sup>1309</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1310</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>1311</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1312</sup> Cfr. *supra*, 2.2.4.2.

<sup>1313</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.3.

matéria, podendo formular o seu próprio entendimento mas sempre por referência e em contestação fundamentada ao entendimento do docente.

### **2.2.5. As liberdades de *participação* cultural: a *participação democrática no ensino***

Além da dimensão de *liberdade-autonomia*, a *Constituição cultural portuguesa* compreende, ainda no contexto das liberdades culturais, uma dimensão de *liberdade-participação* na esfera do ensino<sup>1314</sup>. As liberdades de *participação democrática no ensino* constitucionalmente reconhecidas<sup>1315</sup> constituem um afloramento do princípio da *democracia participativa*<sup>1316</sup> concretizado pela intervenção dos próprios agentes dos procedimentos de transmissão cultural (i) na *gestão democrática das escolas* e (ii) na *definição da política de ensino*<sup>1317</sup>.

O destaque conferido pelo legislador constituinte ao reconhecimento da dimensão participativa da democracia especificamente em matéria de ensino não representa uma determinação do legislador constituinte no sentido de excluir os cidadãos da participação nos demais âmbitos do sub-sistema cultural<sup>1318</sup>. Ao invés, constitui apenas uma consequência da institucionalização do sistema de ensino no âmbito de um Estado burocrático racionalizado<sup>1319</sup>, mediante a implementação de

---

<sup>1314</sup> Sobre as dimensões das liberdades na concepção de BENJAMIN CONSTANT, cfr. *supra* II, 1.2.

<sup>1315</sup> Cfr artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, da *CRP*.

<sup>1316</sup> Cfr. artigo 2.º, *in fine*, da *CRP*; sobre a democracia participativa na *Constituição da República Portuguesa*, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação XIV ao artigo 2.º

<sup>1317</sup> Segundo JORGE MIRANDA, são “duas as sedes [que se contemplam no artigo 77.º da *CRP*]: a das escolas e a da política de ensino e a cada uma corresponde um nível diverso de participação” *Sobre a participação democrática no ensino*, in *O Direito*, Lisboa, Associação promotora de *O Direito*, ano 138.º, 1991, vol. II-III, p. 487.

<sup>1318</sup> Cfr. outros direitos de participação da Sociedade Civil na esfera cultural reconhecidos nos termos dos artigos 73.º, n.º 3, 3.ª parte, e 78.º, n.º 2, 78.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1319</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.1.

estruturas organizatórias<sup>1320</sup> e a adopção de procedimentos decisórios<sup>1321</sup> juridicamente conformados. Deste modo, no contexto, respectivamente, da composição dos órgãos e na tramitação dos procedimentos legislativos e administrativos, é possível e desejável a intervenção a título permanente dos agentes envolvidos nas actividades educativas, actividades que correspondem a um fim do Estado com especial impacto na formação de uma Sociedade Civil de espírito democrático e tolerante<sup>1322</sup> na medida em que constituem os mecanismos especialmente adequados a assegurar “que a liberdade e a igualdade da pessoa humana e dos grupos sociais em que aquela está integrada sejam reais e efectivas”<sup>1323</sup>.

### **2.2.5.1. A liberdade de participação na gestão democrática das escolas**

#### **2.2.5.1.1. Os sujeitos: a titularidade do direito**

A *Constituição da República Portuguesa* reconhece o direito de participar na gestão democrática das escolas a professores e a alunos a título individual<sup>1324</sup>. O direito de participação na gestão democrática das escolas carece de concretização legislativa,

---

<sup>1320</sup> Sobre o conceito de *estrutura organizatória*, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas e Constituição*, p. 18 e autores aí citados.

<sup>1321</sup> Os procedimentos decisórios mencionados no texto podem reportar-se ao exercício da função legislativa ou da função administrativa. Assim, *procedimento legislativo*, na definição de GOMES CANOTILHO, é “um complexo de actos, qualitativa e funcionalmente heterogéneos e autónomos, praticados por sujeitos diversos e dirigidos à produção de um acto legislativo” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 871), enquanto *procedimento administrativo*, ainda na definição proposta pelo mesmo autor, consiste num conjunto sequencial de actos jurídicos praticados segundo “uma regulação pré-ordenada à obtenção e tratamento de informação, auxiliar da tomada, por parte de um órgão ou agente da Administração pública, de uma decisão tendente à realização de um programa-fim aberto a várias opções envolvendo margem de risco” (*Procedimento administrativo e defesa do ambiente*, p. 265); cfr. ainda, selectivamente, PIERRE AVRIL e JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, Editions Montchrestien, 1996, p. 147 e ss., J. BACELAR GOUVEIA, *Procedimento legislativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, p. 595 e ss., PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O procedimento administrativo – Estrutura*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, max. p. 86 e ss., e PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1995, p. 47 e ss.

<sup>1322</sup> Cfr *supra*, Introdução, 2.1., e I, 1.6.1. e 1.6.5.

<sup>1323</sup> A expressão é de JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 319.

<sup>1324</sup> Cfr. artigo 77.º, n.º 1, da CRP.

nos termos do enunciado constitucional<sup>1325</sup>. Contudo, independentemente da configuração que o legislador ordinário lhes outorgar, os mecanismos de participação estão constitucionalmente consagrados no pressuposto segundo o qual a mesma participação se circunscreve à escola ou unidade orgânica a que o docente ou discente está vinculado na medida em que o escopo da democracia participativa é associar os cidadãos à adopção das decisões que lhes dizem directamente respeito<sup>1326</sup>.

Quanto à participação dos alunos na gestão escolar, o legislador necessita de atender ao grau de maturidade característico do aluno *padrão* em cada um dos graus de ensino para efeitos de conformação do conteúdo do direito referente a esses seus titulares<sup>1327</sup>.

#### **2.2.5.1.2. O objecto do direito**

A liberdade de *participação na gestão democrática das escolas* é um direito constitucionalmente reconhecido a professores e a alunos e está conformado legalmente nos seguintes termos genéricos: (i) em cada escola ou grupo de escolas, a administração e gestão orientam-se por princípios de democraticidade e de participação de todos os implicados no processo educativo, tendo em atenção as características específicas de cada nível de educação e ensino<sup>1328</sup>, (ii) na administração e gestão das escolas, os critérios de natureza pedagógica e científica devem prevalecer sobre os critérios de

---

<sup>1325</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>1326</sup> Neste preciso sentido, PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 65/66; J. BAPTISTA MACHADO aponta como *leitmotiv* da introdução de mecanismos de participação na *Constituição da República Portuguesa de 1976* as transformações na Administração pública, agora “essencialmente uma Administração *provedora* e de *fomento* [que] escapa em larga medida ao controlo do órgão democraticamente legitimado, a Assembleia legislativa, pelo que se imporia, como compensação, o controlo democrático exercido pelos próprios interessados através da *participação*”, *Participação e descentralização*, Coimbra, Livraria Almedina, 1978, p. 38/39.

<sup>1327</sup> Em sentido aproximado, especificando qual o tipo de participação adequado a cada nível de ensino, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotações I e II ao artigo 77.º

<sup>1328</sup> Cfr. artigo 48.º, n.º 2, da *Lei de bases do sistema educativo (LBSE)*.

natureza administrativa<sup>1329</sup>, (iii) a direcção de cada escola ou grupo de escolas é assegurada por órgãos próprios, para os quais são eleitos representantes de docentes, investigadores estudantes e pessoal não docente, no que concerne ao ensino superior<sup>1330</sup>, de professores, alunos e pessoal não docente, no tocante ao ensino secundário<sup>1331</sup>, e apenas de representantes de professores e pessoal não docente, no caso do ensino básico<sup>1332</sup>.

#### 2.2.5.1.3. O conteúdo do direito

O conteúdo do direito em apreço é concretizado, no que concerne aos ensinos básico e secundário, mediante a incorporação de representantes do pessoal docente e não docente, dos pais e encarregados de educação, dos alunos e da comunidade local, designadamente representantes de instituições, organizações e actividades de carácter económico, social, cultural e científico<sup>1333</sup>, na composição do *conselho geral* das escolas<sup>1334</sup>. Quanto às faculdades de que são titulares, os representantes de qualquer um dos contingentes de pessoas, humanas e colectivas, mencionados são membros de pleno direito do *conselho escolar* e, desse modo, dispõem de direito de voto na adopção de qualquer decisão no âmbito das competências deste órgão, consagradas na lei ou em

---

<sup>1329</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>1330</sup> Cfr. *ibidem* e ainda artigo 40.º f) do *RJIES*.

<sup>1331</sup> Cfr. *idem*, n.º 4; no que concerne aos alunos, apenas os maiores de dezasseis anos gozam de *capacidade eleitoral passiva* para o *conselho geral*.

<sup>1332</sup> Cfr. *idem*, n.º 5, por argumento extraído *a contrariu sensu*.

<sup>1333</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 8, do *Regime jurídico de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário (RJAAAGEPBS)*.

<sup>1334</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

regulamento interno<sup>1335</sup>, nomeadamente as de eleger o seu presidente e o *director* da escola<sup>1336</sup>.

Quanto ao ensino superior, o legislador reconheceu o direito de participação no governo da escola a professores, investigadores e alunos, conferindo ao mesmo a natureza de requisito estatutário *sine qua non* para a criação de escola incumbida de ministrar este nível de ensino<sup>1337</sup>. Assim sendo, professores e investigadores das escolas superiores do ensino público gozam da faculdade de estar representados no *conselho geral* da escola<sup>1338</sup>, no *conselho científico*<sup>1339</sup> ou *técnico-científico*<sup>1340</sup>, consoante estejamos no âmbito de uma escola ou centro de investigação do ensino universitário ou do ensino politécnico, e os primeiros gozam ainda da faculdade de representação no *conselho pedagógico*<sup>1341</sup>, enquanto aos estudantes são reconhecidas as faculdades de representação no *conselho geral*<sup>1342</sup> e no *conselho pedagógico*<sup>1343</sup>.

Quanto ao ensino superior privado, o legislador, em norma excepcional à regra da liberdade de participação de professores, investigadores e alunos no governo da escola<sup>1344</sup>, circunscreveu a liberdade de participação de professores e investigadores a assuntos científicos e pedagógicos<sup>1345</sup>, enquanto a liberdade dos alunos está circunscrita

---

<sup>1335</sup> Cfr. artigo 13.º, n.º 1, do *RJAAGEPBS*, que consagra um leque de matérias da reserva de competência do conselho geral que carece ser respeitada pelos demais órgãos da escola, i. é, director, conselho pedagógico e conselho administrativo (cfr. artigo 10.º, n.º 2).

<sup>1336</sup> Cfr. respectivamente, artigos 13.º, n.º 2, e 21.º e ss. do *RJAAGEPBS*.

<sup>1337</sup> Cfr. artigo 40.º, f), da *RJIES*; nos termos do mesmo diploma, o Estado está incumbido de assegurar a participação dos professores, investigadores e estudantes na gestão das escolas (cfr. artigo 26.º, n.º 1, f)), contudo o efeito útil desta última norma não consiste na conformação legal do direito fundamental reconhecido pelo artigo 77.º, n.º 1, da *CRP*, mas na correlativa vinculação do poder político a assegurar a verificação dos pressupostos necessários para que os titulares do direito o possam exercer efectivamente.

<sup>1338</sup> Cfr. artigo 81.º, n.º 2, a) do *RJIES*.

<sup>1339</sup> Cfr. artigo 102.º, n.º 1, a) e b) do *RJIES*.

<sup>1340</sup> Cfr. *idem*, n.º 3, a) e b).

<sup>1341</sup> Cfr. artigo 104.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1342</sup> Cfr. artigo 81.º, n.º 2, b) do *RJIES*.

<sup>1343</sup> Cfr. artigo 104.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1344</sup> Cfr., novamente, artigo 40.º, f), da *RJIES*.

<sup>1345</sup> Cfr. artigos 102.º, 104.º, 144, n.º 1, c), e 146.º, n.º 1, do *RJIES*.

a assuntos pedagógicos<sup>1346</sup>. A lei prevê, no entanto, a título de *válvula de escape*, que o âmbito de intervenção destes agentes dos procedimentos de criação, transmissão e assimilação cultural possa ser alargado a outros assuntos, nos termos dos *estatutos* da escola<sup>1347</sup>. Contudo, naquilo que extravase o domínio científico e pedagógico, a lei apenas assegura aos professores o direito de serem ouvidos, através do *conselho científico* ou *técnico-científico*, consoante os casos, pela entidade instituidora, pelo reitor, ou presidente, e pelos demais órgãos da escola, em matérias relacionadas com a gestão administrativa da mesma<sup>1348</sup>. A solução legal de não reconhecer a professores e alunos a liberdade de participação na gestão das escolas de ensino superior, que era defendida *de jure constituendo* por AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS anteriormente à aprovação do *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior*<sup>1349</sup>, invocando os mesmos argumentos com que negou o reconhecimento da autonomia estatutária, administrativa e financeira das escolas em apreço<sup>1350</sup>, afigura-se nos inconstitucional. Com efeito, valem aqui, os argumentos que invocamos em sede de contestação à posição sustentada por AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS no âmbito do direito à autonomia universitária<sup>1351</sup>.

---

<sup>1346</sup> Cfr. artigos 104.º, 144, n.º 1, c), e 146.º, n.º 1, do *RJIES*.

<sup>1347</sup> A solução decorre do carácter não taxativo do 140.º, n.º 2, do *RJIES*.

<sup>1348</sup> Cfr. artigo 146.º, n.º 2, do *RJIES*.

<sup>1349</sup> Cfr. AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e Educação*, p. 165.

<sup>1350</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.3.4.

<sup>1351</sup> Cfr. *ibidem*; neste aspecto, não só acompanhamos JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ quando afirma categoricamente que “não se justifica que os pais, os professores ou, quando for o caso, os alunos sejam titulares de uma posição jurídica distinta em relação à gestão da escola, consoante esta seja ou não sustentada por fundos públicos” (*La educación en la Constitución española*, p. 278), como sustentamos que se justifica o reforço da posição jurídica de pais de alunos e de alunos na medida em que as escolas privadas são sustentadas com as propinas por estes pagas e se no caso do financiamento público a legitimidade dos órgãos do poder político proveniente do poder financeiro para intervir na gestão da escola está por natureza limitada em virtude do princípio constitucional da autonomia da cultura (cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*), o mesmo não acontece com os titulares do dinheiro que financia a existência e o funcionamento das escolas privadas.

#### 2.2.5.1.4. Os limites ao direito

Apesar de ainda estarmos a abordar direitos fundamentais situados no hemisfério da *liberdade* e por esse motivo continuar válida nesta sede a clássica admoestação liberal segundo a qual “a liberdade de cada um acaba onde começa a liberdade do outro”<sup>1352</sup>, no contexto das *liberdades-participação* a questão dos limites aos direitos fundamentais assume relevância diversa daquela que lhe é reconhecida no âmbito das *liberdades-autonomia*. Considerando a propensão inata do ser humano para otimizar ao máximo o “gozo pacífico da autonomia privada”<sup>1353</sup>, existe uma grande probabilidade de cada pessoa, no exercício da sua *liberdade-autonomia*, colidir com o mencionado “gozo pacífico da autonomia privada” das demais pessoas com quem estabelece relações jurídicas ou simplesmente de facto. Ainda que a força expansionista da vontade individual no exercício da liberdade pessoal esteja limitada à partida pela circunscrição do âmbito de protecção e do conteúdo do direito (limites internos), restam sempre âmbitos de protecção que são invocados por mais de uma pessoa como integrantes da sua autonomia privada e nesse caso é necessário limitar reciprocamente, segundo critérios definidos *a priori*, as faculdades incorporadas nos vários direitos numa tentativa de equilíbrio ponderado entre a optimização ao máximo da liberdade pessoal e o sacrifício mínimo da liberdade do próximo (limites externos)<sup>1354</sup>. Por este motivo, na abordagem das *liberdades-autonomia* realizada anteriormente deparamos

---

<sup>1352</sup> Cfr. HERBERT SPENCER, *The Man versus the State*, Indianapolis, Liberty Classics, 1981, p. 163, e *supra* 2.2.2.4.1.

<sup>1353</sup> Citamos novamente uma expressão de BENJAMIN CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, p. 268.

<sup>1354</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.



com relativa frequência com situações de conflito ou colisão entre direitos fundamentais<sup>1355</sup>.

As *liberdades-participação*, pela sua própria natureza de liberdades, não estão imunes à eventualidade de colisão com outros direitos. No entanto, considerando que o exercício destas liberdades se consubstancia mediante a “participação activa e permanente no exercício do poder colectivo”<sup>1356</sup>, a autonomia da vontade de cada pessoa não propende em primeira linha para a optimização ao máximo da respectiva esfera jurídica mas converge para um fim comum de interesse colectivo. Assim sendo, os primeiros limites (internos) com que deparam as *liberdades-participação* reportam-se às atribuições e competências das entidades em que o titular do direito é chamado a contribuir com o seu voto para a adopção de uma decisão no interesse comum. Pelo que, à partida, constituem limites à *liberdade de participação na gestão democrática das escolas*, os limites com que as próprias escolas se deparam no momento da sua instituição e também aqueles que haverão de observar durante o seu funcionamento, nomeadamente os limites que identificamos referentes à liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas e à autonomia universitária<sup>1357</sup>.

Apesar das *liberdades-participação* representarem um contributo imprescindível para a legitimação democrática dos procedimentos decisórios<sup>1358</sup>, o princípio democrático consiste apenas num dos princípios estruturantes do sistema político-constitucional<sup>1359</sup>, numa relação paritária, pelo menos, com o princípio do Estado de

---

<sup>1355</sup> Cfr. *supra*.

<sup>1356</sup> A expressão é ainda de BENJAMIN CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, p. 268.

<sup>1357</sup> Cfr. *supra*, respectivamente, 2.2.3.2.4. e 2.2.3.3.5.

<sup>1358</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 290, e J. REIS NOVAIS, *Direitos como triunfos contra a maioria*, in J. REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais – Triunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 19/20.

<sup>1359</sup> Cfr., por todos, GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 243 e ss., e J. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 15 e ss.

Direito<sup>1360</sup>. Com efeito, “a Constituição, e em particular as *declarações de direitos*, estão destinadas a proteger os cidadãos, individualmente e em grupos, contra certas decisões que uma maioria de cidadãos poderia querer adoptar, ainda que essa maioria pautе a sua actuação pelo que, no seu entender, corresponde ao interesse comum”<sup>1361</sup>. Consequentemente, as *liberdades-participação* de cada um deparam ainda com os limites, eventualmente, decorrentes das *liberdades-autonomia* e com o próprio exercício das *liberdades-participação* dos demais. Após esta abordagem teórica, podemos afirmar com segurança que o exercício da liberdade de participação na gestão democrática das escolas não pode, por um lado, prejudicar o exercício das liberdades pessoais na esfera do ensino, isto é, as liberdades de aprender<sup>1362</sup> e de ensinar<sup>1363</sup>, respectivamente dos demais alunos e professores. Concluimos ainda, por outro lado, que o reconhecimento, em sede *extra-documental*<sup>1364</sup>, do direito de participação na gestão democrática das escolas a outras pessoas, humanas e colectivas, para além dos alunos e professores, embora susceptível de carrear benefícios para o exercício de uma *tarefa fundamental* do Estado<sup>1365</sup> pela colaboração de entidades que actuam em domínios conexos com o sistema educativo, como *v. g.*, a conexão entre a escola e a esfera laboral ou o quotidiano da comunidade local em que aquela se insere, não pode prejudicar o exercício efectivo dos direitos reconhecidos a alunos e professores no texto constitucional<sup>1366</sup>. Assim, serão inconstitucionais, por consagrarem limites ou restrições que não se circunscrevem ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses

---

<sup>1360</sup> Cfr. artigo 2.º da *CRP*; a conjugação destes dois princípios é ilustrada por GOMES CANOTILHO com a expressão “o coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a *rule of law*”, *idem*, p. 99.

<sup>1361</sup> Cfr. RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 211.

<sup>1362</sup> Cfr. *supra*, 2.2.4.

<sup>1363</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.

<sup>1364</sup> Cfr. *supra*, II, 2.3.1.

<sup>1365</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

<sup>1366</sup> Cfr. artigo 77.º, n.º 1, da *CRP*.

constitucionalmente protegidos<sup>1367</sup>, nomeadamente, os diplomas legislativos que *desenhem* a composição dos órgãos titulares de funções de gestão da escola por forma a que alunos e professores se circunscrevam a um contingente minoritário no plenário do mesmo<sup>1368</sup> ou que confiem as tarefas de administração executiva a órgãos não constituídos maioritariamente por alunos e professores, reservando a estes, *v. g.*, unicamente a incorporação no elenco de órgãos com funções de administração mas de funcionamento intermitente.

### **2.2.5.2. A liberdade de participação na definição da política de ensino**

#### **2.2.5.2.1. Os sujeitos: a titularidade do direito**

A *Constituição da República Portuguesa* reconhece o *direito de participar na definição da política de ensino* a associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico<sup>1369</sup>. O direito de participação na definição da política de ensino, à semelhança do sucedido com o direito de participação na gestão democrática das escolas, está dependente de conformação legal. Contudo, no que concerne aos sujeitos, resulta do texto constitucional que o direito em apreço não é reconhecido imediatamente à pessoa humana mas apenas por intermédio de comunidades representativas dos agentes protagonistas dos procedimentos de criação, transmissão e assimilação cultural, isto é, professores, investigadores, alunos e respectivos pais, escolas e centros de investigação, independentemente da estrutura

---

<sup>1367</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 2, 3.ª parte, da *CRP*.

<sup>1368</sup> Assim, o artigo 81.º, n.º 5, b), do *RJIES* afigura-se nos inconstitucional na medida em que estabelece um contingente mínimo de pessoas externas à escola na composição do respectivo conselho geral quando, a fim de respeitar os direitos das pessoas mencionadas no artigo 77.º, n.º 1, da *CRP*, o mesmo diploma carecia de definir (também) um limite máximo para o contingente externo.

<sup>1369</sup> Cfr. artigo 77, n.º 2, da *CRP*.

jurídica que adoptaram, nomeadamente sem exigência formal de constituição das mesmas como pessoas colectivas<sup>1370</sup>.

#### **2.2.5.2.2. O objecto do direito**

Conforme mencionamos anteriormente, o *direito de participação na definição da política de ensino* carece de concretização mediante legislação ordinária que definirá os termos específicos em que deverá realizar-se a participação em apreço e qual a sua eficácia nos procedimentos decisórios.

Se compulsarmos o ordenamento jurídico português no domínio da educação, verificamos que existem dois *modelos* de participação dos agentes envolvidos no sistema de ensino na definição da política para este sector da actividade cultural do Estado. Assim, por um lado, funcionam no âmbito do Ministério da Educação e Ciência o *Conselho Nacional de Educação*, o *Conselho das Escolas* e o *Conselho Coordenador do Ensino Superior*<sup>1371</sup>, órgãos que revestem a natureza de conselhos consultivos do Governo em matéria de política de ensino e que, portanto, são “instâncias consultivas desprovidas de decisão”<sup>1372</sup>, e, por outro lado, existem mecanismos de participação dos mesmos agentes no procedimento legislativo sempre que os diplomas regulem matérias no âmbito da educação.

#### **2.2.5.2.3. O conteúdo do direito**

Quanto às faculdades conferidas aos agentes participantes nos procedimentos de criação, transmissão e assimilação cultural na definição da política de ensino, podem

---

<sup>1370</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>1371</sup> Cfr. *infra*.

<sup>1372</sup> A expressão é de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMMENT, *Traité de Droit Administratif*, tome I, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 81.

consistir na (i) participação em órgãos consultivos da Administração educativa, com a particularidade da presença dos representantes da actividade a regular se verificar nessa qualidade<sup>1373</sup>, ou na (ii) emissão de parecer no âmbito de um procedimento legislativo.

Deste modo, (i) para efeitos de participação no contexto do primeiro modelo, as estruturas organizatórias da Administração educativa compreendem três conselhos consultivos no sector do ensino: o *Conselho Nacional de Educação*, o *Conselho das Escolas* e o *Conselho Coordenador do Ensino Superior*. O primeiro destes órgãos, o *Conselho Nacional de Educação*, “é um órgão independente com funções consultivas, que tem por missão proporcionar a participação das várias forças sociais, culturais e económicas na procura de consensos alargados relativamente à política educativa”<sup>1374</sup>. O Conselho Nacional de Educação integra na sua composição, limitando a nossa referência às entidades cujo direito de participação na definição da política de ensino é reconhecido pelo texto constitucional<sup>1375</sup>: (α) dois elementos a designar pelas Universidades do Estado<sup>1376</sup>, (β) um elemento a designar pelas escolas de ensino superior politécnico<sup>1377</sup>, (γ) dois elementos a designar pelas escolas de ensino não superior<sup>1378</sup>, (δ) dois elementos a designar pelas associações de pais<sup>1379</sup>, (ε) dois elementos a designar pelas associações sindicais de professores<sup>1380</sup>, (ζ) três elementos a designar pelas associações de estudantes, sendo um em representação dos estudantes do

---

<sup>1373</sup> Sobre a representação das actividades económicas, sociais e culturais “nos conselhos e comissões meramente consultivos”, cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, M.<sup>a</sup> EDUARDA GONÇALVES e M.<sup>a</sup> MANUEL L. MARQUES, *Direito Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 145.

<sup>1374</sup> Cfr. artigo 22.º, n.º 1, da *OF.XIXGC*, e artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 125/82, de 22 de Abril, com sucessivas alterações, a última das quais pela Lei n.º 13/2009, de 1 de Abril; é possível consultar uma análise da composição e competência do *Consejo Escolar del Estado*, um órgão consultivo da Administração educativa espanhola análogo ao *Conselho Nacional de Educação*, em JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 320 e ss.

<sup>1375</sup> Cfr. artigo 77.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1376</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, g) do Decreto-Lei n.º 125/82.

<sup>1377</sup> Cfr. *idem*, h).

<sup>1378</sup> Cfr. *idem*, i).

<sup>1379</sup> Cfr. *idem*, m).

<sup>1380</sup> Cfr. *idem*, n).

ensino secundário, um em representação dos estudantes do ensino superior politécnico e outro em representação dos estudantes do ensino superior universitário<sup>1381</sup>, (η) um elemento a designar pelas associações de trabalhadores-estudantes<sup>1382</sup>, (θ) dois elementos a designar pelas associações científicas<sup>1383</sup>, (ι) dois elementos a designar pelas associações pedagógicas<sup>1384</sup>, (κ) dois representantes das fundações e das associações culturais<sup>1385</sup>, (λ) dois elementos a designar pelas associações de ensino particular e cooperativo, sendo um deles em representação do ensino superior e outro do ensino não superior<sup>1386</sup>, (μ) dois representantes do Conselho Nacional de Juventude<sup>1387</sup>, (ν) um representante da Academia das Ciências de Lisboa, (ξ) um representante da Academia Portuguesa da História<sup>1388</sup>, (ο) um representante da Sociedade Portuguesa das Ciências da Educação<sup>1389</sup>, (π) um representante das associações das escolas profissionais<sup>1390</sup> e (ρ) um representante do Conselho dos Laboratórios Associados<sup>1391</sup>.

O *Conselho das Escolas*, por seu turno, “é um órgão consultivo do Ministério da Educação e Ciência”<sup>1392</sup> que “tem por missão representar junto do Ministério da Educação os estabelecimentos públicos de educação pré-escolar e de ensino básico e secundário e os respectivos agrupamentos, no tocante à definição das políticas pertinentes para estes níveis de ensino”<sup>1393</sup>. O Conselho das Escolas é composto por

---

<sup>1381</sup> Cfr. *idem*, ο).

<sup>1382</sup> Cfr. *idem*, ρ).

<sup>1383</sup> Cfr. *idem*, ϑ).

<sup>1384</sup> Cfr. *idem*, ρ).

<sup>1385</sup> Cfr. *idem*, σ).

<sup>1386</sup> Cfr. *idem*, τ).

<sup>1387</sup> Cfr. *idem*, υ).

<sup>1388</sup> Cfr. *idem*, αα).

<sup>1389</sup> Cfr. *idem*, ββ).

<sup>1390</sup> Cfr. *idem*, hh).

<sup>1391</sup> Cfr. *idem*, ii).

<sup>1392</sup> Cfr. artigo 1.º do Decreto Regulamentar n.º 32/2007, de 29 de Março.

<sup>1393</sup> Cfr. artigo 2.º do mesmo diploma, e artigo 23.º, n.º 1, da *OF.XIXGC*.

sessenta directores de escolas<sup>1394</sup>, eleitos pelos seus pares, observando a adequada representação das escolas de acordo com a respectiva distribuição distrital<sup>1395</sup>.

O *Conselho Coordenador do Ensino Superior*, por último, é um órgão consultivo do Ministro da Educação e Ciência no domínio da política de ensino superior<sup>1396</sup>. O Conselho Coordenador do Ensino Superior incorpora, fazendo novamente referência apenas às entidades cujo direito de participação na definição da política de ensino é reconhecido pelo texto constitucional<sup>1397</sup>: (α) dois representantes do Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas<sup>1398</sup>, (β) dois representantes do Conselho Coordenador dos Institutos Superiores Politécnicos<sup>1399</sup>, (γ) um representante da Associação Portuguesa do Ensino Superior Privado<sup>1400</sup> e (δ) dois representantes dos estudantes do ensino superior, universitário e politécnico, designados pelas respectivas associações de estudantes<sup>1401</sup>.

Outro mecanismo de participação dos agentes directamente interessados no sistema de ensino na definição da política para o sector é a (ii) *audição* no decurso de um procedimento legislativo, especificamente na fase *instrutória*<sup>1402</sup>, de *apreciação* ou de *consulta*<sup>1403</sup>, sempre que o diploma em apreciação regule matérias referentes a este

---

<sup>1394</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 32/2007.

<sup>1395</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>1396</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 2, do Decreto Regulamentar n.º 15/2009, de 31 de Agosto, e artigo 24.º, n.º 1, da *OF.XIXGC*.

<sup>1397</sup> Cfr. artigo 77.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1398</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, b) do Decreto Regulamentar n.º 15/2009, de 31 de Agosto.

<sup>1399</sup> Cfr. *idem*, c).

<sup>1400</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>1401</sup> Cfr. *idem*, e).

<sup>1402</sup> A *fase instrutória* “tem por finalidade recolher e elaborar os dados e elementos que permitam analisar a oportunidade do procedimento legislativo bem como o respectivo conteúdo. A aquisição de dados efectua-se quer aproveitando os materiais fornecidos pelas entidades que tiveram a iniciativa da lei, quer através da recolha autónoma efectuada pela comissão da Assembleia da República competente para apreciação do texto apresentado”, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 874; artigos 129.º e ss. do *Regimento da Assembleia da República* n.º 1/2010, de 14 de Outubro.

<sup>1403</sup> Ambas as expressões são utilizadas por JORGE MIRANDA para identificar a mesma fase, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 287.

domínio. O ordenamento jurídico prevê a faculdade de emissão de parecer no âmbito de procedimento legislativo a (α) associações de estudantes<sup>1404</sup>, a (β) associações de pais e encarregados de educação, em ambos os casos genericamente sobre matérias respeitantes ao sistema educativo<sup>1405</sup>, a (γ) organizações representativas de escolas de ensino superior, sobre matérias relacionadas com o ensino superior, a investigação científica<sup>1406</sup> e o ordenamento territorial do ensino superior<sup>1407</sup> e a (δ) escolas de ensino superior, isoladamente, se o diploma submetido a debate e votação lhes disser directamente respeito<sup>1408</sup>. Quanto à intervenção destas mesmas entidades no procedimento legislativo governamental, no caso da matéria ser também da competência do Governo e estar em curso no âmbito deste órgão de soberania um procedimento destinando a consagrar o respectivo regime jurídico por decreto-lei, a audição das entidades mencionadas está a cargo do ministro proponente, neste caso o Ministro da Educação e Ciência<sup>1409</sup>.

#### **2.2.5.2.4. Os limites ao direito**

Apesar da nossa análise neste momento da investigação incidir sobre direitos de *liberdades-participação* e de anteriormente havermos abordado as especificidades da questão dos limites neste tipo de direitos<sup>1410</sup>, a configuração com que o legislador moldou a *liberdade de participação na definição da política de ensino* exclui *ab initio* a susceptibilidade de ocorrência de conflitos ou colisões de direitos com outros direitos

---

<sup>1404</sup> Cfr. artigo 19.º, n.º 1, da Lei n.º 33/77, de 11 de Julho, alterada pela Lei n.º 35/96, de 29 de Agosto.

<sup>1405</sup> Cfr. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 372/90, de 27 de Novembro.

<sup>1406</sup> Cfr. artigo 19, n.º 2, a), do *RJES*.

<sup>1407</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>1408</sup> Cfr. *idem*, n.º 1.

<sup>1409</sup> Cfr. artigo 201.º, n.º 2, b), da *CRP*, artigo 19.º, n.º 1, da *OG.XIXGC*, e § 23.1. do *Regimento do Conselho de Ministros do XIX Governo Constitucional*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2011, de 11 de Julho.

<sup>1410</sup> Cfr. *supra*, 2.2.5.1.4.



ou interesses constitucionalmente protegidos. Assim sucede na medida em que o conteúdo do direito em apreço, quer seja exercido mediante pronúncia no âmbito de reunião de um conselho consultivo, quer seja exercido mediante parecer apresentado no âmbito de procedimento legislativo, compreende apenas a faculdade do seu titular se pronunciar sobre a matéria a título consultivo, isto é, com vista a esclarecer a vontade dos titulares dos cargos públicos que a seu tempo adoptarão decisão sobre a matéria<sup>1411</sup>, sem que o titular do direito de participação tenha possibilidade de fazer aproveitamento de um bem ou serviço ou de exigir de outrem a adopção de uma conduta.

Ora, um direito que não compreende faculdades vinculativas para a esfera jurídica de terceiros não é, pela sua natureza, susceptível de conflitar ou colidir com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

## **2.3. Os direitos de *solidariedade* em matéria cultural**

### **2.3.1. Razão de ordem**

Abordadas as *liberdades culturais*, numa atitude de fidelidade à posição de princípio adoptada em sede de classificação dos direitos fundamentais<sup>1412</sup> e mantendo como centro de interesses da investigação subsequente a análise do conceito, natureza e regime das várias figuras jurídicas que incorporam a *Constituição cultural*, importa,

---

<sup>1411</sup> Cfr. *supra*, 2.2.5.2.3. Sem embargo da participação dos cidadãos e de pessoas coletivas nos procedimentos legislativos e administrativos não assumir carácter vinculativo, na medida em que uma solução com esse teor implicaria a transferência da competência decisória de órgãos legitimados democraticamente (directa ou indirectamente) para entidades externas, a recolha de informações e pareceres externos no âmbito de um procedimento decisório afigura-se *útil e necessária*; *útil* porque a informação prestada por pessoas tecnicamente qualificadas na matéria contribui para o esclarecimento da vontade dos titulares do órgão decisor e *conveniente* porque em certas matérias, devido ao seu melindre, se justifica a auscultação dos destinatários por excelência das normas no contexto de um *modus operandi* aberto e concertado de aprovação dos actos, nomeadamente, legislativos; sobre esta questão seguimos no essencial (embora com algumas variantes terminológicas) a posição de J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 1271/1272, e *Procedimento legislativo*, p. 604/605.

<sup>1412</sup> Cfr. *supra*, 2.1.4.

neste momento do *percurso* atempadamente delineado<sup>1413</sup>, analisar os *direitos culturais* que encontram suporte axiológico no princípio constitucional estruturante da *solidariedade*<sup>1414</sup>. O *azimute* agora confirmado é o único que nos permite caminhar com êxito rumo a uma caracterização fidedigna das relações entre *Estado, Direito e Cultura* no âmbito do *Estado de Direito democrático e social*.

Assim sucede porque, neste momento histórico do Estado, o poder político não pode mais, por definição<sup>1415</sup>, continuar a pautar a sua actividade por uma atitude de *serena indiferença*, própria do liberalismo, político e económico, meramente permissiva do exercício das liberdades individuais, solenemente reconhecidas a todas as pessoas, *supostamente livres e esclarecidas* por inerência da sua *dignidade humana*, nas *Constituições* ou nas *declarações de direitos* que assinalaram a transição para a modernidade. O pensamento liberal, por um lado, ao fazer *profissão de fé* na tríade dogmática *liberté, égalité, fraternité*, partiu de pressupostos não verídicos no que concerne ao exercício das liberdades pessoais pois ao aceitar que as pessoas nasciam *livres e iguais*, circunscreveu a igualdade à sua dimensão formal porque na realidade em Sociedade alguma e em tempo algum jamais se verificou a igualdade material entre as pessoas<sup>1416</sup> e, por outro lado, o pensamento liberal ignorou sistematicamente o conceito de fraternidade como se a dimensão individual abrangesse a existência humana na plenitude da sua racionalidade e emotividade<sup>1417</sup>. Como consequência da hiperbolização

---

<sup>1413</sup> Cfr. *supra*, 1.2.

<sup>1414</sup> Cfr. *supra*, 2.1.3.6. e 2.1.4.; a solidariedade é um valor e não um direito fundamental como sustenta PAULO BEZERRA (*Solidariedade*, p. 255 e ss.) porque do valor *solidariedade* consagrado no artigo 1.º da *CRP* não decorrem faculdades ou posições de vantagem imputáveis directamente à esfera jurídica das pessoas, a solidariedade é apenas um princípio que suprajaz a vários direitos fundamentais reconhecidos no mesmo texto constitucional, nomeadamente os direitos que têm como correlato um dever das entidades públicas auxiliarem, nomeadamente através de uma actividade prestacional, as pessoas que carecem de bens e serviços que lhes assegurem um patamar mínimo de *dignidade* enquanto seres humanos.

<sup>1415</sup> Sobre o *Estado de Direito democrático e social*, cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>1416</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.2.

<sup>1417</sup> Cfr. *supra*, 2.1.4.

da liberdade individual em detrimento dos demais componentes da tríade dogmática revolucionária, o exercício das mesmas liberdades permaneceu circunscrito à estrita medida em que as capacidades, pessoais e financeiras, de cada um o permitiam<sup>1418</sup>. Assim sendo, a mera *liberdade*, paradoxalmente, nunca se revelou *per se* suficiente para permitir a todas as pessoas o exercício da autodeterminação individual que lhes era reconhecida nos termos das *eloquentes declarações jus-racionalistas* porque o pensamento liberal nunca descortinou que “as liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais carecem de utilidade para aqueles a quem faltam os pressupostos materiais do seu exercício”<sup>1419</sup>.

Em suma, se no apogeu do Estado liberal o pensamento dominante aceitava pacificamente que a liberdade pessoal constituía o pressuposto *necessário e suficiente* para assegurar o exercício dos direitos de criação, transmissão, assimilação e fruição culturais<sup>1420</sup>, ao invés, no contexto do Estado social, é reconhecido que “a cultura [se] manifesta como uma exigência imediata da personalidade” do ser humano<sup>1421</sup> e não como um *património genético inato*. As insuficiências entretanto detectadas na clássica atitude de *laissez faire, laissez passer*, também na esfera cultural, determinaram, que a partir do primeiro quartel do século XX, o legislador constituinte adoptasse uma orientação no sentido de incumbir as autoridades públicas a empreender, consoante os Estados em concreto e as circunstâncias históricas específicas, um esforço *activador*<sup>1422</sup> ou *prestador*<sup>1423</sup> para, “com aproveitamento da estrutura do Estado” social<sup>1424</sup>,

---

<sup>1418</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.1., e I, 1.4.

<sup>1419</sup> Cremos por oportuno recordar uma expressão de DIETER GRIMM anteriormente referenciada, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 161, cfr. ainda *supra*, 2.1.4.

<sup>1420</sup> Segundo a expressão de HECTOR P. AGOSTI, “a expansão da cultura é inseparável das liberdades democráticas”, *Para una política de la cultura*, Buenos Aires, Ediciones Medio Siglo, 1969, p. 203.

<sup>1421</sup> A expressão é de E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 22.

<sup>1422</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.3.

<sup>1423</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>1424</sup> Neste mesmo sentido, E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 22.

proporcionarem às pessoas mais carenciadas o acesso aos bens e serviços culturais que lhes são constitucionalmente reconhecidos.

Sem embargo dos acesos debates que suscitou<sup>1425</sup>, a questão da legitimidade não constituiu obstáculo, no plano jurídico-constitucional, para afectação de recursos materiais à prossecução dos fins do Estado se considerarmos a metamorfose sofrida pelos sistemas políticos na segunda metade do século XIX que resultou na democratização dos mesmo<sup>1426</sup>. A *socialidade* do Estado, concebida originariamente pelo *socialismo catedrático alemão*<sup>1427</sup> e que logrou o seu primeiro enquadramento jurídico-político com o autoritarismo de OTTO VON BISMARCK<sup>1428</sup>, por ironia do destino, conheceu a sua maior vaga expansionista com a generalização dos regimes políticos democráticos no final da II Guerra Mundial<sup>1429</sup>. Assim, o desenvolvimento das tarefas de “conformação da sociedade”<sup>1430</sup>, ocorrido predominantemente no contexto de regimes políticos democráticos, proporcionou a gestação de uma simbiose que se acreditava perfeita entre *democracia* e *solidariedade* na medida em que a afectação de dinheiros do Orçamento do Estado para financiar uma determinada actividade ou para satisfazer uma determinada necessidade pública implica a adopção de uma decisão política que, para revestir a legitimidade que os cidadãos desejam constitua *marca* da actividade do poder político, carece ser sufragada, pelo menos, no início de cada legislatura pelos cidadãos que, por imposição constitucional, são os contribuintes

---

<sup>1425</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.3.

<sup>1426</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.1.

<sup>1427</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>1428</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.2.

<sup>1429</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.5.

<sup>1430</sup> Citando novamente a conhecida expressão de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, v. g., p. 168.

líquidos para o erário público; legitimidade que passou a ser conferida com a identidade entre *cidadão-eleitor* e *cidadão-contribuinte*<sup>1431</sup>.

Analisada a transição do Estado liberal para o Estado social e realçada a importância deste mais recente momento histórico da organização do poder político enquanto garante da *solidariedade* como pressuposto, e em certa medida complemento, do exercício das liberdades pessoais, importa concentrar a investigação subsequente nas consequências desta *revolução copernicana* ocorrida no movimento constitucional especificamente na esfera cultural. Quanto à metodologia a seguir, à semelhança da orientação anteriormente adoptada em sede de abordagem das *liberdades culturais*<sup>1432</sup>, assumimos como escopo imediato da investigação a ordenação sequencial dos direitos localizados no *hemisfério da solidariedade* segundo um procedimento cultural que enquadre juridicamente a *vida* de uma determinada criação artística ou científica, desde o momento abstracto da sua invenção, passando pelas actividades concretas de transmissão, até a uma eventual assimilação e, ou, fruição pelo próprio criador ou por terceiros. Assim, se compulsarmos a Lei Fundamental, podemos identificar o (i) *direito de acesso à criação cultural*, o (ii) *direito à educação* e o (iii) *direito à fruição cultural* como partes integrantes de um segundo *átomo*<sup>1433</sup> da *Constituição cultural portuguesa*, configurado axiologicamente pelo mencionado princípio da solidariedade.

---

<sup>1431</sup> Cfr. artigo 104.º da *CRP*; neste sentido, MANUEL GARCIA-PELAYO sustenta a associação intrínseca entre Estado social e Estado democrático quando afirma que “o Estado social, no seu sentido genuíno, é contraditório com o regime autoritário, i. é, com um regime em que a participação nos bens económicos e culturais não esteja acompanhada pela participação na formação da vontade política do Estado, nem da intervenção dos interessados no processo de distribuição ou atribuição de bens e serviços, mas em que as decisões de um e de outro tipo se concentram, sem posterior apelação e controlo, em grupos de pessoas designadas por uma autoridade superior e/ou por mecanismos de cooptação, de modo que o cidadão, seja na sua qualidade política abstracta, seja na sua qualidade social concreta, não representa – pelo menos falando em termos típico-ideais – outro papel que o de mero recipiendário mas não o de participante nas decisões”, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 49.

<sup>1432</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.

<sup>1433</sup> Cfr. *supra*, 1.2.

### 2.3.2. O direito de *acesso à criação cultural*

#### 2.3.2.1. Os *sujeitos*: a titularidade do direito

O direito *de acesso à criação cultural* é reconhecido pela *Constituição da República Portuguesa* a toda a pessoa humana<sup>1434</sup>, incluindo cidadãos portugueses<sup>1435</sup>, estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal<sup>1436</sup>, assim como a pessoas colectivas<sup>1437</sup> na estricte medida em que lhes é reconhecida a titularidade da *liberdade de criação cultural*<sup>1438</sup>. Anteriormente, em sede de abordagem das liberdades culturais, havíamos adoptado uma concepção *ampla* ou *democrática* quanto à titularidade das *liberdades de criação cultural* e, em consequência, considerado *in limine* infundada a concepção *restrita* ou *elitista* sobre a questão, com arrimo no princípio constitucional da universalidade<sup>1439</sup>. A concepção *ampla* ou *democrática* também no *hemisfério da solidariedade*, além de ser *a* acolhida pela *Constituição da República Portuguesa*, que reconhece expressamente a *todos* o direito de acesso à criação cultural<sup>1440</sup>, é ainda, *et pour cause*, a orientação metodológica que melhor corresponde à *ratio essendi* do Estado social.

Assim sucede porque a matriz axiológica do Estado social assenta no postulado *neo-kantiano* do primado da “dignidade humana numa sociedade solidária”<sup>1441</sup> e em, consequência, a actividade do poder político no contexto deste novo modo de *entender* e

---

<sup>1434</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 1, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte da *CRP*.

<sup>1435</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1436</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1 e 2, da *CRP*.

<sup>1437</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1438</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.1.

<sup>1439</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.1.; no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam que “da imposição constitucional da educação e da cultura resulta a inadequação constitucional de um conceito selectivo ou elitista de cultura e de educação”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 73.º

<sup>1440</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1441</sup> A expressão é de PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, p. 100; cfr. ainda *supra*, Introdução, 2.2.

de *ser* das comunidades humanas na Idade Contemporânea deverá privilegiar, *per rerum naturam*, “a inclusão ou integração à exclusão ou marginalização social das pessoas [assegurando] que cada ser humano disponha dos meios materiais que lhe permitam uma existência condigna”<sup>1442</sup>. Se aplicarmos este arquétipo ao contexto do *thema probandum*, a *esfera cultural* do Estado de Direito democrático e social, aceitaremos como solução coerente entre o especial e o geral que a possibilidade do ser humano aceder aos pressupostos materiais necessários e suficientes para *inventar, produzir e divulgar* as suas criações artísticas, nomeadamente literárias, e científicas<sup>1443</sup> representa um factor decisivo para a satisfação do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade<sup>1444</sup> e, em última análise, um afloramento do respeito pela sua dignidade enquanto pessoa<sup>1445</sup>.

### **2.3.2.2. O objecto do direito de acesso à criação cultural**

O âmbito de protecção do direito de *acesso à criação cultural* é normalmente associado pela comunidade científica à liberdade de criação intelectual, artística e científica<sup>1446</sup>. Sem embargo da bondade da doutrina mencionada, o direito em apreço não se circunscreve a reconhecer às pessoas uma possibilidade de *facere*, especificamente uma liberdade de criação no domínio intelectual, nomeadamente artístico ou científico, sem que o poder político coloque impedimentos ou restrições à evolução do conhecimento, nem sequer a reconhecer os eventuais benefícios que esse

---

<sup>1442</sup> Cfr. ainda PAULO OTERO, *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, p. 556.

<sup>1443</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1444</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1445</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1446</sup> Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação I ao artigo 78.º, e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação I ao artigo 78º, e CARLOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española*, p. 49.

progresso venha eventualmente trazer à humanidade<sup>1447</sup>. Com efeito, o âmbito de protecção do direito de *acesso à criação cultural* constitui um momento lógico e cronologicamente anterior ao exercício das liberdades de criação cultural e consiste na faculdade de percepção dos pressupostos materiais, nomeadamente financeiros, que permitam aos interessados o exercício das liberdades em apreço<sup>1448</sup>.

A posição sustentada encontra arrimo na consagração constitucional das tarefas que incumbem ao Estado Português para satisfação do direito de *acesso à criação cultural* aos seus sujeitos activos. Se compulsarmos a *Constituição da República Portuguesa*, verificamos que, no domínio cultural, o Estado está vinculado às tarefas de (i) “promover a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à criação cultural”<sup>1449</sup>, bem como de (ii) incentivar e apoiar “a criação e investigação científicas”, com escopo delineado de “assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas”<sup>1450</sup>. Considerados os objectivos de ordem programática agora recordados, estamos em condições de confirmar com segurança que o legislador constituinte reconheceu o âmbito de protecção do direito de *acesso à criação cultural* no contexto de um Estado de Direito democrático e social como um conjunto de mecanismos *catalisadores* do acesso das *massas* aos pressupostos materiais, nomeadamente financeiros, necessários ao exercício das liberdades de criação cultural,

---

<sup>1447</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.

<sup>1448</sup> Neste sentido, CARLOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ sustenta que o direito de exigir que os poderes públicos promovam genericamente a cultura, incluindo a arte, a ciência e a investigação científica e tecnológica em benefício do interesse geral constitui um afloramento do princípio da *solidariedade*, cristalizado na *Constitución Española*, à semelhança de outros direitos sociais, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española*, p. 49.

<sup>1449</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, 1.ª e 2.ª partes, da *CRP*.

<sup>1450</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 4, da *CRP*.



em qualquer das fases do procedimento de concretização da actividade ou obra artística ou científica: invenção, produção e divulgação<sup>1451</sup>.

As tarefas constitucionais na esfera cultural mencionadas incidem respectivamente sobre *arte* e *ciência*, domínios intelectuais distintos, quer pelo objecto, quer pelo método. Assim, no âmbito do primeiro, o labor humano concentra esforços no alcance do perfeccionismo da *beleza* mediante a valorização predominantemente subjectiva da *estética*, enquanto no contexto do segundo, a actividade da pessoa está orientada para a busca da *verdade* com recurso estritamente à consideração objectiva da *razão*<sup>1452</sup>. Sem embargo de ambos os domínios em apreço incorporarem o *império* do conhecimento, a manifesta diversidade conceptual e metodológica dos mesmos aconselha a exegese diferenciada, à semelhança da orientação adoptada em sede de análise das correlativas liberdades<sup>1453</sup>.

#### **2.3.2.2.1. O objecto do direito de acesso à criação artística**

O direito de *acesso à criação artística* configura um caso paradigmático de direito de solidariedade que constitui pressuposto do exercício da correlativa liberdade. Com efeito, se o reconhecimento constitucional das liberdades de criação cultural outorgou à autodeterminação pessoal no domínio da cultura a dignidade de que é credora no âmbito da expressão intelectual, segundo uma conhecida expressão, as liberdades em apreço “carecem de utilidade para aqueles a quem faltam os pressupostos materiais do seu exercício”<sup>1454</sup>.

---

<sup>1451</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, 1.º parte, da *CRP*.

<sup>1452</sup> Cfr. *supra*, 1.1.

<sup>1453</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.2.1. e 2.2.2.2.2.

<sup>1454</sup> Cfr. DIETER GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 161.

A análise da dinâmica do sub-sistema cultural permite verificar que, à excepção das denominadas indústrias culturais cuja actividade consiste precisamente na produção, reprodução e conservação de bens e serviços culturais “em série e aplicando uma estratégia de tipo económico, em vez de perseguirem uma finalidade de desenvolvimento cultural”<sup>1455</sup>, e desse modo conseguem a sua auto-sustentabilidade, os *artistas* podem deparar com obstáculos para conseguir reunir os pressupostos materiais necessários à invenção, produção e divulgação das suas criações. Assim sendo, o contexto solidário próprio de um Estado social *sugere* a necessidade da adopção de um conjunto de medidas de apoio aos interessados por forma a conferir exequibilidade ao exercício das liberdades de criação cultural pela generalidade das pessoas interessadas; medidas essas que não incumbem necessariamente ao Estado, nem às demais entidades públicas, uma vez que a *Constituição da República Portuguesa* prevê a colaboração de entidades privadas nesta tarefa, merecendo especial destaque, no âmbito da criação artística, os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio<sup>1456</sup>. A colaboração de entidades privadas neste domínio assegura melhor a neutralidade da acção de financiar porque o mecenato público não consegue evitar a dupla desconfiança crónica, por um lado, sobre o (i) cumprimento do princípio da neutralidade do Estado em matéria cultural<sup>1457</sup> quando o sujeito passivo do direito está incumbido de providenciar os meios necessários ao exercício da liberdade de criação artística pelo sujeito activo<sup>1458</sup> e, por outro lado, sobre a (ii) racionalidade da implementação das medidas em apreço num contexto estrutural

---

<sup>1455</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.1.

<sup>1456</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, 3.ª parte, da *CRP*.

<sup>1457</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*; cfr ainda *infra*, 6.6.

<sup>1458</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, 1.ª e 2.ª partes, da *CRP*, e, no plano doutrinário, STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 20.

de escassez dos recursos, assunto que provoca a reabertura quotidiana do debate acerca das prioridades do Estado social<sup>1459</sup>.

#### **2.3.2.2.2. O objecto do direito de acesso à criação científica**

A tentativa de abordagem do direito de *acesso à criação científica* começa por revelar que o único aspecto reconhecidamente consensual nas relações entre política e ciência é a *conflitualidade imemorial* “entre *poder e saber*”<sup>1460</sup>. A maior controvérsia na indissociável coexistência destes dois sub-sistemas sociais interactivos<sup>1461</sup> reside na problemática compatibilidade entre a liberdade de ciência e a *iurisdictio imperi* do poder político, porque a “investigação científica parece consistir, por definição, no domínio da mais pura autonomia, enquanto a organização política e administrativa da comunidade humana em que o cientista desenvolve a sua actividade é, também por definição, o domínio da heteronomia”<sup>1462</sup>. Em suma, “o verdadeiro problema das relações entre a ciência (ou melhor, a liberdade de ciência) e a política consiste em conciliar a liberdade de ciência com a necessidade de um aparelho organizatório público de suporte e de financiamento. Porque a liberdade de ciência consiste também em fornecer a quem desenvolve actividades no campo da investigação científica os meios e os instrumentos organizatórios e financeiros para que a investigação possa efectivamente (e livremente) desenvolver-se”<sup>1463</sup>.

---

<sup>1459</sup> Neste sentido, FRANCESCO RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, p. 171/172.

<sup>1460</sup> A expressão é de MARIO NIGRO, *Lo stato e la ricerca scientifica*, p. 740.

<sup>1461</sup> Cfr. *supra*, II, 1.4.

<sup>1462</sup> Cfr. MARIO NIGRO, *Lo stato e la ricerca scientifica*, p. 741/742.

<sup>1463</sup> A síntese é de TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, p. 686; no mesmo sentido, MANUEL CONTRERAS CASADO, *El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado autonómico*, in RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (org.), *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 130.

Se o relacionamento entre política e ciência é por natureza conflituoso, sucede que no contexto do Estado social, o poder político está incumbido de *incentivar* e *apoiar* a investigação científica e a inovação tecnológica<sup>1464</sup>, proporcionando as condições para que ambas se desenvolvam em liberdade. Deste modo, à semelhança da questão suscitada acerca da liberdade de criação artística, também nesta sede se coloca o problema do cumprimento do princípio da neutralidade do Estado em matéria cultural<sup>1465</sup> quando o sujeito passivo do direito está incumbido de providenciar os meios necessários ao exercício da liberdade de criação científica pelo sujeito activo<sup>1466</sup>.

### **2.3.2.3. O conteúdo do direito de acesso à criação cultural**

O direito de *acesso à criação cultural* não consiste numa simples liberdade para criar, produzir e divulgar, através da materialização de um objecto ou da realização de uma actividade, uma ideia no domínio do conhecimento, na medida em que esse é o âmbito de protecção assegurado pela *liberdade de criação cultural*<sup>1467</sup> e não decorre da *mens legislatoris constituentium*, nem da *mens legis constitutionalis* algum indício de vontade de reconhecer o mesmo âmbito de protecção em dois preceitos diversos. Aliás, quer o elemento literal, enunciado liberdade *de criação intelectual, artística e científica*<sup>1468</sup> v. enunciado direito de *acesso à criação cultural*<sup>1469</sup>, quer o elemento sistemático, reconhecimento no âmbito dos *direitos, liberdades e garantias* v. reconhecimento em sede de *direitos, económicos, sociais e culturais*, auxiliam o intérprete a reconstruir o *pensamento legislativo constituinte* no sentido de concluir que

---

<sup>1464</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 4, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1465</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*; cfr ainda *infra*, 6.6.

<sup>1466</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 4, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1467</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.2.

<sup>1468</sup> Cfr. artigo 42.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1469</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

no texto constitucional estão reconhecidos dois direitos fundamentais com âmbito de protecção distinta, respectivamente, (i) *liberdade de inventar, produzir e divulgar uma obra de arte ou uma criação científica* e (ii) *incentivo e apoio materiais para inventar, produzir e divulgar as mesmas*<sup>1470</sup>.

Apesar do reconhecimento constitucional expresso de um direito de *acesso à criação cultural*, o panorama nas sociedades contemporâneas não é animador: os recursos económicos, por definição, são escassos<sup>1471</sup> e os órgãos de condução política do Estado continuam a debater-se permanentemente com o problema intrínseco ao Estado social do estabelecimento de prioridades na realização das políticas públicas destinadas à providência de bens e serviços adequados à satisfação dos direitos de solidariedade<sup>1472</sup>. Se a imagem financeira que o *sensu comum* formou nas últimas décadas acerca dos artistas corresponde à de um *caçador de subsídios*, também a função dos investigadores nem sempre é devidamente reconhecida, e ainda menos valorada, quer pelo poder político, quer pela Sociedade Civil. A título de ilustração da conjuntura das relações entre política e criação cultural nos vários Estados da Europa meridional, podemos mencionar com oportunidade os termos com que TEMISTOCLE MARTINES descreve a conjuntura em Itália: “falta (...) uma política de investigação científica que estabeleça uma aliança de âmbito constitucional entre os *criadores* do mundo futuro (os cientistas) e os organizadores do mundo presente (políticos e técnicos da administração)” na medida em que, a par das liberdades de criação artística e científica

---

<sup>1470</sup> A satisfação do direito de *acesso à criação cultural* constitui um problema que assume progressivamente maiores dimensões nas sociedades actuais na medida em que, citando RAFAEL BARRANCO, “a cultura não aprendeu a funcionar sem dinheiro e parece, por agora, que isso não será possível nunca”, *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura*, p. 206.

<sup>1471</sup> Neste sentido, PAUL SAMUELSON e WILLIAM NORDHAUS definem *economia* nos seguintes termos: “é o estudo do modo como as pessoas e a sociedade decidem empregar recursos escassos, que poderiam ter utilizações alternativas, para produzir bens variados e para os distribuir para consumo, agora ou no futuro, entre as várias pessoas e grupos da sociedade”, *Economia*, p. 6.

<sup>1472</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4., 1.6.1. e 1.6.3.

e de ensino<sup>1473</sup>, a *Costituzione italiana* consagra o dever da República “promover o desenvolvimento da cultura e da investigação científica e técnica”<sup>1474</sup>.

### **2.3.2.3.1. O conteúdo do direito de acesso à criação artística**

A análise dos ordenamentos jurídicos mencionados na presente investigação permite verificar a existência de uma pluralidade de soluções legislativas positivantes de mecanismos de apoio à criação artística. Considerando a diversidade e heterogeneidade destes mecanismos, cremos por necessário e conveniente estabelecer uma classificação dos mesmos segundo um critério que atenda às actividades culturais financiadas, às fases dos procedimentos culturais apoiadas e aos mecanismos de apoio em concreto.

Deste modo, quanto ao financiamento da criação artística<sup>1475</sup>, podemos distinguir entre financiamento da invenção<sup>1476</sup> e financiamento da produção e divulgação<sup>1477</sup>. Assim, quanto ao (i) financiamento da invenção é passível de ser concretizado em ajudas directas<sup>1478</sup> ou ajudas indirectas<sup>1479</sup>. A título de especificação dos modos de financiamento identificados, as (α) ajudas directas podem ser de ordem (1) *material*, como *v. g.*, locação de espaços, disponibilidade de equipamentos (aparelhos audiovisuais, livros, publicações periódicas,...), ou fornecimento de matérias primas, em qualquer dos casos a preços inferiores aos de mercado, e ainda ajudas de carácter

---

<sup>1473</sup> Cfr. artigo 33.º, n.º 1, da *Costituzione Italiana*.

<sup>1474</sup> Cfr. artigo 9.º, *idem*; TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, p. 686, para uma súmula da organização administrativa italiana em matéria de investigação científica, *cfr.* p. 686/687.

<sup>1475</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 3, 2.ª parte, e 78.º, n.º 2, b), 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1476</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *Droit et politique de la culture*, p. 377 e ss.

<sup>1477</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 362 e ss.

<sup>1478</sup> Cfr. artigo 9.º e ss. do Decreto-Lei n.º 25/2006, de 13 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 196/2008, de 6 de Outubro, e, no plano doutrinário, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 378/379.

<sup>1479</sup> Cfr. artigo 28.º e ss. do mesmo diploma e, no plano doutrinário, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 380 e ss.

acessório como tarifas bonificadas em viagens, transportes e portes de correio<sup>1480</sup>, de ordem (2) *financeira*, que consistem na entrega de subvenções monetárias<sup>1481</sup>, ou de ordem (3) *tributária*, que consiste na atribuição de benefícios fiscais que resultam no desagravamento do rendimento tributável e, em última análise, do imposto a pagar<sup>1482</sup>. Quanto às (β) ajudas indirectas consistem na intervenção pública no mercado de arte que pode consistir na *compra de bens e serviços* para assegurar o escoamento de um mínimo de criação aos artistas, bem como uma maior divulgação da mesma<sup>1483</sup> ou na *aprovação de normas reguladoras* destinadas a assegurar a concorrência no mercado de arte<sup>1484</sup> e que, em termos práticos, resultam normalmente numa protecção aos criadores e, ou, aos pequenos produtores<sup>1485</sup>. O (ii) financiamento da produção e da divulgação, por seu turno, tem como beneficiários, quer os inventores, quer as indústrias culturais, e não atinge o impacto social que assume o financiamento à invenção na medida em que estas últimas, por definição, actuam em função de critérios de natureza comercial, isto é, na busca do lucro. No entanto, é possível verificar a existência de alguns mecanismos de apoio a estas indústrias como, *v. g.*, a celebração de contratos de *serviço de interesse geral* com operadores de rádio e de televisão que estabelecem uma quota mínima de emissão para obras musicais ou cinematográficas de criação nacional em compensação do financiamento público<sup>1486</sup> ou a aprovação de *legislação protectora da obra original*,

---

<sup>1480</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 2, a), da CRP, e, no plano doutrinário, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 483/484.

<sup>1481</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 484.

<sup>1482</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 484/485.

<sup>1483</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 2, b), 2.ª parte, da CRP, e, no plano doutrinário, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *Droit et politique de la culture*, p. 380/381.

<sup>1484</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 381 e ss.

<sup>1485</sup> Como, *v. g.*, a fixação do preço mínimo de um livro, de um CD ou de um DVD que *incorporem* uma criação musical ou cinematográfica, respectivamente.

<sup>1486</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *Droit et politique de la culture*, p. 362/363.

nomeadamente pela tipificação da produção ou distribuição de cópias ilegais como ilícito criminal<sup>1487</sup>.

#### **2.3.2.3.2. O conteúdo do direito de acesso à criação científica**

O incentivo e apoio à investigação científica que incumbem ao Estado no âmbito de um dever genérico de *fomento da investigação*<sup>1488</sup>, respeitam ao “apoio às actividades directamente conducentes a descobertas científicas ou a avanços tecnológicos, incluindo a divulgação dos resultados obtidos que constitui, sem dúvida, um meio de fomentar a investigação”<sup>1489</sup>, e são passíveis de concretização, quer mediante apoio directo, quer mediante apoio indirecto. Quanto ao (i) apoio directo materializa-se na institucionalização, apetrechamento adequado e financiamento permanente de estruturas administrativas vocacionadas para a realização de actividades destinadas à promoção da investigação científica (bibliotecas, centros de estudo, *fora* de debate, laboratórios,...)<sup>1490</sup>. O (ii) apoio indirecto, por seu turno, concretiza-se mediante o estímulo de actividades de investigação empreendidas por pessoas humanas ou pessoas colectivas, públicas ou privadas, materializada na atribuição de (α) subvenções financeiras em razão da actividade desenvolvida (bolsas de estudos, contratos de investigação, lançamento de programas de *Investigação & Desenvolvimento*,...) ou de (β) recompensas pelo mérito dos resultados alcançados (prémios monetários)<sup>1491</sup>.

---

<sup>1487</sup> Cfr. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *idem*, p. 363/364.

<sup>1488</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 4, 1.ª parte, da CRP.

<sup>1489</sup> Cfr. MANUEL CONTRERAS CASADO, *El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado autonómico*, p. 130.

<sup>1490</sup> Cfr. MANUEL CONTRERAS CASADO, *idem*, p. 130/131, e FRANCESCO MERLONI, *Ricerca scientifica – Organizzazione e attività*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 404.

<sup>1491</sup> Cfr. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 23, MANUEL CONTRERAS CASADO, *idem*, p. 130, e FRANCESCO MERLONI, *ibidem*.



Apesar de considerarmos que o financiamento da investigação científica e da inovação tecnológica carecem de um debate aprofundado ao nível dos decisores políticos supremos do Estado acerca do *reforço da competitividade* e da *articulação entre as instituições científicas e as empresas*<sup>1492</sup>, em jeito de balanço não podemos deixar de considerar o apoio indirecto como o modelo de financiamento mais adequado a assegurar o rigoroso cumprimento do princípio da neutralidade do Estado em matéria cultural<sup>1493</sup>, assim como o mais coerente com a configuração contemporânea do Estado social como *Estado activador, infra-estrutural, ou regulador* cujas estruturas organizatórias e respectiva actividade estão modeladas segundo um princípio genérico da *subsidiariedade*, nas suas vertentes de *supletividade, proximidade e parceria*<sup>1494</sup>.

### **2.3.3. O direito à educação, nomeadamente ao ensino**

#### **2.3.3.1. Os sujeitos: a titularidade do direito**

O direito à *educação*, ou direito a receber educação, que GEORG FRIEDRICH HEGEL qualificou como “um segundo nascimento do homem”<sup>1495</sup>, é reconhecido pela *Constituição da República Portuguesa* a toda a pessoa humana<sup>1496</sup>, incluindo cidadãos portugueses<sup>1497</sup>, estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal<sup>1498</sup>.

---

<sup>1492</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, *in fine*, da CRP.

<sup>1493</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da CRP.

<sup>1494</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.3.; contra, embora sem fundamentar a posição que adopta, MANUEL CONTRERAS CASADO sustenta a vinculação do Estado a prestar apoio directo à investigação e criação científicas, *El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado autonómico*, p. 130/131.

<sup>1495</sup> A citação foi recolhida em PETER HÄBERLE, *La Constitución como cultura*, p. 196.

<sup>1496</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 1, 1.ª parte, da CRP.

<sup>1497</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da CRP.

<sup>1498</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1 e 2, da CRP. Cfr. ainda, em termos doutrinários, no mesmo sentido, MANUEL SALGUERO, *El derecho a la educación*, p. 803/804, e LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *El sistema de derechos fundamentales*, p. 489; em sentido diverso, embora em análise à *Costituzione Italiana*, E. SPAGNA MUSSO sustenta que apenas o cidadão italiano é titular do direito *ao ensino* com exclusão das demais pessoas porque revestindo a natureza de um direito de prestação não é legítimo impor ao Estado italiano a obrigação de suportar financeiramente a formação de estrangeiros e apátridas, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 152. A posição não é sustentável à luz da *Constituição da*

O reconhecimento do direito à *educação* a todos é, em primeiro lugar, uma exigência da *dignidade humana* na medida em que somente com a aquisição de cultura a pessoa está apta a disfrutar na plenitude da sua própria racionalidade, assim como a integrar-se sem discriminação na vida da comunidade em que se insere, nomeadamente a exercer de forma consciente os direitos fundamentais de participação política constitucionalmente reconhecidos<sup>1499</sup>. Consequentemente, a satisfação do direito em apreço é uma exigência do *Estado de Direito democrático e social*<sup>1500</sup> porque decorre desta concepção sobre a configuração das relações entre o poder político e a Sociedade Civil que “assegurar o gozo dos direitos e liberdades fundamentais”, em geral<sup>1501</sup>, assim como “assegurar o ensino e a valorização permanente”, em especial<sup>1502</sup>, são tarefas fundamentais do Estado que, deste modo, está incumbido, em última análise, de “remover os obstáculos de ordem económica e social” ao exercício dos direitos fundamentais mencionados pelos seus sujeitos activos<sup>1503</sup>.

---

*República Portuguesa* por força do disposto no seu artigo 15.º, conforme mencionado no texto; quanto aos argumentos de ordem financeira, consideramos que não releva a nacionalidade mas a circunstância de contribuir ou não para os gastos públicos e, portanto, os estrangeiros que residam em Portugal e aqui sejam tributados, assim como os seus filhos e demais dependentes, são sujeitos activos do direito *ao ensino* com fundamento directo na Constituição, enquanto aos demais estrangeiros e apátridas, o Estado Português pode reconhecer o mesmo direito por acto legislativo.

<sup>1499</sup> Neste sentido, E. SPAGNA MUSSO que se pronuncia pela necessidade de “uma participação qualitativa”, i. é, aferida pela “idoneidade de cada cidadão realizar uma escolha livre e consciente entre as várias hipóteses de orientação e direcção submetidas ao seu juízo”, *idem*, p. 47, e VIEIRA DE ANDRADE, *Educação – Liberdade fundamental e direito social*, p. 1/2.

<sup>1500</sup> A referência feita no texto ao *Estado de Direito democrático e social*, e não apenas ao Estado social, pretende destacar que “os direitos fundamentais em matéria de educação não devem ser entendidos como uma simples manifestação do Estado social pois, embora supostamente o sejam, antes disso são uma exigência da autonomia individual e da participação política”, cfr., neste sentido, LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *El sistema de derechos fundamentales*, p. 495.

<sup>1501</sup> Cfr. artigo 9.º, b), 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1502</sup> Cfr. *idem*, f).

<sup>1503</sup> A expressão é de E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 49, adoptada também por SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 70, cfr. no mesmo sentido, SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 112/123.

Apesar da orientação adoptada no sentido de proceder a uma análise antropocêntrica<sup>1504</sup> da *Constituição da República Portuguesa*, não podemos omitir referência ao impacto que a prestação, ou o simples fomento, de um *serviço de interesse geral* de ensino aos seus cidadãos provoca na dinâmica de uma sociedade pois, como demonstrou categoricamente FRANCIS FUKUYAMA, existe uma “relação estreita entre o desenvolvimento económico, os níveis educacionais e a democracia”<sup>1505</sup>. Aponta o autor como argumentos decisivos para sustentar esta máxima sociológica as premissas segundo as quais, em primeiro lugar, (i) “as sociedades industriais têm necessidade de um grande número de trabalhadores, gestores e intelectuais altamente especializados e educados (...); essas sociedades não podem existir sem uma organização educacional especializada”<sup>1506</sup>. Considerando, num segundo momento, que (ii) “o autoproclamado objectivo da moderna educação é “libertar” as pessoas de preconceitos e formas tradicionais de autoridade [uma vez que] as pessoas educadas aprendem a pensar por si próprias (...), a educação faz também que as pessoas exijam mais de si e para si; por outras palavras, adquirem um certo sentido de dignidade que querem ver respeitado pelos seus concidadãos e pelo Estado”<sup>1507</sup>.

### **2.3.3.2. O objecto do direito**

O âmbito de protecção do direito à *educação* consiste na assimilação ou aquisição de cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista, isto é, de valores éticos, filosóficos, morais, de hábitos, de idioma, eventualmente de crenças religiosas, e simultaneamente de conhecimento intelectual, por forma “a receber uma

---

<sup>1504</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.2.

<sup>1505</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da História e o último Homem*, p. 121.

<sup>1506</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *idem*, p. 127.

<sup>1507</sup> Cfr. FRANCIS FUKUYAMA, *ibidem*.

formação integral que contribua para o pleno desenvolvimento da personalidade” de um ser humano<sup>1508</sup>. A *Constituição da República Portuguesa*, além de reconhecer em termos gerais o direito à *educação* no sentido agora mencionado<sup>1509</sup>, consagra meios para a sua realização e objectivos a atingir com a mesma. Assim, quanto aos meios, a formação integral da pessoa nos termos mencionados é susceptível de ser adquirida no âmbito da família, da sociedade, de associações de juventude, do sistema de ensino institucionalizado, das relações laborais ou de qualquer outro meio formativo<sup>1510</sup>. Como escopo a prosseguir, a *Constituição* incumbe o Estado de promover a *educação* com vista a contribuir para “a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva”<sup>1511</sup>. Qualquer dos objectivos enunciados reveste invariavelmente carácter personalista, solução que indexa a actividade educativa do Estado e dos demais agentes educativos, em última análise, à dignidade humana, valor supremo suprajacente a todos os direitos fundamentais<sup>1512</sup>, e não a qualquer interesse público conexo com a razão de Estado. O entendimento agora

---

<sup>1508</sup> A expressão é de LORENZO COTINO HUESO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, p. 54; em sentido diverso, LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO sustenta, com fundamento no disposto no artigo 27.º, n.º 3, da *Constitución Española* que “o direito dos pais a que a educação respeite as suas convicções circunscreve-se ao âmbito religioso e moral”, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 497; sem entrarmos de momento na análise do ordenamento jurídico espanhol, a posição de DíEZ-PICAZO não é sustentável à luz da *Constituição da República Portuguesa* por força do princípio da neutralidade do Estado em matéria cultural (cfr. artigo 43.º, n.º 2, e *infra*) e ainda porque o direito dos pais à educação dos filhos não está circunscrito a qualquer domínio em especial (artigo 36.º, n.º 5, e *infra*, 3.2.). Sobre o âmbito de protecção do direito à educação, apesar do disposto no artigo 2.º do *Protocolo/CEDH* coincidir com os termos do artigo 27.º, n.º 3, da *Constitución Española*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pronunciou-se no sentido amplo, i. é, em termos coincidentes com os sustentados no texto, cfr., selectivamente, Acórdãos CAMPBELL & COSANS v. UNITED KINGDOM, § 32 e ss., e ainda ORSUS e outros v. CROÁCIA, de 16 de Março de 2010, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97689#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["15766/03"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-97689"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97689#{), § 146 e ss.

<sup>1509</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1510</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 2, 2.ª parte, neste sentido, LORENZO COTINO, *idem*, p. 54 e ss.

<sup>1511</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 2, 3.ª parte, da *CRP*.

<sup>1512</sup> Cfr. *supra*, 2.1.

exposto foi ainda acolhido expressamente pelo legislador constituinte ao consagrar o *princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural*<sup>1513</sup> que afasta a possibilidade do poder político dirigir a educação, à boa maneira *bonapartista*<sup>1514</sup>, com vista à doutrinação da Sociedade Civil em função de interesses estritamente públicos<sup>1515</sup>.

A solução consagrada na *Constituição da República Portuguesa*, nos termos agora enunciados, é a única que se afigura coerente com a configuração dos direitos culturais tal como estão reconhecidos em sede de *Direito Internacional dos Direitos Humanos*<sup>1516</sup>, nomeadamente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, embora não contemple uma definição, descreve como objectivo desta actividade humana “a plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz”<sup>1517</sup> e que funciona, neste contexto, como parâmetro hermenêutico do artigo 73.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*<sup>1518</sup>.

Associado a este direito, mas com um âmbito de protecção menos extenso, está o direito *ao ensino*, algumas vezes identificado, numa expressão puramente doutrinária, por direito *à instrução*<sup>1519</sup>, cujo âmbito de protecção se circunscreve à cultura em

---

<sup>1513</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1514</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 2.4.

<sup>1515</sup> Segundo LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, “a configuração constitucional do ensino como actividade livre não obsta à sua simultânea configuração como tarefa do Estado, ambos os aspectos devem co-existir: nem o Estado pode assumir um monopólio sobre o ensino, nem os privados podem privar o Estado do seu encargo, tanto regulador como prestacional, na matéria, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 496/497.

<sup>1516</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 2, da *DUDH*, artigo 13.º, n.º 1, do *PIDESC*, e artigo 2.º, 2.ª parte, do *Protocolo/CEDH*.

<sup>1517</sup> Cfr. novamente artigo 26.º, n.º 2, da *DUDH*.

<sup>1518</sup> Cfr. *supra*, II, 2.3.2.

<sup>1519</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 127 e ss., e LORENZO COTINO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, p. 56 e ss.

sentido humanista, isto é, à assimilação de conhecimento intelectual, nomeadamente artístico ou científico<sup>1520</sup>. À semelhança da metodologia adoptada anteriormente, quer em sede de *liberdade de ensinar*<sup>1521</sup>, quer em sede de *liberdade de aprender*<sup>1522</sup>, neste momento orientamos a investigação subsequente para o âmbito do ensino, especificamente para o direito a frequentar o sistema de ensino institucionalizado que permita obter conhecimentos no âmbito da arte ou da ciência, assim como os respectivos diplomas comprovativos de uma habilitação legalmente reconhecida.

### 2.3.3.3. O conteúdo do direito

O direito à *educação*, na sua componente de direito *ao ensino* que, em conformidade com o rumo adoptado para a investigação, constitui o nosso centro de interesses imediato, está reconhecido pela *Constituição da República Portuguesa* nas versões de (i) direito de acesso ao ensino em geral<sup>1523</sup> e (ii) direito de acesso ao ensino superior em especial<sup>1524</sup>. Apesar da dualidade de regimes jurídicos consagrados no texto constitucional, o direito *ao ensino* reveste carácter unitário por similitude no que concerne ao respectivo âmbito de protecção, constituindo a *igualdade material* de oportunidades no acesso à escola e à obtenção de êxito na frequência da mesma o respectivo núcleo essencial, no entanto o alcance e a extensão desse conteúdo poderá variar em função do grau de ensino em questão<sup>1525</sup>.

O direito em apreço não consiste numa simples liberdade para ingressar no sistema de ensino institucionalizado, isto é, numa escola pública ou, em alternativa,

---

<sup>1520</sup> Neste sentido, JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, p. 127, e LORENZO COTINO, *idem*, p. 57; cfr., no plano normativo, artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*, artigo 26.º, n.º 1, da *DUDH*, artigo 13.º, n.º 2, do *PIDESC*, e artigo 2.º, 1.ª parte, do *Protocolo/CEDH*.

<sup>1521</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.

<sup>1522</sup> Cfr. *supra*, 2.2.4.

<sup>1523</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1524</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1525</sup> Cfr. *infra*.

numa escola privada ou cooperativa de interesse público reconhecido<sup>1526</sup>, na medida em que esse é o âmbito de protecção assegurado pela *liberdade de aprender*<sup>1527</sup> e, seguindo a metodologia adoptada em sede de análise do direito de *acesso à criação cultural*, não existem indícios, no plano hermenêutico, de reconhecimento do mesmo âmbito de protecção em dois preceitos distintos. Com efeito, quer o elemento literal, enunciado *liberdade de aprender*<sup>1528</sup> v. enunciado *direito ao ensino*<sup>1529</sup>, quer o elemento sistemático, reconhecimento no âmbito dos *direitos, liberdades e garantias* v. reconhecimento em sede de *direitos, económicos, sociais e culturais*, certificam que no texto constitucional estão reconhecidos dois direitos fundamentais com âmbito de protecção diversa, respectivamente, (i) *aprender em liberdade* e (ii) *ingressar na escola com garantia de igualdade de oportunidades de acesso e de êxito escolar*<sup>1530</sup>.

O reconhecimento, primeiro constitucional e depois internacional, de um direito à *educação*, e especificamente ao *ensino*, remonta à *questão social*<sup>1531</sup> e à constatação empiricamente “extraída da experiência vivida na primeira metade do século XIX, segundo a qual o conjunto de liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais carece de efeito útil para aqueles a quem faltam os pressupostos materiais para o seu

---

<sup>1526</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.2.

<sup>1527</sup> Cfr. *supra*, 2.2.4.2.

<sup>1528</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1529</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1530</sup> Neste sentido, JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, distingue os direitos mencionados no texto, qualificando o primeiro como um direito de liberdade e o segundo como um direito de conteúdo prestacional, p. 63/64 e p. 128/129; cfr. ainda, quanto ao segundo dos direitos mencionados, LORENZO COTINO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, p. 97 e ss., e LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *El sistema de derechos fundamentales*, p. 499. ENRICO SPAGNA MUSSO, em análise à *Costituzione italiana*, pronuncia-se pela existência de um único direito composto por “duas pretensões fundamentais: a primeira, a obtenção de instrução escolar, e, a segunda, a sua liberdade”, *El Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 158; a posição de SPAGNA MUSSO não encontra acolhimento na *Constituição da República Portuguesa* pelos motivos invocados no texto e ainda porque, não coincidindo o âmbito de protecção dos direitos, a *liberdade de aprender* é logicamente passível de ser satisfeita sem a correlativa componente de solidariedade.

<sup>1531</sup> Cfr. *supra*, II, 1.2.2.

exercício”<sup>1532</sup>. Ainda na actualidade, “a liberdade de ensino em estado puro marginaliza da educação importantes sectores da população por razões sociais e económicas e gera, portanto, discriminações pois nem todos conseguirão acesso por igual a uma mesma formação”<sup>1533</sup>. Com efeito, quando verificamos que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* reconhece literalmente que “toda a pessoa tem direito à educação”<sup>1534</sup>, cuidando ainda de especificar que “a educação terá por objectivo o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos étnicos ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz”<sup>1535</sup>, consideramos oportuna e pertinente a questão suscitada por JOSÉ GÓMEZ DEL PRADO nos seguintes termos: “que significado têm estes belos princípios (...) na vida dos meninos soldados da República Democrática do Congo, da Libéria ou da Serra Leoa, cinquenta anos depois da sua proclamação”<sup>1536</sup>?”

O conteúdo do direito *ao ensino* deve, nestes termos, ser entendido como “a possibilidade de exigir dos poderes públicos o acesso a uma determinada formação”<sup>1537</sup>. Se desejarmos concretizar esta ideia em função do regime jurídico consagrado na *Constituição da República Portuguesa*, poderemos enunciar o conteúdo do direito em

---

<sup>1532</sup> A expressão é de DIETER GRIMM que acrescenta “este juízo é tão elementar que nem sequer o liberalismo pôde ignorá-lo”, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 161.

<sup>1533</sup> Cfr. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, p. 132.

<sup>1534</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, 1.ª parte, da DUDH.

<sup>1535</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

<sup>1536</sup> Cfr. JOSÉ L. GÓMEZ DEL PRADO, *El derecho a la educación y la educación de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas*, in GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA y JOSÉ M.ª CONTRERAS MAZARIO, *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 79/80; sobre esta questão, cfr. ainda PAULO BEZERRA, *O ensino jurídico à luz do direito fundamental à educação*, p. 184 e ss.

<sup>1537</sup> A expressão é de JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, p. 132, cfr. ainda p. 135 e ss., cfr., no mesmo sentido, GERMAN GOMEZ ORFEL, *Derecho a la educación y libertad de enseñanza – Naturaleza y contenido*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ano 3, n.º 7, 1983, p. 415 e ss., e LORENZO COTINO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, 119/120.



apreço como o conjunto de faculdades que permitem obter do Estado, ou eventualmente de outras entidades públicas ou privadas que pratiquem o mecenato, integralmente e em tempo útil, os pressupostos materiais, nomeadamente financeiros<sup>1538</sup>, necessários para que a pessoa humana possa ingressar no sistema de ensino institucionalizado com garantia de igualdade de oportunidades no acesso à escola e na frequência com êxito, ou aproveitamento, do ensino básico<sup>1539</sup>.

A referência feita no momento de abertura do presente *item* ao conteúdo diferenciado do direito *ao ensino* em função do nível de escolaridade em questão está constitucionalmente configurada nos termos que passamos a descrever. O (i) direito ao ensino com garantia de igualdade de oportunidades de acesso e de êxito escolar<sup>1540</sup> é reconhecido em termos gerais a todas as pessoas mencionadas anteriormente, isto é, aos cidadãos portugueses e ainda a estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal<sup>1541</sup>. Com vista à satisfação deste direito, o Estado Português está incumbido constitucionalmente de assegurar um *serviço de interesse geral*, adequado a ministrar o *ensino básico* universal, obrigatório e gratuito a todos os seus sujeitos activos<sup>1542</sup>. Por

---

<sup>1538</sup> Neste sentido, E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 49.

<sup>1539</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*; no mesmo sentido, cfr. E. SPAGNA MUSSO, *idem*, p. 115/156, SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 112/123, e SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 69/70.

<sup>1540</sup> Cfr. ainda artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1541</sup> Cfr. *supra*, 2.3.1.1., e ainda, no mesmo sentido, LUIZ MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 499.

<sup>1542</sup> Cfr. artigos 74.º, n.º 2, a), e 13.º, n.º 1, da *CRP*; invocamos neste caso o princípio da *igualdade* e não o princípio da *universalidade* porque este último se reporta à titularidade de direitos fundamentais (neste sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 416/417) e no presente caso não invocamos uma norma constitucional que confira uma posição subjectiva às pessoas mas uma norma que incumbe o Estado de uma tarefa, portanto está em causa *a medida de tratamento* das pessoas que as entidades públicas devem observar no relacionamento com aquelas (J. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, p. 93/94, e J. MARTINS CLARO, *O princípio da igualdade*, p. 32/33). Uma caracterização do *serviço de interesse geral* de ensino constitucionalmente adequada, baseada na (i) disponibilidade de recursos humanos e materiais, na (ii) garantia de acessibilidade, na (iii) qualidade do ensino adequada à obtenção de êxito escolar e na (iv) adequação dos *curricula* de ensino às necessidades dos alunos e da sociedade em que se inserem, pode ser consultada em LORENZO COTINO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, p. 163 e ss.; sobre este assunto, cfr. ainda VIEIRA DE ANDRADE, *Educação – Liberdade fundamental e direito social*, p. 3, e MANUEL SALGUERO, *El derecho a la educación*, p. 806.

seu turno, o mesmo (ii) direito ao ensino, quando está em causa o acesso ao *ensino superior*, embora subordinado aos princípios da igualdade de oportunidades e da democratização do sistema de ensino, está colocado, de certo modo em *contra senso* com os princípios agora mencionados, na dependência das necessidades em quadros qualificados e da elevação do nível educativo, cultural e científico do país<sup>1543</sup> e ainda a uma “reserva do financeiramente possível”<sup>1544</sup> na medida em que a *Constituição* não vincula o Estado Português a financiar, nem imediata, nem integralmente, o ensino superior mas apenas a “estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino”<sup>1545</sup>.

A configuração constitucional do conteúdo do direito *ao ensino* nos termos descritos suscita algumas questões juridicamente relevantes. A (i) primeira respeita ao conceito de *ensino básico* que o legislador constituinte não define em razão da idade dos alunos, nem em razão dos respectivos ciclos de estudos<sup>1546</sup>, apenas lhe outorga as características de universalidade<sup>1547</sup>, obrigatoriedade (de frequência) e gratuidade. Compulsando o ordenamento *infra* constitucional, verificamos que o legislador ordinário consagrou a escolaridade obrigatória entre os seis e os dezoito anos de idade<sup>1548</sup>, cessando no entanto o dever de frequência se o aluno concluir com sucesso o

---

<sup>1543</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1544</sup> A expressão é de GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 172.

<sup>1545</sup> Cfr. artigo 74, n.º 2, e), da *CRP* e ainda artigo 13.º, n.º 2, c), do *PIDESC*; sobre o financiamento do ensino não obrigatório no ordenamento jurídico italiano, cfr. SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 70.

<sup>1546</sup> A definição do conceito de *ensino básico*, pelo menos em termos quantitativos, no texto constitucional não seria sequer inovadora em sede de direito comparado uma vez que a *Costituzione Italiana* fixa o limite mínimo de duração do *ensino* que denomina por *inferior* em oito anos de escolaridade (cfr. artigo 34.º, § 2); em sentido diverso, MANUEL SALGUERO considera que *ensino básico* é aquele que a lei ordinária estabelecer em cada momento, *El derecho a la educación*, p. 805.

<sup>1547</sup> A *universalidade* deverá ser aqui interpretada no sentido conferido ao artigo 13.º, n.º 1, da *CRP*, em conformidade com o princípio hermenêutico da *unidade da Constituição* que manda interpretar a *Constituição* “de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1223.

<sup>1548</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto, e artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 176/2012, de 2 de Agosto.

*ensino secundário* com idade inferior<sup>1549</sup>, e ainda que “no âmbito da escolaridade obrigatória, o ensino é universal e gratuito”<sup>1550</sup>. Atendendo ao regime que o legislador ordinário outorgou ao *ensino obrigatório*, associando-o intrinsecamente à universalidade e à gratuidade, resulta indiferente para efeitos do âmbito de protecção do direito *ao ensino* como direito fundamental, a denominação dos ciclos de ensino como *básico* ou *secundário* uma vez que a *marca* específica de todo o ensino não superior no seu conjunto, que compreende quatro ciclos de estudos<sup>1551</sup> e cuja duração total corresponde a doze anos de escolaridade<sup>1552</sup>, reside na conjugação das três características identificadas, *universalidade, obrigatoriedade e gratuidade*<sup>1553</sup>.

A (ii) segunda questão surge no âmbito do *ensino superior*, cujo conceito o texto constitucional também não define mas associa às Universidades e às escolas que ministram ciclos de estudos de grau equivalente<sup>1554</sup>. Neste caso, o problema reporta-se às condições mencionadas no enunciado do artigo 76.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa* que consubstanciam restrições ao conteúdo do direito na medida em que a Lei Fundamental reconhece um único direito *ao ensino* cujo conteúdo específico consiste nas faculdades de *ingressar no sistema de ensino institucionalizado*

---

<sup>1549</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 4, a), da Lei n.º 85/2009, e artigo 6.º, n.º 4, a) do Decreto-Lei n.º 176/2012.

<sup>1550</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 85/2009 e artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 176/2012.

<sup>1551</sup> Os quatro ciclos de estudos mencionados correspondem a três ciclos de *ensino básico* aos quais acresce um ciclo de estudos de *ensino secundário*, conforme resulta da interpretação conjugada do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 139/2012, de 5 de Julho, e dos anexos I a III ao mesmo diploma, com o artigo 16.º, n.º 1, do mesmo diploma e respectivos anexos IV a VII.

<sup>1552</sup> A duração total do ensino não superior resulta do *cúmulo* de nove anos de *ensino básico* com três anos de *ensino secundário*, cfr. *ibidem*; sobre a estrutura do sistema educativo espanhol, cfr. LORENZO COTINO, *El derecho a la educación como derecho fundamental*, p. 139 e ss.

<sup>1553</sup> Cfr. ainda artigo 74.º, n.º 2, a), da *CRP*; e no plano doutrinário, J. MARTÍNEZ DE PISÓN recorda que sem embargo da multiplicidade de regimes constitucionais e internacional, “a interpretação mais consensual [do artigo 26.º, n.º 1, da *DUDH*] é no sentido do ensino básico estar aberto a todos, independentemente da idade (...), ser obrigatório e gratuito”, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, p. 138/139, cfr. ainda SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 143/144.

<sup>1554</sup> Cfr. artigo 76.º, n.º 1, da *CRP*.

com garantia de igualdade de oportunidades, quer no acesso, quer no êxito escolar<sup>1555</sup>, no entanto o legislador constituinte comprimiu o conjunto de faculdades em apreço sempre que estiver em causa o ingresso e a frequência do ensino superior. Apesar da questão se apresentar em pressupostos diversos daqueles que justificam a consagração de um regime jurídico de restrição de direitos fundamentais por via legal uma vez que neste caso as restrições são impostas nos termos da própria constituição em sentido formal, não deixa de existir uma *tensão dialéctica* entre o preceito em apreço, por um lado, e aqueles que reconhecem, quer o *direito ao desenvolvimento da personalidade*<sup>1556</sup>, quer a *liberdade de escolha da profissão*<sup>1557</sup>, por outro lado. Ora, mesmo aceitando *a priori* que não existem normas constitucionais inconstitucionais “no interior da *mesma* Constituição originária, obra do *mesmo* poder constituinte formal”<sup>1558</sup>, não podemos ignorar que existe uma contradição entre as várias normas constitucionais em apreço porque, de um lado, o direito ao desenvolvimento da personalidade e a liberdade de escolha de profissão<sup>1559</sup> subjazem ao princípio personalista da *dignidade humana*, enquanto, de outro lado, as restrições impostas pela *Constituição* ao direito de acesso ao ensino superior estão aparentemente subordinadas a uma ideia objectiva de *razão de Estado*. Além disso, o próprio direito ao ensino no que

---

<sup>1555</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1556</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, e 73.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1557</sup> Cfr. artigo 47.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1558</sup> Adoptamos neste caso uma posição de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 19/20; no mesmo sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA sustenta que “a cada Constituição formal corresponde uma só Constituição material e existe entre elas uma interpenetração absoluta. A essência da Constituição material encontra-se contida na Constituição formal, e esta projecta, no seu núcleo crucial, aquela”, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, p. 129.

<sup>1559</sup> Apesar do artigo 47.º, n.º 1, da *CRP*, autorizar expressamente o legislador ordinário a impor restrições por motivos de interesse colectivo ou inerente à capacidade do sujeito activo, estas não atentam contra a dignidade humana na medida em que se destinam, respectivamente, a (i) submeter todos os agentes que exerçam à mesma profissão a um regime jurídico, nomeadamente deontológico, único (nesse sentido, J. PACHECO DE AMORIM, *A liberdade de escolha da profissão de advogado – Procedimento administrativo de concretização*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 46) e a (ii) atestar a aptidão da pessoa, em sede de conhecimentos, para o exercício da profissão que escolheram (cfr. J. PACHECO DE AMORIM, *idem*, p. 42).

concerne ao acesso ao ensino superior afigura-se consagrado em termos contraditórios com a tarefa constitucional que incumbe ao Estado de lhe conferir satisfação porque o preceito constitucional que estabelece esta última dispõe apenas que o Estado deve “assegurar a todos *os cidadãos, segundo as suas capacidades*, o acesso aos mais elevados graus de ensino, da investigação científica e da criação artística”<sup>1560</sup>, enquanto o enunciado mediante o qual o legislador constituinte configurou o regime de acesso ao ensino superior, se, por um lado, não distingue a posição jurídica dos cidadãos relativamente às demais pessoas, em contrapartida, impõe imediatamente as restrições de atender às necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país<sup>1561</sup>.

Colocados os pressupostos da questão nestes termos, cremos que, por forma a evitar a ocorrência de uma *tragédia constitucional*, o artigo 76.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa* carece ser interpretado em consonância com os demais preceitos mencionados, em obediência ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição<sup>1562</sup>, e segundo um critério *qualitativo* ou *valorativo* que melhor assegure a protecção da *dignidade humana*<sup>1563</sup>. Consequentemente, serão sujeitos activos do direito *ao ensino* todas as pessoas a quem o texto constitucional reconhece a titularidade de direitos fundamentais, conforme resulta dos princípios da universalidade<sup>1564</sup> e da equiparação dos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses<sup>1565</sup>, uma vez que a

---

<sup>1560</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, d) da *CRP*, itálicos nossos; a criação cultural, artística e científica, mencionada neste preceito, deve ser entendida com âmbito de protecção mais restrito que aquele que lhe reconhecemos em sede de análise do direito *de acesso à criação cultural* (cfr. *supra*, 2.3.2), i. é, quando integradas no sistema de ensino ou numa carreira de interesse público reconhecido, como, v.g., a carreira de investigação científica (cfr. Decreto-Lei n.º 124/99, de 20 de Abril) porque neste contexto a criação artística e científica está associada à “realização da política de ensino” (cfr. artigo 74.º, n.º 2, da *CRP*).

<sup>1561</sup> Cfr. novamente artigo 76.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1562</sup> Cfr. *supra*.

<sup>1563</sup> Cfr. *supra*, 2.2.2.4.1.

<sup>1564</sup> Cfr. artigo 13.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1565</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1, da *CRP*.

*Constituição* não reserva este direito exclusivamente aos cidadãos portugueses<sup>1566</sup>, no entanto o Estado Português apenas está vinculado constitucionalmente a assegurar o exercício do direito em apreço aos cidadãos portugueses, *podendo* também proporcioná-lo, por força de lei ordinária, a estrangeiros e apátridas, nos mesmos termos em que o assegura aos cidadãos portugueses<sup>1567</sup>. Por seu turno, as restrições impostas ao direito ao ensino nos termos do mesmo artigo 76.º, n.º 1, deverão ser interpretadas no sentido do efeito útil das cláusulas referentes às “necessidades em quadros qualificados” e à “elevação do nível educativo, cultural e científico do país” ser o de permitir aos órgãos do poder político, legislativo e administrativo aferirem da capacidade das pessoas, em matéria de conhecimentos artísticos ou científicos, para ingressar no ensino superior<sup>1568</sup>, sendo inconstitucional a imposição de *numerus clausus* por via da lei ordinária em razão de qualquer outro critério<sup>1569</sup>.

Analisado o conteúdo específico do direito *ao ensino* e concluído pela sua natureza prestacional, importa analisar os modelos de satisfação do direito e a respectiva compatibilidade com as regras constitucionais sobre a matéria. O assunto logrou obter *foros de cidade* nas sociedades contemporâneas pelos motivos que foram mencionados em vários momentos do texto e que agora recordamos: o ensino, como procedimento de assimilação de cultura em sentido humanista, é (i) adequado e essencial para assegurar a

---

<sup>1566</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1567</sup> A ressalva mencionada no texto prende-se com a circunstância do *princípio da equiparação*, assim como não permite a discriminação negativa de estrangeiros e apátridas, também não permitir a discriminação positiva dos mesmos.

<sup>1568</sup> Cfr. ainda artigo 13.º, n.º 2, c), do *PIDESC*.

<sup>1569</sup> Neste sentido, HANS JOACHIM FALLER, *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania*, p. 33/34, e Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos MÜRSEL ERAN v. TURQUIA, de 7 de Fevereiro de 2006, disponível na internet em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"appno":\["60856/00"\],"itemid":\["001-72293"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{), § 44.º; em sentido diverso, LUIZ MARÍA DíEZ-PICAZO sustenta que, quanto ao problema de aferir “até que ponto é constitucionalmente admissível a imposição de um número máximo de vagas em determinadas escolas, especialmente as universitárias (...) deve buscar-se um “justo equilíbrio” entre o direito à educação e o interesse geral, (...) que pode ir desde a necessidade de assegurar um mínimo de qualidade docente, que é incompatível com a massificação, até à conveniência de desincentivar certos cursos em que existe super-abundância de licenciados”, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 499/500.

dignidade humana pelo contributo que representa para o enriquecimento da inata racionalidade do *ser humano*, é (ii) indispensável à satisfação do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e, por último, constitui (iii) um factor de elevação qualitativa do exercício do poder político nos regimes democráticos na medida em que contribui para permitir aos cidadãos uma participação política mais consciente, porque esclarecida<sup>1570</sup>. A análise subsequente está inserida numa investigação cujo objectivo é proceder a uma caracterização da *Constituição cultural* portuguesa no seu conjunto<sup>1571</sup>, pelo que, apesar de não ignorarmos a extensão do assunto e sem prejuízo de investigação específica superveniente sobre o mesmo, a abordagem da questão do financiamento do ensino será circunscrita ao contexto dos objectivos mencionados.

Sobre esta questão, a dissecação da Lei Fundamental realizada até ao momento permitiu-nos confirmar a vigência das seguintes regras conexas com o *serviço de interesse geral* de ensino: (i) o Estado Português está constitucionalmente incumbido de criar uma rede de estabelecimentos públicos que cubra as necessidades de toda a população<sup>1572</sup>, (ii) é reconhecido o direito de criação de escolas privadas e cooperativas<sup>1573</sup>, (iii) as escolas, quer sejam instituídas por entidades públicas, por entidades privadas ou por cooperativas, prosseguem sempre uma actividade de interesse público subsumível ao conceito de *serviço de interesse geral*<sup>1574</sup> e, reconhecido o seu

---

<sup>1570</sup> Cfr. *supra* e ainda as resenhas históricas sobre os mecanismos de financiamento dos sistemas de ensino elaboradas por JOSÉ FOLGADO BLANCO, *Modalidades de financiación educativa – Palabras introductorias*, in JESÚS DE POLANCO e RICARDO DÍEZ HOCHLEITNER, *Un futuro para la aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000, p. 171 e ss., por MARIA LUISA MACHADO CERDEIRA, *O financiamento do Ensino Superior Português*, p. 77 e ss., e por PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Concorrência no ensino superior*, p. 108.

<sup>1571</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 2.2.

<sup>1572</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1573</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 4, da *CRP*.

<sup>1574</sup> Neste sentido, embora utilizando ainda o conceito tradicional de *serviço público*, VIEIRA DE ANDRADE, *Educação – Liberdade fundamental e direito social*, p. 4, JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, *El derecho a la educación como servicio público*, in *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 88, 1979, p. 157 e ss., e CARLA AMADO GOMES, *Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior*, p. 46; ainda neste contexto VIEIRA DE

interesse público, são integradas no sistema nacional de educação, no caso das escolas do ensino básico e secundário, ou no sistema de ensino superior, no caso das escolas que leccionam este grau de ensino<sup>1575</sup>. Assim sendo, o sistema de ensino português é unitário, ou seja, compreende todas as escolas oficialmente reconhecidas, independentemente do sector de propriedade em que a mesma está integrada<sup>1576</sup>, pelo que a obrigação de assegurar a gratuidade do ensino básico, universal e obrigatório, assim como a incumbência programática de estabelecer progressivamente a gratuidade dos demais graus de ensino<sup>1577</sup> vinculam o Estado Português independentemente da natureza jurídica da escola.

Quanto ao financiamento público, ao qual neste momento circunscrevemos a nossa investigação na medida em que nos propomos analisar direitos fundamentais de solidariedade<sup>1578</sup>, a busca pelos regimes jurídicos em sede de direito comparado<sup>1579</sup> permite identificar dois modelos básicos de financiamento público do ensino: o (i) financiamento dos alunos e o (ii) financiamento das escolas<sup>1580</sup>. O financiamento, no âmbito do primeiro modelo, pode ser processado através de bolsas de estudo concedidas

---

ANDRADE qualifica o modelo de ensino consagrado na *Constituição da República Portuguesa* como “um modelo pluralista misto de escola pública e de escola privada autorizada”, *ibidem*.

<sup>1575</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.2.

<sup>1576</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>1577</sup> Cfr. *supra*.

<sup>1578</sup> Neste contexto, importa recordar a observação de JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA segundo a qual, “o problema substancial do ensino não reside tanto no puro reconhecimento formal do direito de toda a pessoa à educação, como em reunir os meios adequados para o efeito, (...) é no financiamento de um sistema de ensino que reside a medida da possibilidade de exercer este direito fundamental conferindo-lhe natureza de algo operativo”, *El derecho a la educación como servicio público*, p. 176.

<sup>1579</sup> Sobre este assunto, cfr., selectivamente, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 342 e ss., JUAN A. MUÑOZ ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, p. 355 e ss., MARÍA JOSÉ GONZALEZ LOPEZ, *La incidencia de la función financeira en las políticas universitarias*, p. 15 e ss., e MARIA LUISA MACHADO CERDEIRA, *O financiamento do Ensino Superior Português*, p. 77 e ss.

<sup>1580</sup> ANNE WEST denomina-os, respectivamente, por financiamento da *procura* e financiamento da *oferta*, *Métodos de financiación de la educación y la formación orientados a la demanda: un análisis del empleo de cheques y cuasi-cheques en Europa*, in JESÚS DE POLANCO e RICARDO DÍEZ HOCHLEITNER, *Un futuro para la aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000, p. 179/180; terminologia que não adoptamos por motivo do seu teor demasiado mercantilista.



ao aluno, também denominadas por cheques-ensino ou por *vouchers*<sup>1581</sup>, ou de empréstimos ao aluno em regime bonificado<sup>1582</sup>, em ambos os casos com a verba consignada ao pagamento de propinas e restantes despesas com a actividade escolar. Quanto ao modelo de financiamento das escolas<sup>1583</sup>, é necessário distinguir as escolas públicas das escolas privadas e cooperativas. Assim, no caso das escolas públicas, enquanto estruturas jurídicas integrantes da Administração pública, o financiamento pode resultar da inscrição de uma dotação orçamental a favor da escola no Orçamento do Estado, caso a mesma disponha de autonomia administrativa, ou de uma transferência daquele para o orçamento da própria escola, caso esta esteja dotada de personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira, como acontece com as escolas de ensino superior<sup>1584</sup>. Por seu turno, as escolas privadas podem ser financiadas a partir do Orçamento do Estado mediante a celebração de *contrato de associação* com o Estado, através do Ministério da tutela, que assegura o pagamento de uma verba destinada a suportar as necessidades de funcionamento da escola como sinalagma do cumprimento de *obrigações de serviço de interesse geral* por esta última<sup>1585</sup>.

---

<sup>1581</sup> Sobre este modelo de financiamento do ensino, cfr., por todos, ANNE WEST, *idem*, p. 179 e ss.

<sup>1582</sup> Sobre este modelo de financiamento do ensino, cfr., por todos, GABRIEL BETANCUR MEJÍA, *Experiencias en crédito educativo o préstamos a universitarios*, in JESÚS DE POLANCO e RICARDO DÍEZ HOCHLEITNER, *Un futuro para la aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000, p. 193 e ss.

<sup>1583</sup> A solução do financiamento das escolas tem merecido acolhimento pelo *Bundesverfassungsgericht* em resultado de um compromisso hermenêutico entre a *liberdade de criação de escolas privadas* (cfr. artigo 7.º, § 4, da *Gundsgesetz*) e a cláusula de *Estado social* (cfr. artigo 20.º, § 1, *idem*), cfr. HANS JOACHIM FALLER, *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la Republica Federal de Alemania*, p. 36.

<sup>1584</sup> Sobre os conceitos de *autonomia administrativa* e de *autonomia administrativa e financeira*, cfr. *supra*, 2.2.3.3.4.

<sup>1585</sup> Neste sentido, ISABEL DE LOS MOZOS TOUYA afirma que, “em virtude do contrato de associação, a Administração escolar compromete-se a assegurar fundos públicos necessários para financiamento da escola”, enquanto “a escola privada associada obriga-se a ministrar gratuitamente os ciclos de estudo previstos no contrato de associação, de acordo com os correspondentes programas e planos de estudo e com sujeição às normas reguladoras do sistema de ensino em vigor” (*Educación en libertad y concierto escolar*, p. 339), assim como a “manter uma relação média aluno/professor por unidade escolar não inferior aquela que a Administração escolar determine para as escolas públicas da área geográfica em que está situada a escola” (*idem*, 340) e ainda a “manter em funcionamento o número

Analisados os dois grandes modelos de financiamento, a solução mais conforme ao espírito do sistema de ensino consagrado na *Constituição da República Portuguesa* é a do financiamento do aluno porque o aluno é, em última análise, a *ratio essendi* do sistema de ensino<sup>1586</sup> e, por esse motivo é necessário assegurar, pelos mecanismos legais disponíveis, que o aluno, ou aos seus pais em caso de menoridade, dispõem dos meios necessários para conduzir livremente o procedimento de escolha da escola, sem condicionalismos externos. Ora, o financiamento do aluno é o único método que lhe assegura, a liberdade material, e não meramente formal, para exercer o seu direito de liberdade de aprender<sup>1587</sup>, nomeadamente para (i) ingressar em qualquer escola, sem impedimentos, nem discriminações, designadamente de ordem social ou financeira, para (ii) escolher a escola mais adequada ao projecto educativo que pretenda e ainda para (iii) escolher a escola e a área de formação mais conforme as suas capacidades pessoais e preferências de carreira profissional<sup>1588</sup>. Com efeito, através do método de financiamento da escola só seria possível alcançar idêntico resultado se o Estado financiasse por igual medida todas as escolas e, simultaneamente, se estas estivessem vinculadas por lei a admitir os alunos em igualdade de condições materiais. A solução não se afigura exequível porque no caso das escolas privadas o único mecanismo juridicamente adequado para que o Estado possa financiar directamente uma escola é o contrato (de associação) que, por definição, não é de celebração obrigatória.

---

total de unidades escolares correspondente aos ciclos de estudo objecto do contrato de associação” (*idem*, p. 341).

<sup>1586</sup> Sobre a *inspiração constitucional personalista* do ordenamento jurídico português regulador do sistema educativo, cfr. AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, *Constituição e educação*, p. 159.

<sup>1587</sup> Sobre as vantagens do modelo de financiamento do aluno, cfr. PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Concorrência no Ensino Superior*, p 131 e ss.

<sup>1588</sup> Cfr. *supra*, 2.2.4.3.

### **2.3.4. O direito à fruição cultural**

#### **2.3.4.1. Os sujeitos: a titularidade do direito**

O direito à *fruição cultural*, à semelhança dos demais direitos de solidariedade anteriormente analisados, é reconhecido pela *Constituição da República Portuguesa* a toda a pessoa humana<sup>1589</sup>, incluindo cidadãos portugueses<sup>1590</sup>, estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal<sup>1591</sup>. Assim, a concepção *ampla* ou *democrática* adoptada em sede de direitos de liberdade é válida também para os direitos de solidariedade constitucionalmente reconhecidos no domínio cultural<sup>1592</sup>.

#### **2.3.4.2. O objecto do direito**

O direito à *fruição cultural* assegura às pessoas o acesso a bens e a serviços culturais, os próprios direitos à *educação*, e dentro do âmbito de protecção deste o direito ao *ensino* em especial<sup>1593</sup>, configuram já um modo de *fruição cultural lactu sensu* na medida em que asseguram às pessoas a assimilação de cultura desde os aspectos mais triviais da cultura em sentido antropológico, que permitem ao *ser humano* iniciar o seu indissociável procedimento de sociabilidade até aos aspectos mais complexos da cultura em sentido humanista, como “o acesso aos graus mais elevados de ensino, de investigação científica e de criação artística”<sup>1594</sup>. Contudo, o âmbito de

---

<sup>1589</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 1, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 1.ª parte da *CRP*; neste sentido, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 89/90, e EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, in JORGE MIRANDA, JOÃO MARTINS CLARO e MARTA TAVARES DE ALMEIDA (org.), *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração Pública, 1996, p. 231.

<sup>1590</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1591</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1 e 2, da *CRP*.

<sup>1592</sup> O princípio da universalidade é aceite como regulador da titularidade do direito à *fruição cultural* também por V. PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito*, p. 96.

<sup>1593</sup> Cfr. *supra*, 2.3.3., max. 2.3.3.2.

<sup>1594</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, d), da *CRP*.

protecção do direito à *fruição cultural* é normalmente identificado pela jus-publicística como direito à *fruição cultural strictu sensu* e, nesse contexto, assimilado ao *disfrute*, quer do património natural, quer do património cultural, artístico e científico, material e imaterial, de uma determinada comunidade humana, nomeadamente nacional<sup>1595</sup>.

A orientação doutrinal neste sentido é consequência das soluções normativas adoptadas pelo legislador constituinte que, nos enunciados normativos referentes ao direito à *fruição cultural*<sup>1596</sup>, o reconhece preferencialmente na sua concepção restricta na medida em que o associa ao património cultural<sup>1597</sup> e, através deste, ao património natural<sup>1598</sup>. O âmbito de protecção do direito à *fruição cultural strictu sensu* compreende, deste modo, quer o património natural, quer o património cultural<sup>1599</sup>. Aceitamos, para a sequência da investigação, esta concepção restricta do direito à *fruição cultural* porque adoptar a concepção ampla implicaria a multiplicação do tratamento do objecto anteriormente abordado: o direito à *educação lactu sensu*.

---

<sup>1595</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotações I e II ao artigo 78.º, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotações I e II ao artigo 78.º, CARLOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española*, p. 49/50; sobre os conceitos de *património natural* e de *património cultural*, cfr. *infra*, 4.3.

<sup>1596</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 3, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1597</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 3, 3.ª parte, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2, c), da *CRP*.

<sup>1598</sup> A conexão entre património cultural e património natural é estabelecida nos termos do artigo 9.º, e), da *CRP* que, ao definir as *tarefas fundamentais do Estado*, associa a natureza, o ambiente e a preservação dos recursos naturais ao património cultural do povo português.

<sup>1599</sup> Cfr. JOÃO MARTINS CLARO para quem a associação das tarefas constitucionais de “proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território”, nos termos do artigo 9.º da *CRP*, é uma consequência da “riqueza das vinculações do desenho constitucional do ambiente” nos termos do artigo 66.º da *CRP*, *A Lei de Bases do Ambiente e as outras Leis de Bases*, p. 72; a posição sustentada no texto é sufragada por ALESSANDRO PIZZORUSSO atendendo ao disposto no artigo 9.º, § 2, da *Costituzione Italiana* que incumbe o Estado da “tutela da paisagem e do património histórico e artístico da Nação”, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 180. A situação descrita corresponde ao caso típico de um *concurso* ou *concorrência* de direitos fundamentais, i. é, uma situação em que “a mesma pretensão subjectiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos, preencham indiferentemente os pressupostos das respectivas previsões normativas”, J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 379, cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1268.

Assim, no âmbito da concepção mencionada, a doutrina considera incluído neste contexto “o acesso a todos os bens, meios e instrumentos culturais e a todos os níveis”<sup>1600</sup>, independentemente do sujeito activo do direito à *fruição cultural* ser titular de um direito real sobre os mesmos objectos<sup>1601</sup>, característica que permite qualificar o direito em apreço como um direito de solidariedade ou de prestação<sup>1602</sup>.

O âmbito de protecção do direito em apreço compreende, por um lado, o *património natural* pois, conforme sustenta PETER HÄBERLE, “na actual etapa evolutiva do Estado constitucional o território constitui um fundamento da sua identidade cultural e da sua individualidade histórica”<sup>1603</sup>. O património natural é composto pela paisagem<sup>1604</sup> e, em geral, pelos recursos naturais que consubstanciem um testemunho com valor *de civilização ou de cultura com interesse cultural relevante*<sup>1605</sup> (v.g., bosques, cordilheiras, grutas, ilhas, jazidas de minerais, lagos, rios,...). O âmbito de protecção do direito em apreço compreende ainda o *património cultural*, artístico e científico, material (v.g., monumentos, zonas típicas de cidades,...) e imaterial (v.g., usos, representações,...), que consiste no conjunto de *bens e actividades* resultantes da acção humana<sup>1606</sup> que representem, de igual modo, um testemunho com valor *de civilização ou de cultura com interesse cultural relevante*<sup>1607</sup>.

---

<sup>1600</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 78.º

<sup>1601</sup> Cfr. C. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El principio de la solidaridad en la Constitución Española*, p. 49.

<sup>1602</sup> Neste sentido, CARLOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, que qualifica o direito em apreço como decorrente do princípio da *solidariedade*, consagrado na *Constitución Española*, *ibidem*.

<sup>1603</sup> A expressão é de PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 23.

<sup>1604</sup> Aceitamos aqui o conceito legal de *paisagem* como “a unidade geográfica, ecológica e estética resultante da acção do homem e da reacção da Natureza, sendo primitiva quando a acção daquele é mínima e natural quando a acção humana é determinante, sem deixar de se verificar o equilíbrio biológico, a estabilidade física e a dinâmica ecológica”, cfr. artigo 5.º, n.º 2, c), da *Lei de Bases de Ambiente (LBA)*, aprovada pela Lei n.º 11/87 de 7 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

<sup>1605</sup> Sobre este assunto, cfr., SILVIA JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *Derecho ambiental – Património natural y cultural – Más allá de su conservación*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 35, cfr. *infra*, 4.3.

<sup>1606</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

<sup>1607</sup> Cfr. SILVIA JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *Derecho ambiental*, p. 99, e *infra*, 4.3.

### 2.3.3.3. O conteúdo do direito

Segundo a clássica definição de JOÃO DE CASTRO MENDES, *fruição* consiste no “aproveitamento dos frutos de uma coisa, seja dos frutos materiais, seja dos frutos jurídicos”<sup>1608</sup>. Aplicando este conceito geral de Direito à temática dos direitos fundamentais na esfera cultural, conseguimos uma primeira aproximação ao conteúdo do direito à *fruição cultural* como o conjunto de faculdades que permitem ao respectivo titular o aproveitamento de um bem ou serviço cultural apenas de modo indirecto ou imediato, isto é, sem atingir a substância do mesmo<sup>1609</sup>.

Se desejarmos identificar o conjunto das faculdades que incorporam o conteúdo típico do direito à *fruição cultural* podemos mencionar a (i) *visita*, que consiste na possibilidade de livre acesso e entrada nos locais dotados de valor cultural ou em que se encontrem depositados bens com valor *de civilização* ou *de cultura*, em regime de permanência (v. g., locais de reconhecida *beleza* natural, monumentos nacionais, bibliotecas, museus,...) a (ii) *visibilidade*, ou a possibilidade de visionar e apreciar sem obstáculos os bens culturais (v. g., livros, instrumentos musicais, quadros, esculturas, trajes típicos,...), a (iii) *informação*, ou a possibilidade de obter conhecimento acerca da história e da função social dos bens culturais visionados, e, em certas circunstâncias, o (iv) *uso*, ou a faculdade de manusear e aproveitar os bens culturais do domínio público em proveito pessoal (v. g., a consulta e leitura de livros numa biblioteca pública)<sup>1610</sup>.

---

<sup>1608</sup> Cfr. J. DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, p. 346/347.

<sup>1609</sup> A ideia de aproveitamento indirecto ou imediato dos bens a título de ilustração do modo de fruição dos mesmos é ainda transmitida por J. DE CASTRO MENDES, *ibidem*.

<sup>1610</sup> Em sentido parcialmente coincidente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação I ao artigo 78.º, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação II ao artigo 78.º; divergimos de qualquer destes autores, nomeadamente por qualificarmos os aspectos enunciados no texto como faculdades que incorporam o direito à *fruição cultural* e não *direitos* deste decorrentes.

### 3. Os direitos-deveres e os deveres culturais

*Os tempos estão, hoje, maduros para uma reproblemática desta importante categoria jurídica e política. E a pergunta a fazer é esta: o que significam deveres fundamentais num Estado de Direito democrático? Significam, em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade (...). Em segundo lugar, a fórmula constitucional não significa (...) a simetria de direitos e deveres mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação, para os deveres fundamentais. O fundamento constitucional, tal como ele se recorta na Constituição de 1976 não é, em primeira linha, a necessidade de defender ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, Estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no Direito e através do Direito.*

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 531/532.

#### 3.1. Razão de ordem

Os *deveres fundamentais* constituem uma figura de consagração relativamente recente, quer nas *Declarações de direitos*, quer nas *Constituições*<sup>1611</sup>, e por esse motivo não tem merecido abordagem pela comunidade científica de amplitude análoga aos direitos fundamentais. Segundo JORGE MIRANDA, “o constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a História de aquisição de direitos fundamentais [primeiro contra] o absolutismo e, nos séculos XX e XXI, em contraste com regimes políticos autoritários e totalitários”<sup>1612</sup>. A afirmação da *dignidade humana*, um dos *leitmotiv* que assinalaram a dinâmica da modernidade<sup>1613</sup>, determinou, assim, que desde as revoluções liberais até à actualidade o debate acerca dos *direitos humanos* ou *direitos fundamentais* houvesse gradualmente ascendido nos *rankings* dos temas privilegiados para debate no âmbito do

<sup>1611</sup> Cfr., neste sentido, GREGORIO PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, p. 11.

<sup>1612</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 92.

<sup>1613</sup> Cfr. artigo 16.º da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* e *supra*, II, 1.2.1.

Direito Constitucional<sup>1614</sup>. O mesmo não sucedeu com os *deveres fundamentais*, desde logo porque a sua positivação não obedeceu a um dogma jus-racionalista, à *imagem e semelhança do sucedido com os direitos fundamentais*, mas, ao invés, resultou da imposição de condutas pelo poder político soberano aos cidadãos<sup>1615</sup> e, desse modo, acompanham “a natureza e a história”<sup>1616</sup> do exercício do poder político, caracterizado pela *iurisdictio imperi*, sem que, por isso, despertassem na comunidade científica estímulo pela respectiva análise.

Contudo, é legítimo recolocar o problema à luz dos quadros conceptuais do *Estado de Direito democrático e social* atendendo ao novo modo de relacionamento da pessoa com a comunidade<sup>1617</sup>, superada a teoria do benefício no que concerne ao fundamento da necessidade de contribuir para os encargos públicos<sup>1618</sup>. Posto isto, uma aproximação ao conceito de *dever fundamental* pode ser ensaiada como o dever constitucionalmente imposto com a finalidade de assegurar a regular convivência humana em comunidade, nomeadamente a permitir aos demais membros da comunidade o gozo dos seus direitos fundamentais ou a satisfazer necessidades do próprio Estado ou da Sociedade Civil<sup>1619</sup>.

Se compulsarmos a *Constituição da República Portuguesa*, verificamos que, na esfera cultural estão consagrados: (i) o direito-dever dos pais educarem e manterem os filhos, (ii) o dever de todos preservarem, defenderem e valorizarem o património cultural e (iii) e o dever de algumas associações e fundações, como, v. g., os órgãos de

---

<sup>1614</sup> A posição mencionada no texto não olvida nos primórdios da Ciência do Direito Constitucional vivemos um período de mais de um século num anátema doutrinário em relação ao estudo dos direitos fundamentais, por isso mencionamos no texto que o interesse pela abordagem dos direitos fundamentais ascendeu gradualmente no âmbito da comunidade científica, cfr. *supra*, 2.1.3.

<sup>1615</sup> Cfr., em sentido aproximado, GREGORIO PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, p. 19.

<sup>1616</sup> A expressão é de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ; *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 85.

<sup>1617</sup> Sobre este assunto, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 531/532.

<sup>1618</sup> Sobre esta questão, cfr. ANTÓNIO SOARES PINTO BARBOSA, *Economia Pública*, p. 136.

<sup>1619</sup> Cfr., uma definição algo diversa, GREGORIO PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, p. 18.



comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural e as organizações de moradores<sup>1620</sup>, colaborarem com as entidades públicas na prossecução das suas tarefas culturais, que passamos a analisar.

### **3.2. O direito-dever dos pais de educação e manutenção dos filhos**

A temática da *educação* foi abordada anteriormente em sede de análise das *liberdades de ensinar*<sup>1621</sup> e *de aprender*<sup>1622</sup>, e do *direito à educação*<sup>1623</sup>. Conforme mencionamos atempadamente, o âmbito de protecção do direito à *educação* consiste na assimilação ou aquisição de cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista, isto é, de valores éticos, filosóficos, morais, de hábitos, de idioma, eventualmente de crenças religiosas, e simultaneamente de conhecimento intelectual, nomeadamente artístico e científico, por forma “a receber uma formação integral que contribua para o pleno desenvolvimento da personalidade” de um ser humano<sup>1624</sup>.

Considerando motivos de sistematização do texto, delimitámos a investigação em sede de direitos fundamentais ao âmbito do sistema de ensino institucionalizado cujo objecto está circunscrito à transmissão e assimilação de cultura em sentido humanista<sup>1625</sup>. A análise do direito-dever dos pais de educação e manutenção dos filhos que nos propomos realizar neste momento da investigação abrange a educação *lactu sensu*, isto é, a transmissão e a assimilação de cultura no âmbito das relações familiares,

---

<sup>1620</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>1621</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1.

<sup>1622</sup> Cfr. *supra*, 2.2.4.

<sup>1623</sup> Cfr. *supra*, 2.3.3.

<sup>1624</sup> Cfr. *supra*, 2.3.3.2.

<sup>1625</sup> Cfr. *supra*.

ou, mesmo que fora destas, por impulso e sob a direcção dos pais sobre os filhos<sup>1626</sup>, e o seu objecto compreende simultaneamente a cultura em sentido antropológico e a cultura em sentido humanista<sup>1627</sup>, com escopo de assegurar a formação integral da pessoa com vista a respeitar a sua *dignidade humana*<sup>1628</sup> e, conseqüentemente, ao *desenvolvimento da sua personalidade*<sup>1629</sup>.

### **3.2.1. Os sujeitos**

O *direito-dever* dos pais de educação e manutenção dos filhos assume uma estrutura complexa na medida em que consiste num conjunto de faculdades e de vínculos jurídicos enquadrados no âmbito de uma relação jurídico-privada cujos sujeitos são os pais e os respectivos filhos<sup>1630</sup>. Contudo, o mesmo *direito-dever* está simultaneamente enquadrado numa relação jurídico-pública cujos sujeitos são, em situação de normalidade, os pais e o Estado mas que, em situações excepcionais, isto é, no caso de incumprimento pelos pais dos deveres fundamentais para com os filhos<sup>1631</sup> a que estão vinculados, poderá passar a estar enquadrado numa relação jurídico-pública entre os filhos e o Estado<sup>1632</sup>.

---

<sup>1626</sup> Sobre o *ambiente* de processamento da educação das gerações mais jovens, não podemos olvidar a sábia admoestação de FRANCIS FUKUYAMA segundo a qual “a família constitui o nível mais elementar da vida associativa mas é, de certa forma, o mais importante”, *O fim da História e o último Homem*, p. 312; no mesmo sentido SAVERIO DE SIMONE sustenta que a família “está reconhecida pelo legislador constituinte [italiano] como *sociedade natural*”, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 48.

<sup>1627</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que ““educação” tem aqui um sentido distinto e bastante mais amplo que o de “ensino”: abrange designadamente todo o processo global de *socialização* e *aculturação*, na medida em que ele é realizável dentro da família”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, anotação VII ao artigo 36.º

<sup>1628</sup> Cfr. artigo 1.º da *CRP* e, no plano doutrinário, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 49 e p. 53.

<sup>1629</sup> Cfr. artigo 26.º, n.º 1, da *CRP* e SAVERIO DE SIMONE, *idem*, p. 49.

<sup>1630</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 5, da *CRP*.

<sup>1631</sup> Cfr. *idem*, n.º 6.

<sup>1632</sup> Cfr. *infra*, 3.2.3.

### 3.2.2. O objecto

A figura jurídica em apreço reveste natureza diversa consoante o âmbito da relação jurídica em que estiver enquadrada. Assim, se considerarmos a relação jurídico-privada entre pais e filhos, estamos perante um *dever fundamental*: o dever dos pais assegurarem a educação dos filhos, compreendendo instrumentalmente o dever de providenciarem a sua manutenção<sup>1633</sup>. Como afirmam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “o legislador constituinte, ao afirmar que a educação e manutenção dos filhos constitui (...) um dever dos pais (...), coloca o interesse do filho – *leitmotiv* de todo o direito dos menores – no núcleo do preceito; não é menos verdade, porém, que a primazia dos pais nesta matéria tem implícito o reconhecimento de que são eles quem se encontra em melhor posição para definir o interesse dos filhos”<sup>1634</sup>.

A titularidade do direito de educação dos filhos constante do enunciado constitucional “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”<sup>1635</sup> deve assim ser entendida como o conjunto de faculdades dos pais escolherem o género de educação, no que concerne aos valores éticos, filosóficos, morais, aos hábitos, ao idioma, às crenças religiosas, se for o caso, e ao conhecimento intelectual, que desejam para os seus filhos, assim como de assumirem a direcção da mesma. Em suma, o direito constitucionalmente reconhecido aos pais de educarem os filhos deve ser entendido como *o direito dos pais escolherem livremente*, isto é, sem interferências externas,

---

<sup>1633</sup> A posição sustentada no texto encontra arrimo na alteração introduzida no *Código Civil* pelo Decreto-Lei n.º 61/2008, de 3 de Outubro, que substituiu o enunciado normativo *poder paternal* nos vários preceitos onde constava pela expressão *responsabilidades parentais*, cfr. ainda *infra*, 3.2.3.

<sup>1634</sup> Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação XXII ao artigo 36.º; sobre esta questão, cfr. ainda SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 47 e ss.

<sup>1635</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 5, da *CRP*.

nomeadamente de entidades públicas, *o modo de cumprimento do dever de educar os filhos*.

Se considerarmos a relação jurídico-pública entre pais e Estado, estamos perante um *direito fundamental*: o “direito de resistência contra ingerências inadmissíveis do Estado na esfera educativa dos pais”<sup>1636</sup>. As exceções constitucionalmente previstas a esta regra, e portanto qualificadas como ingerências admissíveis do Estado na educação das gerações mais novas, são: a título permanente, a prerrogativa de configurar a organização e o funcionamento do sistema de ensino<sup>1637</sup>, ficando, no entanto, o Estado vinculado a observar o *princípio da neutralidade na esfera cultural*<sup>1638</sup>, e, a título eventual, a intervenção nos casos de incumprimento pelos pais do dever de educação a que estão obrigados<sup>1639</sup>.

### **3.2.3. O conteúdo**

O direito-dever dos pais de educação dos filhos incorpora, no âmbito da relação jurídico-privada entre pais e filhos, a obrigação de “promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”<sup>1640</sup>. Assim, por um lado, os pais estão vinculados a transmitir aos filhos, por si ou com a colaboração do Estado, consoante os casos, cultura em sentido antropológico, quer no domínio espiritual, quer no domínio físico<sup>1641</sup>, segundo as suas próprias convicções éticas, filosóficas, morais, religiosas, ..., por forma a assegurar a *socialização* e a *aculturação* dos filhos. Os pais estão ainda vinculados,

---

<sup>1636</sup> A expressão é de HANS JOACHIM FALLER, *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la Republica Federal de Alemania*, p. 27.

<sup>1637</sup> Cfr. HANS JOACHIM FALLER, *ibidem*.

<sup>1638</sup> Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação XXII ao artigo 36.º

<sup>1639</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 6, da *CRP*.

<sup>1640</sup> Cfr. artigo 1885.º, n.º 1, do *Código Civil* e, no plano doutrinário, FRANCISCO M. PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, p. 73/74 e p. 624.

<sup>1641</sup> Cfr. artigo 79.º, n.º 1, da *CRP*.

por outro lado, a transmitir aos filhos, em princípio com a colaboração do Estado<sup>1642</sup>, cultura em sentido humanista com vista a permitir-lhes a assimilação do conhecimento necessário não apenas ao desenvolvimento da personalidade<sup>1643</sup> mas também ao exercício de uma profissão de modo cabal<sup>1644</sup>.

Quanto ao dever dos pais de assegurarem a manutenção dos filhos, os pais devem assegurar a sua subsistência dos filhos, pelo menos, até final da escolaridade obrigatória mas, em princípio, até que os filhos tenham meios para assegurar o encargo<sup>1645</sup> ou até ao momento que seja razoável exigir aos pais que permitam aos filhos completarem a formação necessária ao exercício da profissão escolhida e pelo tempo necessário para que o filho, em condições normais, a conclua com sucesso<sup>1646</sup>.

Quanto ao direito dos pais no âmbito da relação jurídico-pública estabelecida com o Estado, os pais gozam, por um lado, da faculdade de exigir ao Estado que se abstenha de interferir na faculdade de assumir a orientação da educação dos filhos<sup>1647</sup>, salvo em caso de incumprimento dos deveres fundamentais a que estão vinculados<sup>1648</sup>. Os pais gozam, por outro lado, da faculdade de exigir a *colaboração* do Estado na educação dos filhos, conforme decorre das *tarefas de cooperação*<sup>1649</sup> e de *protecção*<sup>1650</sup> a que o Estado está vinculado; tarefas das quais decorrem outras de carácter específico

---

<sup>1642</sup> A excepção à regra da necessidade de colaboração do Estado é o *ensino doméstico* ou *homeschooling* que consiste na “aprendizagem realizada em casa”, cfr. JOÃO M. PARASKEVA, *Privatização dos benefícios e socialização dos custos*, p. 30; sobre as causas da divulgação (queixas dos pais no sentido da escola tradicional “retardar a curiosidade natural das crianças”, *ibidem*) e as características deste modelo de ensino, cfr. JOÃO M. PARASKEVA, *idem*, p. 29 e ss.

<sup>1643</sup> Cfr., novamente, artigo 26.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1644</sup> Cfr. artigo 47.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1645</sup> Cfr. artigo 1879.º do *Código Civil*, por argumento extraído à *contrário sensu*, e, no plano doutrinário, FRANCISCO M. PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, p. 624.

<sup>1646</sup> Cfr. artigo 1880.º do *Código Civil* e PEREIRA COELHO, *ibidem*.

<sup>1647</sup> Cfr. HANS JOACHIM FALLER, *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la Republica Federal de Alemania*, p. 27.

<sup>1648</sup> Cfr. artigo 36.º, n.º 6, da *CRP*.

<sup>1649</sup> Cfr. artigo 67.º, n.º 2, c), da *CRP*.

<sup>1650</sup> Cfr. artigo 68.º, n.º 1, da *CRP*; neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, anotação VII ao artigo 36.º, e, embora por referência ao ordenamento jurídico italiano, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 47.

como as anteriormente abordadas concernentes à realização de prestações no âmbito do serviço de interesse geral do ensino<sup>1651</sup>. A conciliação entre o direito de *liberdade-autonomia* e o direito de *solidariedade* mencionados pressupõe o cumprimento do *princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural* por forma a *promover* o ensino sem, no entanto, o *programar* segundo quaisquer orientações filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas<sup>1652</sup>.

### **3.3. Os deveres de preservar, defender e valorizar o património natural e cultural e de colaborar com as entidades públicas na prossecução das tarefas culturais**

#### **3.3.1. Os sujeitos dos deveres**

Os deveres de preservar, defender e valorizar o património natural e cultural<sup>1653</sup> e de colaborar com as entidades públicas na prossecução das tarefas culturais<sup>1654</sup> consistem num conjunto de mecanismos de corresponsabilização da Sociedade Civil pelo cumprimento das tarefas estaduais na esfera cultural<sup>1655</sup>. Deste modo, todas as pessoas humanas<sup>1656</sup>, incluindo cidadãos portugueses<sup>1657</sup>, estrangeiros e apátridas que se

---

<sup>1651</sup> Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação XXV ao artigo 36.º e ainda *supra*, 2.3.3.

<sup>1652</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1653</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1654</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, 3.ª parte, e 78.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1655</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS afirmam que “o dever de todos defenderem o ambiente aproxima o cidadão do Estado na tarefa de protecção ambiental que a este está cometida, ao mesmo tempo que se torna contraponto do direito de todos exigirem do Estado a defesa do ambiente, de tudo resultando a *criação de uma teia de empenhamentos, confianças e solidariedades para o envolvimento e a participação* na definição e acompanhamento das diferentes políticas públicas ambientais, consagradas no corpo do n.º 2 [do artigo 66.º]”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação III ao artigo 66.º, cfr. ainda, quanto ao património cultural, anotação V ao artigo 73.º e anotação IV ao artigo 78.º; sobre os motivos determinantes da conexão entre património natural e património cultural, cfr. *supra*, 2.3.4.2., e *infra*, 4.1. e 4.3.

<sup>1656</sup> Cfr. artigos 66.º, n.º 1, 2.ª parte e n.º 2, 73.º, n.º 3, 3.ª parte, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2, da *CRP*.

<sup>1657</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1, da *CRP*.

encontrem ou residam em Portugal<sup>1658</sup>, e neste caso também as pessoas colectivas<sup>1659</sup>, estão vinculadas ao cumprimento dos deveres em apreço. A vinculação das pessoas colectivas decorre da compatibilidade dos mesmos com a sua natureza de pessoa colectiva na medida em que não protegem bens intrínsecos ao ser humano como o corpo ou o espírito<sup>1660</sup> e, nalguns dos casos, foi o próprio legislador constituinte a vincular as pessoas colectivas privadas, genericamente os denominados *agentes culturais*, isto é, os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural e as organizações de moradores<sup>1661</sup>, à colaboração com as entidades públicas nesta matéria<sup>1662</sup>.

### **3.2.2. O objecto dos deveres**

Os deveres de preservar, defender e valorizar o património natural e cultural, na medida em que consistem num conjunto de mecanismos de corresponsabilização da Sociedade Civil pelo cumprimento das tarefas estaduais na esfera cultural<sup>1663</sup>, são correlativos do *direito à fruição cultural strictu sensu* nos termos em que o definimos anteriormente. Ainda na sequência de posição sustentada anteriormente, recordamos que o âmbito de protecção do direito à *fruição cultural strictu sensu* compreende quer o património natural, quer o património cultural<sup>1664</sup>.

---

<sup>1658</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 1 e 2, da *CRP*.

<sup>1659</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1660</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 421.

<sup>1661</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>1662</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 3, 3.ª parte, e 78.º, n.º 2, da *CRP* no que concerne à defesa do património cultural; por outro lado, embora não estejam vinculadas ao cumprimento de *deveres fundamentais*, as *organizações não governamentais de ambiente* poderão desempenhar um importante papel na defesa do património natural, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Sobre o direito das organizações não-governamentais de ambiente à informação administrativa*, p. 49 e ss., e *infra*, 3.2.3.

<sup>1663</sup> Cfr. *supra*, 3.3.1.

<sup>1664</sup> Cfr. *supra*, 2.3.4.2.

Considerados os pressupostos enunciados, estamos em condições de avançar que a *Constituição da República Portuguesa* vincula a Sociedade Civil ao cumprimento de um conjunto de deveres na esfera cultural. Assim, no âmbito do (i) *património natural*, o texto constitucional incumbe as pessoas humanas e colectivas de (α) “defender um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”<sup>1665</sup> e de participar e colaborar na realização das seguintes tarefas do Estado: (β) “criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar, e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico”<sup>1666</sup>, e (γ) “promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações”<sup>1667</sup>.

Se atendermos ao âmbito do (ii) *património cultural*, verificamos que o texto constitucional vincula *todos* aos deveres fundamentais de (α) “preservar, defender e valorizar o património cultural”<sup>1668</sup>, assim como de (β) colaborar com o Estado e com as autarquias locais na promoção da “qualidade da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas”<sup>1669</sup>. Neste contexto, a Lei Fundamental incumbe ainda os *agentes culturais* em especial de colaborar com o Estado no cumprimento da tarefa genérica de (γ) “promover a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à criação e fruição cultural”<sup>1670</sup>, assim como no cumprimento das tarefas específicas de (δ) incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural,

---

<sup>1665</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1666</sup> Cfr. *idem*, n.º 2, c), da *CRP*, e, no plano doutrinário, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 89/90.

<sup>1667</sup> Cfr. *idem*, e), 1.ª parte, e J. CASALTA NABAIS, *ibidem*.

<sup>1668</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*, e, no plano doutrinário, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 90, e E. VERA-CRUZ PINTO, *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, p. 231.

<sup>1669</sup> Cfr. *idem*, e), 2.ª parte, e J. CASALTA NABAIS, *ibidem*.

<sup>1670</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, da *CRP*, e, no plano doutrinário, J. CASALTA NABAIS, *ibidem*.



bem como de corrigir as assimetrias existentes no território nacional neste domínio<sup>1671</sup>, de (ε) “apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade”<sup>1672</sup>, de (ζ) “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”<sup>1673</sup> e ainda de (η) “desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro”<sup>1674</sup>.

### **3.2.3. O conteúdo dos deveres**

A *Constituição da República Portuguesa* e o ordenamento jurídico português em geral consagram os (i) deveres de *preservar, defender e valorizar* o património natural e cultural<sup>1675</sup>, assim como um conjunto de (ii) mecanismos jurídicos adequados a assegurar o cumprimento, ou a reprimir o incumprimento, consoante os casos, dos mencionados deveres por terceiros, que permitem à pessoa humana, assim como a organizações de defesa dos interesses em causa, colaborar com o Estado na realização das tarefas de “proteger e valorizar o património cultural do povo português [e de] defender a natureza e o ambiente”<sup>1676</sup>. Os mecanismos em apreço podem revestir natureza administrativa ou natureza jurisdicional e consistem no reconhecimento de

---

<sup>1671</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 2, a), da *CRP*.

<sup>1672</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>1673</sup> Cfr. *idem*, c), e, no plano doutrinário, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 90, e E. VERA-CRUZ PINTO, *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, p. 231.

<sup>1674</sup> Cfr. *idem*, d).

<sup>1675</sup> Cfr. artigos 66.º, n.º 1, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP*, artigo 40.º, n.º 1, da *LBA*, e artigo 11.º da *Lei de bases do património cultural (LBPC)*, aprovada pela Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro; no mesmo sentido, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 92, e E. VERA-CRUZ PINTO, *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, p. 231.

<sup>1676</sup> Cfr. artigo 9.º, e), 1.ª e 2.ª parte, da *CRP*.

legitimidade activa para intervenção procedimental ou processual sempre que estiver em causa qualquer das matérias em apreço.

Assim, quanto ao (i) primeiro grupo, no âmbito da protecção do *património natural*, com objectivo de “defesa da paisagem como unidade estética e visual”<sup>1677</sup>, e em última análise da “existência de um ambiente propício à saúde e bem-estar das pessoas e ao desenvolvimento social e cultural das comunidades, bem como à melhoria da qualidade de vida”<sup>1678</sup>, a lei (α) condiciona “a implantação de construções, infra-estruturas viárias, novos aglomerados urbanos ou outras construções que, pela sua dimensão, volume, silhueta, cor ou localização, provoquem um impacte violento na paisagem preexistente, bem como a exploração de minas e pedreiras, evacuação e acumulação de resíduos e materiais usados e o corte maciço do arvoredor”<sup>1679</sup>. Com objectivo de prevenção e repressão da prática destas condutas, as *organizações não governamentais de ambiente*<sup>1680</sup>, gozam dos direitos (1) *ao arquivo aberto*<sup>1681</sup>, (2) *à informação sobre o andamento dos procedimentos administrativos* “com incidência no ambiente”<sup>1682</sup>, (3) *de participar na definição da política e das grandes linhas de orientação legislativa em matéria de ambiente*<sup>1683</sup>, (4) *de representação no órgão directivo da autoridade administrativa superior em matéria de ambiente*<sup>1684</sup> e nos conselhos consultivos da Administração pública, incluindo do *Conselho Económico e*

---

<sup>1677</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 1, da *LBA*.

<sup>1678</sup> Cfr. artigo 4.º da *LBA*.

<sup>1679</sup> Cfr. novamente artigo 18.º, n.º 1, da *LBA*.

<sup>1680</sup> Cfr. artigo 10.º da *Lei das organizações não governamentais de ambiente (LONGA)*, aprovada pela Lei n.º 35/98, de 18 de Julho.

<sup>1681</sup> Cfr. artigo 268.º, n.º 2, da *CRP*; a expressão *arquivo aberto* é de A. BARBOSA DE MELO, *As garantias administrativas na Dinamarca e o princípio do arquivo aberto*, p. 269.

<sup>1682</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 1, da *LONGA* e, no plano doutrinário, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Sobre o direito das organizações não-governamentais de ambiente à informação administrativa*, p. 51 e ss.

<sup>1683</sup> Cfr. artigo 6.º da *LONGA*.

<sup>1684</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 1, da *LONGA*.

*Social*, com vista à defesa e valorização do ambiente ou do património natural e cultural, bem como à conservação da natureza<sup>1685</sup>.

Ainda no âmbito dos deveres, a lei reitera os ( $\beta$ ) deveres fundamentais de preservar, defender e valorizar o *património cultural*<sup>1686</sup> cujo conteúdo específica, ou concretiza, nos seguintes termos: (1) o dever de *preservar* o património cultural, implica “não atentar contra a integridade dos bens culturais e não contribuir para a sua saída do território nacional em termos não permitidos pela lei”<sup>1687</sup>, (2) o dever de *defender* e conservar o património cultural vincula a “impedir, no âmbito das faculdades jurídicas próprias, em especial, a destruição, deterioração ou perda de bens culturais”<sup>1688</sup>, enquanto o (3) dever de *valorizar* o património cultural obriga a, sem prejuízo dos direitos de que é titular, agir, na medida das respectivas capacidades, com intuito de divulgação, de acesso à fruição e de enriquecimento dos valores culturais que nele se manifestam<sup>1689</sup>.

Quanto aos (ii) mecanismos jurisdicionais, são reconhecidos à pessoa humana, assim como a organizações de defesa dos interesses em causa, importando no presente

---

<sup>1685</sup> Cfr. artigos 2.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, da *LONGA*.

<sup>1686</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, 2.ª parte, da *CRP* e artigo 11.º da *LBPC*.

<sup>1687</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 1, da *LBPC*. Segundo a COMISSÃO DE REDACÇÃO DO ANTEPROJECTO DE PROPOSTA DE LEI DE BASES DO PATRIMÓNIO CULTURAL, “o dever de preservar, não atentando contra a integridade dos bens culturais, ou a sua disponibilidade pela comunidade cultural portuguesa, [implica] que a responsabilidade do cidadão se não traduza apenas na titularidade de poderes-deveres de agir mas também em obrigações de *non facere*”, *Relatório intercalar – Proposta de Lei de Bases do Património Cultural*, Lisboa, Ministério da Cultura, 1998, p. 63; sobre o dever em apreço, cfr. ainda J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 92 (embora com referência ainda à Lei n.º 13/85, 6 de Julho, entretanto revogada pela *LBPC*).

<sup>1688</sup> Cfr. *idem*, n.º 2. Segundo a COMISSÃO DE REDACÇÃO DO ANTEPROJECTO DE PROPOSTA DE LEI DE BASES DO PATRIMÓNIO CULTURAL, “o dever de defender o património cultural vale sobretudo como plataforma de intervenção nos procedimentos administrativos e através do exercício da acção popular”, *idem*, p. 64; cfr. ainda J. CASALTA NABAIS, *ibidem*.

<sup>1689</sup> Cfr. *idem*, n.º 3. Conforme sustenta MICHELE AINIS, os deveres no âmbito do património “não podem resumir-se à gestão do património herdado das gerações precedentes é necessário dar um impulso à criação e distribuição de novos factos culturais, *Cultura e Política*, p. 10; no mesmo sentido, E. VERA-CRUZ PINTO, *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, p. 229. Cfr. ainda COMISSÃO DE REDACÇÃO DO ANTEPROJECTO DE PROPOSTA DE LEI DE BASES DO PATRIMÓNIO CULTURAL, *ibidem*, e J. CASALTA NABAIS, *ibidem*.

contexto mencionar as *organizações não governamentais de ambiente*<sup>1690</sup>, as *estruturas associativas de defesa do património cultural*<sup>1691</sup> e as *associações de amigos dos museus*<sup>1692</sup>, os direitos de (α) *petição*<sup>1693</sup> e de (β) *acção popular*<sup>1694</sup> para a preservação do ambiente e do património cultural<sup>1695</sup>, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização<sup>1696</sup>.

---

<sup>1690</sup> Cfr. artigo 10.º da *LONGA*.

<sup>1691</sup> Cfr. artigo 10.º, n.º 4, da *LBPC*.

<sup>1692</sup> Cfr. artigo 47.º da *Lei quadro dos museus (LQM)*, aprovada pela Lei n.º 47/2004, de 19 de Agosto.

<sup>1693</sup> Cfr. artigo 51.º, n.º 1 e 2, da *CRP*.

<sup>1694</sup> Cfr. artigo 12.º e ss. da *Lei do direito de participação procedimental e de acção popular*, aprovada pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

<sup>1695</sup> Cfr. artigo 52.º, n.º 3, a), *in fine*, da *CRP*, e, no plano doutrinário, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 91, e E. VERA-CRUZ PINTO, *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, p. 231 e ss.

<sup>1696</sup> Cfr. *idem*, n.º 3, *in fine*.

## 4. O acervo cultural

*Le passage de la souveraineté à la nation se concrétise sur le plan culturel, par l'idée de, "patrimoine national", véritable propriété de la nation, sur laquelle elle doit veiller et qu'elle doit accroître. C'est là l'aspect objectif de l'action culturelle de la Revolution. Il faut conserver et diffuser cette culture-object, en même temps qu'il faut l'enrichir par accroissement du patrimoine national. La conservation et la diffusion de la cultures vont de pair, mais l'accent, dans les termes et dans les fonctions, est souvent mis sur l'aspect "conservatoire".*

ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1969, p. 75.

### 4.1. Preliminares

A análise histórica dos primórdios das civilizações demonstra que, desde tempos imemoriais, as comunidades humanas sempre revelaram propensão, e em certa medida necessidade, de materializarem a sua identidade como grupo em *símbolos*, ou *totens*, ou de a exprimirem mediante *rituais* que permitissem assinalar a sua especificidade perante os demais grupos<sup>1697</sup>. A própria denominação *totem*, cuja origem etimológica é oriunda dos dialectos indígenas do continente americano e radica na expressão *marca de família*, identifica um “símbolo produzido mediante elaboração formal no domínio do consciente”<sup>1698</sup> e ilustra na perfeição a utilidade que era reconhecida a estes *símbolos* nas primeiras comunidades que lograram transpor a fronteira do conhecimento racional: a referência a um ancestral comum, que assegurasse a identidade e a indissolubilidade

---

<sup>1697</sup> Neste sentido, VICTOR TURNER que realiza a distinção entre *símbolos referenciais* e *símbolos de condensação*, sendo os primeiros “predominantemente cognitivos e referentes a factos conhecidos” e correspondem aos *totens*, como são, v. g., as bandeiras nacionais e respectivos distintivos, enquanto os segundos consistem em “comportamentos (...) que permitem a fácil libertação da tensão emocional em forma consciente ou inconsciente” e correspondem, grosso modo, aos *rituais*, *Símbolos en el ritual Ndembu*, trad. castelhana de Ramón Valdés e Alberto Cardin, in HONORIO VELASCO (org.), *Lecturas de antropología social y cultural – La cultura y las culturas*, in *Cuadernos de la UNED*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995, p. 645.

<sup>1698</sup> A expressão é de EDWARD SAPIR, *Encyclopédia of the Social Sciences*, vol. XIV, p. 492, cit. por VICTOR TURNER, *ibidem*.

do grupo<sup>1699</sup>. Neste sentido, a consubstanciação da imagem de um *homem* feito *herói* e, posteriormente *deus*, era um imperativo que permitia aos sentidos a captação, por forma intuitiva, do ideal da homogeneidade comunitária.

Os *rituais*, por seu turno, consistem em “formas sumamente condensadas de comportamento substitutivo para expressão directa que permitem facilmente a libertação da tensão emocional de modo consciente ou inconsciente”<sup>1700</sup>. A sua prática surgiu nas primeiras comunidades humanas, numa simbiose perfeita entre o sagrado e o profano<sup>1701</sup>, “como um mecanismo que periodicamente converte o obrigatório em desejável [pois, enquanto] os símbolos colocam as normas éticas e jurídicas da sociedade em contacto íntimo com fortes estímulos emocionais, durante os rituais, em acção, com a excitação social e os estímulos directamente fisiológicos – música, canto, dança, álcool, drogas, incenso – ocorre um intercâmbio de qualidades em dois sentidos: as normas e valores carregam-se de emoção, enquanto as emoções básicas e rudes enobrecem através do seu contacto com os valores sociais, ou seja, o incómodo da repressão moral converte-se em “amor à virtude”<sup>1702</sup>.

A prevalência da *razão* sobre a *intuição* como diferença específica do ser humano no reino animal que fundamenta a sua *dignidade* não determinou o abandono de uma mitologia de simbolismo identificativa de um modo próprio de *ser* e de *estar* de cada comunidade, fosse inicialmente pelo motivo único da existência de um elemento de consanguinidade, fosse mais tarde pela simples vontade dos seus elementos em

---

<sup>1699</sup> Cfr. VICTOR TURNER, *idem*, p. 646; PETER HÄBERLE menciona este fenómeno como não ultrapassado nas sociedades contemporâneas ao afirmar que “a vida de uma grande personalidade, como, v. g., a de Mandela na África do Sul, pode (...) ser elemento conformador da identidade nacional ou, consoante os casos, fortalecer o sentimento de união”, *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, trad. castelhana de Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2012, p. 112.

<sup>1700</sup> A expressão é novamente de EDWARD SAPIR, *idem*, p. 493, *cit.* por VICTOR TURNER, *ibidem*.

<sup>1701</sup> Neste sentido, VICTOR TURNER afirma que “desde há muito tempo que se aceita na literatura antropológica que os símbolos rituais são estímulos da emoção”, *idem*, p. 645.

<sup>1702</sup> Cfr. VICTOR TURNER, *idem*, p. 646.

permanecerem juntos<sup>1703</sup>. Apesar das formas de organização política haverem evoluído desde o primeiro tipo de comunidade humana de que existe memória, a *tribo*, até à formação do *Estado-nação*<sup>1704</sup>, a humanidade não deixou de sentir especial ligação a certos *distintivos*, perceptíveis aos sentidos, marcantes da especificidade de cada comunidade ou grupo social perante os demais. Neste contexto, “os símbolos assumem uma importância crucial para a visibilidade do Estado<sup>1705</sup>: “o Estado é invisível, tem de ser personificado antes de ser visto, simbolizado antes de poder ser amado e imaginado, antes de poder ser concebido”<sup>1706</sup>.

As sociedades contemporâneas não renunciaram à adopção de certos “elementos de identidade cultural do Estado constitucional”<sup>1707</sup> como, *v. g.*, os dias feriados, o descanso semanal ao Domingo, o hino, a bandeira, o escudo ou a capital. Segundo PETER HÄBERLE, “o seu conjunto permite identificar e integrar as normas constitucionais dentro de um enquadramento cultural e permite ainda reconhecer os “elementos de identidade” que mantêm um povo unido “no mais íntimo”<sup>1708</sup>. Por outro lado, a profunda alteração no *modus vivendi* das comunidades provocado pela adopção da *agricultura* como principal actividade económica em detrimento do pastoreio, que implicou a sedentarização dos povos<sup>1709</sup>, permitiu o enriquecimento do universo da simbologia desde logo pela identificação de um determinado povo com o *seu* território.

---

<sup>1703</sup> Sobre esta questão, cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>1704</sup> Sobre o percurso evolutivo das *sociedades globais*, cfr. MAURICE DUVERGER, *Sociologia da Política*, p. 29 e ss.

<sup>1705</sup> Cfr. ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A Nação e os seus símbolos – Breves comentários ao artigo 11.º da Constituição*, in *O Direito*, Lisboa, Juridireito – Edições Jurídicas, ano 133, 2006, vol. I, p. 203.

<sup>1706</sup> A expressão é de MICHAEL WALZER, *on the role of symbolism in political thought*, in *Political Science Quarterly*, n.º 82, 1967, p. 194, *cit.* por ANTÓNIO DE ARAÚJO, *ibidem*.

<sup>1707</sup> A expressão é de PETER HÄBERLE, *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, p. 95.

<sup>1708</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *idem*, p. 95/96; sobre este assunto, cfr. ainda PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 274 e ss.

<sup>1709</sup> Sobre esta questão, cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

Se recordarmos que *per se* “as paisagens acalentam mitos”<sup>1710</sup>, a preservação *imaculada* de alguns espaços do planeta e, de certo modo em *contra senso*, a transformação de outros *pela arte e pelo engenho humano*, desde os efeitos provocados pela *agricultura* na morfologia dos campos até às obras dotadas de valor estético e, ou, científico que constituem o legado do auge histórico de cada uma das civilizações, as comunidades humanas foram paulatinamente formando o seu próprio *acervo cultural*.

O *acervo cultural*, tradicionalmente identificado pela doutrina como património cultural<sup>1711</sup>, de uma comunidade humana no contexto do Estado comporta assim, por um lado, os (i) símbolos nacionais que constituem *os* sinais distintivos da comunidade estadual no plano internacional e simultaneamente factores de coesão no plano interno, nomeadamente perante as comunidades *infra-estaduais* motivadas por aspirações autonomistas<sup>1712</sup>. O mesmo *acervo cultural* incorpora, por outro lado, o (ii) património natural e o património cultural *strictu sensu*, que consistem, respectivamente, no conjunto de bens de origem natural incorporados no território do Estado que consubstanciem um testemunho com valor *de civilização* ou *de cultura* e no conjunto de obras (património material) e de actividades (património imaterial) humanas enquadradas na História ou na vivência da comunidade estadual e que representem, do

---

<sup>1710</sup> A expressão é de F. LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 27.

<sup>1711</sup> Cfr., selectivamente, JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição – Tópicos*, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, ANTÓNIO CORDEIRO, *Património cultural*, J MARTINS CLARO, *Aspectos jurídicos do património cultural imaterial*, MARCOS VAQUER, *Estado y Cultura*, p. 231 e ss., e SILVIA JAQUENOD, *Derecho ambiental*.

<sup>1712</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, p. 99; em sentido aproximado, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS sustentam que “por imperativo da unidade do Estado, deve entender-se (...) que nos edifícios onde funcionem órgãos do Estado ou instalações das forças de segurança, somente pode ser hasteada a Bandeira Nacional; nem as bandeiras das regiões autónomas, nem das autarquias locais se lhe podem juntar”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, anotação VI ao artigo 11.º. Cfr. ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA para quem o uso dos símbolos nacionais “só pode ser determinado pelos órgãos de soberania, pelo que fica de fora das disponibilidades ou da livre apreciação política de quaisquer outros órgãos (regionais ou locais) decidir sobre o *se*, o *quando* e o *como* do uso dos símbolos nacionais”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, anotação III ao artigo 11.º



mesmo modo, um testemunho com valor *de civilização* ou *de cultura*, e ainda que sejam, em ambos os casos, portadores de interesse cultural relevante<sup>1713</sup>.

## 4.2. Os símbolos nacionais

Os símbolos nacionais incorporam, por excelência, o *acervo cultural* do Estado, na medida em que a sua configuração normalmente resulta da evolução histórica da comunidade<sup>1714</sup>. Os símbolos, no entanto, desempenham uma função específica no contexto da massa de bens acumulada durante *a vivência em comum*: a de identificar a comunidade estadual no âmbito da Sociedade Internacional<sup>1715</sup>.

A *Constituição da República Portuguesa* consagra como símbolos nacionais: a (i) *Bandeira Nacional* e o (ii) *Hino Nacional*<sup>1716</sup>. A *Bandeira Nacional* está qualificada expressamente como “símbolo da soberania da República, da independência, unidade e integridade de Portugal”<sup>1717</sup>. O legislador constituinte, no entanto, não inscreveu no texto constitucional a descrição da *Bandeira Nacional*, optando pela técnica legislativa de remissão para o *Decreto da Assembleia Constituinte n.º 150, de 19 de Junho de 1911*, que descreveu minuciosamente as características da *Bandeira Nacional* “adoptada pela República instaurada pela Revolução de 5 de Outubro de 1910”<sup>1718</sup>. A natureza jurídica da técnica de recepção do *Decreto da Assembleia Constituinte n.º 150* mencionado constitui motivo de aceso debate na doutrina portuguesa. Assim, GOMES

---

<sup>1713</sup> Cfr. *infra*, 4.3.

<sup>1714</sup> Neste sentido, PETER HÄBERLE, *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, p. 126.

<sup>1715</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que “antes de serem símbolos do Estado, são símbolos de toda a colectividade política (...), são valores de referência de toda a colectividade, de comunhão cultural e ideológica, de identificação e de distinção”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 11.º

<sup>1716</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 1 e 2, respectivamente, da *CRP*.

<sup>1717</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1718</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte; o *Decreto da Assembleia Constituinte n.º 150, de 19 de Junho de 1911*, está disponível na internet em [www.portugal.gov.pt/pt/a-democracia-portuguesa/simbolos-nacionais/decreto-que-aprova-a-bandeira-nacional.aspx](http://www.portugal.gov.pt/pt/a-democracia-portuguesa/simbolos-nacionais/decreto-que-aprova-a-bandeira-nacional.aspx).

CANOTILHO e VITAL MOREIRA pronunciam-se pela tese da *recepção formal* do mesmo<sup>1719</sup>, enquanto RICARDO LEITE PINTO sufraga a técnica da *recepção material*<sup>1720</sup> e, por último, ANTÓNIO DE ARAÚJO sustenta que “os símbolos republicanos estão de tal forma impregnados na *memória social* que para serem reconhecidos não necessitam de qualquer *reconstituição histórica* (...), o conteúdo da Bandeira e do Hino são apreensíveis sem necessidade de recurso à lei ordinária”<sup>1721</sup>. Sobre esta questão, devemos atender ao seguinte: o *Decreto da Assembleia Constituinte n.º 150* aprovou detalhadamente a configuração da *Bandeira Nacional*, o artigo 11.º da *Constituição da República Portuguesa* (de 1976) remete expressamente para aquele *Decreto* estabelecendo que a *Bandeira Nacional* é a que está definida nos respectivos termos, pelo que procede a uma *recepção formal* do diploma anterior na medida em que lhe confere a dignidade, e a força jurídica, de Constituição em sentido formal<sup>1722</sup>.

O *Hino Nacional*, cuja *letra* exprime o modo como “o povo português, de corajosos marinheiros, se vê a si mesmo, completada com um apelo às armas”<sup>1723</sup>, e cuja *melodia* PETER HÄBERLE considera “das mais bonitas”<sup>1724</sup> entre os setenta e nove *hinos nacionais* que comenta com a exaustão e a profundidade a que nos habituou com as suas análises de sistemas jurídicos comparados, descrevendo-a como “um hino em tom *dó* maior, *grandioso*, e com compasso de quatro por quatro (...)”, qualificando ainda “a atractiva interacção entre *forte* e *piano* muito peculiar, com conotações triplas e

---

<sup>1719</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1134, e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, anotação II ao artigo 11.º

<sup>1720</sup> Cfr. RICARDO LEITE PINTO, *Algumas hipóteses sobre a “República” e o “Republicanismo” no constitucionalismo português*, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 230.

<sup>1721</sup> Cfr. ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A Nação e os seus símbolos*, p. 209.

<sup>1722</sup> Cfr., no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1134.

<sup>1723</sup> A síntese é de PETER HÄBERLE, *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, p. 156.

<sup>1724</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*.

um *sforzati* acentuado no final”<sup>1725</sup>, está identificado no texto constitucional simplesmente como *A Portuguesa*<sup>1726</sup>. A jus-publicística, à semelhança do sucedido com a Bandeira Nacional, debate entusiasticamente a questão da natureza do título a que *A Portuguesa*, ou o diploma que estabelece a sua letra e musica, é recebido na *Constituição da República Portuguesa*. As posições dos vários autores coincidem *mutatis mutandis* com aquelas que os mesmos sustentam em relação à Bandeira Nacional<sup>1727</sup>. cremos, no entanto, que a questão neste caso se coloca de modo diverso porque o enunciado constitucional em apreço se limita a consagrar *A Portuguesa* como *Hino Nacional* sem fazer referência ao seu conteúdo, nem a qualquer diploma anterior que defina a sua letra e música. Apesar da sua génese republicana na medida em que foi reconhecida como *Hino Nacional* pela Assembleia Constituinte de 1911, a letra e a música d’*A Portuguesa* apenas viriam a ser descritas em *Resolução do Conselho de Ministros* aprovada em 16 de Julho de 1957<sup>1728</sup>. A *Constituição da República Portuguesa* não faz qualquer referência àquele diploma, seguramente, por repugnar aos deputados constituintes de 1975/76 acolher num texto constitucional que se queria de ruptura um símbolo nacional definido no apogeu do *Estado Novo*. Assim, o *Hino Nacional* está definido única e exclusivamente nos termos da *Constituição da República Portuguesa*<sup>1729</sup>, a mencionada *Resolução do Conselho de Ministros* de 16 de Julho de 1957 constitui elemento de interpretação histórica do teor do enunciado constitucional, *A Portuguesa*, portanto é objecto de uma recepção material<sup>1730</sup>.

---

<sup>1725</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *ibidem*.

<sup>1726</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1727</sup> Cfr. *supra*.

<sup>1728</sup> Cfr. *Resolução do Conselho de Ministros* de 16 de Julho de 1957, disponível na *internet* em [www.notacaoxxi.com/Partituras/Hino.pdf](http://www.notacaoxxi.com/Partituras/Hino.pdf).

<sup>1729</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1730</sup> A norma é objecto de recepção material na medida em que o seu conteúdo é necessário para fixar o verdadeiro sentido de uma norma constitucional sem que por isso a primeira adquira força constitucional; sobre este assunto, GOMES CANOTILHO sufraga uma definição de *Constituição material* como “o

### 4.3. O património natural e cultural

“O vocábulo “património” passou actualmente a fazer parte do nosso dia a dia. Utilizado na área da cultura, do ambiente, do turismo, da publicidade, e em muitos outros contextos, o património é percebido como algo positivo e relevante na nossa vida, um bem precioso que devemos preservar a todo o custo. Mas, afinal o que é o património? Quando e onde surgiu esta ideia? E qual a importância que realmente tem para a nossa sociedade?”<sup>1731</sup> Ainda neste contexto, será legítimo invocar “um direito ao património cultural preservado?”<sup>1732</sup>

Abordamos em dois momentos anteriores da investigação direitos e deveres fundamentais e, conexamente, tarefas do Estado incidentes sobre o património natural e o património cultural do Estado Português<sup>1733</sup>. A sistematização assim delineada, não implicou qualquer inversão no tratamento das matérias mas, ao invés, resultou apenas de uma atitude coerente com a metodologia adoptada no sentido de analisar a *Constituição cultural* numa perspectiva antropocêntrica<sup>1734</sup>. Colocada a questão nestes termos, o objectivo que nos guia neste momento da investigação é apenas o de caracterizar objectivamente o universo de actividades<sup>1735</sup> humanas e de bens que integram o património natural e cultural do Estado.

---

conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico”, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1139.

<sup>1731</sup> Os quesitos são suscitados nestes precisos termos por CLARA BERTRAND CABRAL, *Património cultural imaterial – Convenção da Unesco e seus contextos*, Lisboa, Edições 70, 2011, p. 25.

<sup>1732</sup> Cfr. FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES, *O direito ao património cultural preservado – Um direito e uma garantia fundamental*, in *Pensar*, Fortaleza, 2007, p. 52.

<sup>1733</sup> Cfr. *supra*, 2.3.

<sup>1734</sup> Cfr. *supra*, 3.

<sup>1735</sup> Adoptamos o vocábulo *actividades* para identificar, no âmbito do acervo cultural, “as manifestações humanas que não são passíveis de consubstanciação em bens susceptíveis de constituírem objecto de um direito patrimonial”; neste sentido, GIANCARLO ROLLA, *Bienes culturales y Constitución*, trad. castelhana de Emilio Calderón Martín, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 2, 1989, p. 165/166; cfr. ainda GIANCARLO ROLLA, *Beni*

Apesar do *Renascimento* haver despertado na classe nobiliárquica o interesse pelo colecionismo de objectos móveis e imóveis de interesse artístico, histórico, arqueológico e etnográfico<sup>1736</sup>, o conceito de *património nacional* apenas viria a entrar na linguagem corrente com a Revolução Francesa e a subsequente transição do património, nomeadamente de valor estético, da titularidade da *Coroa* para a titularidade do novel soberano: a *Nação*<sup>1737</sup>. Contudo, a simples incorporação de um acervo de bens dotado de valor estético na esfera pública não determinou, *ipso facto*, a gestação do conceito de património cultural. Seria VICTOR HUGO, nos alvares do século XIX, “perante as grandes obras públicas a decorrer na cidade de Paris”, pioneiro a despertar a *consciência da humanidade* para “a necessidade de preservar os bens culturais, insurgindo-se contra a demolição de importantes edifícios que, no âmbito dessas obras, estava a ser levada a cabo”<sup>1738</sup>.

Assistimos, desde então, primeiro em França e depois pelo resto da Europa, ao início da produção de legislação destinada à protecção do património cultural que, numa primeira fase, cuidou especialmente da protecção dos monumentos<sup>1739</sup>. A opinião pública internacional e a *Sociedade das Nações* começaram a dispensar especial atenção à matéria no epílogo da I Guerra Mundial, “quando o património mundial estava cada vez mais ameaçado de destruição, a qual significava, além da perda por deterioração ou desaparecimento, um empobrecimento cultural da humanidade”<sup>1740</sup> e, além disso, “a consciência de que a manutenção de um vazio jurídico internacional relativamente àqueles bens potenciaria graves riscos de negação da essência inter-temporal da

---

*culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 579, e MICHELE AINIS, *Cultura e Politica*, p. 93 e ss.

<sup>1736</sup> Cfr. CLARA BERTRAND CABRAL, *Património cultural imaterial*, p. 26.

<sup>1737</sup> Neste sentido, ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, p. 75; no mesmo sentido, CLARA BERTRAND CABRAL, *Património cultural imaterial*, p. 26.

<sup>1738</sup> Cfr. J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 73.

<sup>1739</sup> Cfr. J. CASALTA NABAIS, *idem*, p. 73 e ss.

<sup>1740</sup> A expressão é de SILVIA JAQUENOD, *Derecho ambiental*, p. 27.

comunidade humana: risco de perda da memória do passado e risco da hipoteca de condições de vida minimamente equilibradas no futuro”<sup>1741</sup>. O termo inicial da gestação de um ordenamento jurídico internacional regulador do património cultural só viria, no entanto, a ocorrer sob os auspícios da *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)*, com a adopção da *Convenção Internacional para a protecção de bens culturais em caso de conflito armado*<sup>1742</sup>.

O conceito de *património mundial da humanidade* apenas lograria consagração jurídico-positiva no contexto da Sociedade Internacional nos termos da *Convenção da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural*, adoptada em Paris, em 16 de Novembro de 1972<sup>1743</sup>. A *Convenção* começa por acolher uma concepção ampla de *património mundial da humanidade*, mediante a estatuição de conceitos diferenciados de (i) *património natural* e de (ii) *património cultural*<sup>1744</sup>. Assim, a *Convenção* incorpora no universo do (i) *património natural*, (α) os *monumentos naturais* constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico, (β) as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituem *habitat* de

---

<sup>1741</sup> Neste sentido, JOSÉ MANUEL PUREZA, *O Património Comum da Humanidade: Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade*, Porto, Edições Afrontamento, 1998, p. 258.

<sup>1742</sup> Convenção adoptada em *Den Haag*, em 14 de Maio de 1954; sobre a *Convenção Internacional para a protecção de bens culturais em caso de conflito armado*, cfr. GIANCARLO ROLLA, *Bienes culturales y Constitución*, p. 165/166, e MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 79/80. Sobre a actividade normativa da UNESCO, cfr. ainda *supra*, II, 2.3.2.

<sup>1743</sup> O texto integral da *Convenção da UNESCO para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural (CPPNUN)* está disponível na internet em <http://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>.

<sup>1744</sup> Neste sentido, J. CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 117; sobre a estreita conexão entre património natural e património cultural no âmbito do Direito interno dos Estados, especificamente de um núcleo de preceitos constitucionais destinados a assegurar uma protecção básica da vida humana considerada como um valor em si mesma à margem do aproveitamento dos recursos humanos com vista a fins políticos ou económicos, cfr. ainda ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 181 e ss., GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, *Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el Derecho Constitucional*, p. 20 e ss., e GIANCARLO ROLLA, *Bienes culturales y Constitución*, p. 163.

espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação das espécies e ( $\gamma$ ) os *locais* de interesse natural ou zonas naturais estritamente delimitadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação da beleza natural<sup>1745</sup>. A mesma *Convenção* qualifica como (ii) *património cultural*, ( $\alpha$ ) os *monumentos* ou obras arquitectónicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos de estruturas de carácter arqueológico, inscrições em grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, ( $\beta$ ) os *conjuntos* ou grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitectura, unidade ou integração na paisagem têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência e ( $\gamma$ ) os *locais de interesse* ou obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico<sup>1746</sup>.

Sem embargo da nossa busca ser motivada pelo escopo da delimitação do conceito de *património mundial da humanidade*, entendemos por bem não omitir o princípio básico suprajacente ao mecanismo de protecção concebido pela *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura* cujo funcionamento reside num compromisso assumido pelos Estados partes na *Convenção* em contribuir para a salvaguarda e preservação dos bens culturais e naturais particularmente importantes para a memória da humanidade, através de prestação de assistência técnica e financeira mas com absoluto respeito pela soberania do Estado da localização bens<sup>1747</sup>.

---

<sup>1745</sup> Cfr. artigo 2.º da *CPPNUN*.

<sup>1746</sup> Cfr. artigo 1.º *idem*.

<sup>1747</sup> Cfr. preâmbulo da *CPPNUN*, § 7; neste preciso sentido, JOSÉ MANUEL PUREZA, *O Património Comum da Humanidade*, p. 260.

A especial conexão entre o Estado e o seu património natural e cultural, reconhecida pela Sociedade Internacional nos termos da *Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural*<sup>1748</sup>, assim como a constatação de que a degradação ou o desaparecimento de um bem do património cultural e natural constitui um empobrecimento efectivo do património de todos os povos do mundo<sup>1749</sup> vem confirmar o entendimento sustentado em momento anterior, segundo o qual o território constitui elemento essencial do Estado<sup>1750</sup>. Com efeito, carece de fundamento a construção de LEÓN DUGUIT segundo a qual “o território não é um elemento indispensável para a formação do Estado; queremos dizer com isto que se pode conceber perfeitamente o facto de ocorrer uma diferenciação política numa sociedade que não se encontre fixa, com caracteres de estabilidade e permanência, num território determinado. Em sentido geral do vocábulo, numa sociedade assim haveria, sem embargo, um Estado”<sup>1751</sup>. A nossa contestação à tese do *doyen de Bordeaux*, segundo a qual a sedentarização da comunidade humana num território não constitui *leitmotiv* para a existência de Estado mas exprime apenas o “grau de desenvolvimento da diferenciação política”, isto é, a diferenciação entre governantes e governados<sup>1752</sup>, é devida, por um lado, à circunstância do (i) património natural identificar cada Estado como uma comunidade política única e irrepetível<sup>1753</sup>, e, por outro lado, a verificarmos

---

<sup>1748</sup> Cfr. preâmbulo da *CPPNUN*, § 6.

<sup>1749</sup> Cfr. *idem*, § 4.

<sup>1750</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>1751</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 63; segundo o autor, expoente da Escola do objectivismo sociológico, “o Estado é um conjunto de serviços” (*idem*, p. 64 e ss.) e “as sociedades civilizadas modernas encontram-se estabelecidas de modo permanente em territórios perfeitamente delimitados e a acção dos governantes estende-se a este território determinado” por motivos de ordem pragmática, i. é, “sob o império das necessidades práticas, o Direito Internacional Público formulou regras sobre a separação de territórios nos quais se exercita a acção de Governos diversos”, (*idem*, p. 63).

<sup>1752</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 13, o *doyen de Bordeaux* admite, em teoria, a possibilidade de existirem Estados nómadas, *idem*, p. 63.

<sup>1753</sup> Neste sentido, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 22, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 181 e ss., JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, p. 64 e p. 95, e JOHN A. HALL e G. JOHN IKENBERRY, *El Estado*, p. 37; na doutrina portuguesa, CARLA AMADO



que o próprio território, pelo seu clima e pela sua morfologia, é susceptível de determinar a cultura de um povo<sup>1754</sup>. Ao invés, a caracterização de um Estado como comunidade política resulta de uma conjugação de factores, simultaneamente naturais e culturais, como a genética da raça, o espírito do povo ou da nação, as actividades económicas desenvolvidas ou as condições geográficas do território. Na síntese de HERMANN HELLER, todos estes factores revestem “a maior importância para o nascimento e permanência da *unidade estadual* mas esta, além de não constituir a expressão de um único factor, é mais que o somatório de todos eles”<sup>1755</sup>.

A *Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural* não regula a totalidade do *património mundial da humanidade* na medida em que tem por objecto apenas o património material, isto é, composto por bens materiais ou corpóreos. “Considerando [no entanto] a profunda interdependência entre o património imaterial e o património material cultural e natural”<sup>1756</sup>, a *Organização das Nações Unidas para a*

---

GOMES denuncia a sua preferência pelas teses do objectivismo sociológico quando afirma que o território “não é elemento essencial do Estado, é condição da sua existência em termos externos, é um factor de identificação da comunidade” (*Estado e integração económica: Subsídios para uma reflexão sobre o conceito de soberania*, Brasília, 1998, p. 24, disponível na internet em [www.esaf.fazenda.gov.br/parcerias/ue/cedoc-ue/monografias-1998/modulo-A/APONTAMENTOS.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/parcerias/ue/cedoc-ue/monografias-1998/modulo-A/APONTAMENTOS.pdf)), enquanto R. LEITE PINTO, J. MATOS CORREIA e F. ROBOREDO SEARA assumem uma posição insustentavelmente dúbia pois, embora sustentem que a “sedentariedade é uma característica do Estado” (*Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 62), veem seguidamente afirmar que “teoricamente, nada obstará à existência de Estados nómadas”, passando a mensagem que a mobilidade do Estado apenas obstará ao regular funcionamento dos serviços (*idem*, p. 63).

<sup>1754</sup> Segundo CHARLES DE MONTESQUIEU, as leis podem ser influenciadas pela “natureza do clima” (“há mais vigor nos climas frios; a acção do coração e a reacção das extremidades das fibras operam melhor, os fluídos estão em maior equilíbrio, o sangue vai mais determinado na direcção do coração e, reciprocamente, o coração tem mais potência; esta força maior deve produzir muitos efeitos: v.g., mais confiança em si mesmo, i. é, mais coragem; mais conhecimento da sua superioridade, i. é, um menor desejo de vingança; melhor opinião da sua segurança, i. é, maior franqueza, menos suspeitas, intrigas, astúcia”, *Do espírito das leis*, p. 384) ou pela “natureza do terreno” (“os países férteis são planícies onde não se pode disputar nada ao mais forte: portanto, submete-se a ele; e, quando se lhe está sujeito, o espírito de liberdade não pode regressar; os bens do campo são uma garantia de fidelidade mas, nos países montanhosos, pode conservar-se o que se tem e há pouco a conservar; a liberdade, i. é, o governo de que se usufrui, é o único bem que merece defesa; a liberdade reina, pois, mais nos países montanhosos e difíceis do que naqueles que aparentemente a natureza favoreceu”, *idem*, p. 440).

<sup>1755</sup> Cfr. HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 165, itálico nosso.

<sup>1756</sup> Cfr. preâmbulo da *Convenção da Unesco para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial (CSPCI)*, § 4.

*Educação, Ciência e Cultura* promoveu a adopção da *Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial*, também em Paris, em 17 de Outubro de 2003<sup>1757</sup>. Conforme resulta dos termos da *Convenção* “entende-se por “património cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões – bem como os instrumentos, objectos, artefactos e espaços culturais que lhes estão associados – que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu património cultural. Esse património cultural imaterial, transmitido de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função do seu meio, da sua interacção com a natureza e da sua história, inculcando-lhes um sentimento de identidade e de continuidade, contribuindo, desse modo, para a promoção do respeito pela diversidade cultural e pela criatividade humana”<sup>1758</sup>. A *Convenção* estabelece ainda, sem carácter taxativo, os “domínios” nos quais o *património cultural imaterial* poderá manifestar-se: (a) tradições e expressões orais, incluindo a língua como vector do património cultural imaterial, (b) artes do espectáculo, (c) práticas sociais, rituais e actos festivos, (d) conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo e (e) técnicas artesanais tradicionais<sup>1759</sup>.

As soluções consagradas no ordenamento jurídico português nesta matéria não diferem substancialmente do âmbito material delimitado pelas *Convenções da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura* mencionadas. Contudo, no plano sistemático, o ordenamento interno português regula em diplomas autónomos o património natural e o património cultural, numa técnica legislativa que

---

<sup>1757</sup> O texto integral da *CSPCI* está disponível na *internet* em [www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf](http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf).

<sup>1758</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, da *CSPCI*; VALDIMAR TR. HAFSTEIN define património cultural imaterial, numa expressão mais sintética como “as práticas que as comunidades, os grupos e os indivíduos reconhecem como seu património. É ... o que eles dizem que é. Por outras palavras, nós simplesmente não sabemos o que é enquanto não lhes perguntarmos”, *Recognizing Intangible Cultural Heritage*, Tallinn, 2007, disponível na *internet* em [www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00195-EN.pdf](http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00195-EN.pdf), p. 8.

<sup>1759</sup> Cfr. *idem*, n.º 2.

não se nos afigura como a mais adequada atendendo à conexão tridimensional estabelecida pelo texto constitucional entre o património cultural, a natureza e o ambiente e o ordenamento do território<sup>1760</sup>. Assim, o legislador ordinário português, por um lado, consagrou, no âmbito dos componentes ambientais humanos, as paisagens, que qualifica como “unidades estéticas e visuais”<sup>1761</sup>, como bem integrante do *património natural* do Estado. O mesmo legislador, por outro lado, à semelhança do disposto nas convenções internacionais sobre a matéria, distinguiu no âmbito do *património cultural*, o património *material* do património *imaterial*.

Considerando para efeitos de investigação a sistematização legal, podemos avançar que o património material incorpora “todos os bens que, constituam testemunhos com valor de *civilização* ou de *cultura* e que sejam portadores de interesse cultural relevante”<sup>1762</sup>, “designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico”<sup>1763</sup>. O legislador acolheu, assim, uma concepção restrita do conceito<sup>1764</sup>, na medida em que exige para incorporação de um bem (material ou imaterial) no património cultural não apenas que constitua um testemunho com valor de

---

<sup>1760</sup> Cfr. artigo 9.º, e), da *CRP*; crítica análoga é tecida em sede de análise do ordenamento jurídico italiano por GIANCARLO ROLLA, *Bienes culturales y Constitución*, p. 173.

<sup>1761</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 1, da *LBA*; para uma enumeração detalhada de *bens naturais*, cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *I beni culturali*, p. 3/4.

<sup>1762</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, da *LBPC*, itálicos nossos.

<sup>1763</sup> Cfr. *idem*, n.º 3, 1.ª parte.

<sup>1764</sup> Sobre as dimensões ampla, ou *aberta*, e restrita, ou *fechada*, do conceito de bem cultural, MASSIMO SEVERO GIANNINI sustenta que a concepção ampla de bem cultural compreende as obras do pensamento filosófico, as obras do pensamento científico ou invenções, as obras literárias, os espectáculos e as obras musicais, enquanto a concepção restrita, que o autor denomina também por *bens culturais em sentido próprio*, está circunscrita aos bens, que naquele universo, constituam “testemunho de civilização ou de cultura com valor relevante”, *I beni culturali*, p. 6 e ss. e p. 33 e ss.; cfr., no mesmo sentido, BRUNO CAVALLA, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà*, p. 115 e p. 118/119, GIANCARLO ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, p. 567/568, MICHELE AINIS, *Cultura e Politica*, p. 84/85, SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 20/21, e VINCENZO CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, p. 138 e ss.

*civilização* ou de *cultura*<sup>1765</sup> mas ainda que lhe acresça o *interesse cultural relevante*<sup>1766</sup>, que define como a expressão de “valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”<sup>1767</sup>, “devam ser objecto de especial protecção e valorização”<sup>1768</sup>.

O património imaterial, por seu turno, além da língua portuguesa, enquanto símbolo<sup>1769</sup> e fundamento da soberania nacional<sup>1770</sup>, enquanto expressão do *modus vivendi* do povo português e, nesse sentido, enquanto parte integrante da sua *cultura em sentido antropológico*<sup>1771</sup>, compreende “as realidades que não tendo suporte em coisas móveis ou imóveis representem testemunhos etnográficos ou antropológicos com valor de *civilização* ou de *cultura* com significado para a identidade e memória colectivas” portuguesas<sup>1772</sup>. Considerando este último requisito exigido pelo legislador, valem aqui *mutatis mutandis* os argumentos que invocamos relativamente aos bens materiais para fundamentar o acolhimento de uma concepção restrita de património cultural também no domínio imaterial.

Quanto à questão suscitada da existência de “um direito ao património cultural preservado”<sup>1773</sup>, sustentamos em momento anterior que a *Constituição da República Portuguesa* reconhece a *todos* um direito à *fruição cultural*<sup>1774</sup>. Qualificamos o direito em apreço como um *direito de solidariedade* em consequência da identificação do respectivo âmbito de protecção com o acesso a bens e serviços culturais,

---

<sup>1765</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, da *LBPC*.

<sup>1766</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>1767</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 3, 2.ª parte, da *LBPC*.

<sup>1768</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, da *LBPC*.

<sup>1769</sup> Cfr. artigo 11.º, n.º 3, da *CRP*.

<sup>1770</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 2, da *LBPC*.

<sup>1771</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.1.

<sup>1772</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 3, e 91.º, n.º 1, da *LBPC* e ainda artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 139/2009, de 15 de Junho, itálicos nossos.

<sup>1773</sup> Cfr. *supra*.

<sup>1774</sup> Cfr. *supra*, 2.3.4.

especificamente ao disfrute, quer do património natural, quer do património cultural, artístico e científico, material e imaterial, do Estado<sup>1775</sup>. Assim, o direito fundamental reconhecido à pessoa humana sobre o património natural e cultural do Estado consiste no direito de fruição cultural, isto é, no direito de aproveitamento de um bem ou serviço cultural sem atingir a substância do mesmo e o seu conteúdo essencial compreende as faculdades de visita, de visibilidade, de informação e eventualmente de uso<sup>1776</sup>.

O imperativo de assegurar a existência de um *património cultural e natural preservado* que o texto constitucional consagra como uma *tarefa fundamental do Estado Português*<sup>1777</sup> não configura o reconhecimento de um direito fundamental<sup>1778</sup> mas apenas de uma garantia institucional. Sufragamos a natureza jurídica de garantia institucional da figura em apreço na medida em que, através dela “se protegem determinadas instituições (a dignidade humana, a democratização da cultura, a independência e a identidade nacionais), impedindo o Estado de proceder à sua supressão ou de a permitir”<sup>1779</sup> e, além disso, configura uma realidade objectiva que permite à pessoa humana gozar o direito à fruição cultural, esse sim, um direito que lhe é reconhecido constitucionalmente<sup>1780</sup>.

---

<sup>1775</sup> Cfr. *supra*, 2.3.4.2.

<sup>1776</sup> Cfr. *supra*, 2.3.4.3.

<sup>1777</sup> Cfr. artigo 9.º, e), 1.ª e 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1778</sup> A qualificação do direito do património cultural preservado como um “direito análogo aos direitos e garantias fundamentais” é sustentada na doutrina brasileira por F. LIMA RODRIGUES, *O direito ao património cultural preservado*, p. 58 e ss., sem que no entanto lhe reconheçamos arrimo constitucional pelos motivos indicados no texto.

<sup>1779</sup> Neste sentido, COMISSÃO DE REDACÇÃO DO ANTEPROJECTO DE PROPOSTA DE LEI DE BASES DO PATRIMÓNIO CULTURAL, *Relatório intercalar*, p. 127/128.

<sup>1780</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.



## 5. As tarefas do poder político no âmbito cultural

*In realta la nozione antropologica rappresenta come il sedimento del concetto costituzionale di cultura, ma non ne esaurisce la portata: a tale scopo è invece necessario trarre indicazioni anche dagli altri livelli semantici sui quali il concetto si dispone. Quest'ultimo (...) va inteso come attività intellettuale superiore; e nella sua accezione "valutativa" deve riconoscersi spessore culturale a fatti disparati quali l'invenzione della ruota o un afresco di Masaccio, l'uso della forza del vapore o la scoperta del calcolo infinitesimale: insomma, a "tutto ciò che appare solo a un certo punto della storia umana". Ciò è quanto dire allora che i fenomeni culturali in senso stretto coincidono con le manifestazioni superiori dell'intelletto umano: ed è proprio questa l'accezione di cultura meglio in sintonia con la disposizione costituzionale.*

MICHELE AINIS, *Cultura e Politica – Il modelo costituzionale*, Milano, Cedam, 1991, p. 73.

### 5.1. Uma pré-compreensão: o conceito de tarefa cultural

Quando, em momento anterior da investigação esboçamos uma sistematização da *Constituição cultural portuguesa*, sustentamos que o fenómeno cultural foi regulado numa dinâmica *pentagonal*, isto é, como *liberdade*, como *solidariedade*, como *dever*, como *acervo* e como *tarefa*. O encerramento da análise do núcleo material que denominamos por *Constituição cultural* implica a abordagem das tarefas a que o Estado Português se encontra vinculado neste domínio.

A busca da premissa para a sequência da investigação, a delimitação do conceito de *tarefa*, implica a revisitação dos conceitos basilares da *Teoria do Estado*, neste caso específico da temática das funções de Estado. Ao conceito de *função de Estado*, agora chamado à colação, a doutrina vem atribuindo dois sentidos. Assim, numa acepção teleológica, a *função* corresponde ao escopo de (i) *fim, tarefa ou incumbência*<sup>1781</sup>, enquanto numa acepção procedimental a *função* traduz uma ideia de (ii) *actividade*<sup>1782</sup>.

---

<sup>1781</sup> Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 7.

<sup>1782</sup> Cfr. ainda, JORGE MIRANDA, *idem*, p. 8.

A análise da *Constituição cultural* nos moldes em que a configuramos *ab initio* pressupõe a recuperação do conceito de função no primeiro sentido, isto é, como  *tarefa* ou “missão”<sup>1783</sup> do Estado e das demais entidades públicas, na esfera política, económica, social ou cultural, a cuja prossecução o texto constitucional vincula os órgãos do poder político. A técnica legislativa de vinculação dos órgãos constitucionais ao desempenho de  *tarefas* conformadoras da sociedade constitui aliás um fenómeno generalizado nas Constituições da segunda metade do século XX. Como afirma PETER HÄBERLE, “a crescente utilização de normas de tarefas é uma característica da actual etapa evolutiva do Estado constitucional, que exprime uma concepção diferente do Estado e da Constituição (“Estado e Constituição como tarefa”, para além do “processo”), mas por sua vez também a municiam”<sup>1784</sup>. Em jeito de reforço desta constatação, o jurista de *Göppingen* alerta ainda para a circunstância das “Constituições incorporarem cada vez maior número de conteúdos, cada vez mais diferenciados, denunciando por vezes uma sobrecarga excessiva de programa”<sup>1785</sup>.

Abstraindo neste momento do juízo de valor sobre a  *qualidade* e a  *quantidade* da utilização de normas programáticas nos textos constitucionais, o jurista necessita de as identificar por forma a atingir o conhecimento das  *duas faces* da Constituição, isto é, como  *estatuto* e simultaneamente como  *programa*<sup>1786</sup>. A problemática das funções do Estado é um clássico da  *Teoria do Estado* e da  *Ciência do Direito Constitucional*<sup>1787</sup> e a

---

<sup>1783</sup> A expressão é de GOMES CANOTILHO,  *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 545.

<sup>1784</sup> Cfr. PETER HÄBERLE,  *El Estado constitucional*, p. 99.

<sup>1785</sup> Cfr. PETER HÄBERLE,  *idem*, p. 110.

<sup>1786</sup> Sobre estes conceitos, cfr.  *supra*, II, 1.2.

<sup>1787</sup> Cfr., selectivamente, LEÓN DUGUIT,  *Manual de Derecho Constitucional*, p. 77 e ss., GEORG JELLINEK,  *Teoría general del Estado*, p. 528 e ss., HANS KELSEN,  *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 250 e ss., PETER HÄBERLE,  *El Estado constitucional*, p. 245 e ss., GOMES CANOTILHO,  *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 551 e ss., JORGE MIRANDA,  *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, p. 7 e ss., MARCELO REBELO DE SOUSA,  *Direito Constitucional I*, p. 235 e ss., e J. BACELAR GOUVEIA,  *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, p. 1195 e ss.



sua abordagem exaustiva está muito para além dos objectivos da presente investigação. Neste contexto, o *leitmotiv* do nosso labor é apenas o de recolher no texto constitucional as tarefas que vinculam o poder político na esfera cultural. Será este um dos momentos para recordarmos a delimitação do conceito de cultura realizada anteriormente quando concluímos que *cultura* é obra do espírito humano e reveste a natureza de um conceito jurídico polissémico. Assim, conforme havíamos sustentado atempadamente, a *cultura em sentido antropológico*, ou *civilização*, consiste na diversidade que os povos têm de viver e de se relacionar, enquanto *cultura em sentido humanista*, ou simplesmente *cultura*, se reporta ao conjunto das actividades humanas no campo do conhecimento, nomeadamente da arte e da ciência<sup>1788</sup>.

As tarefas do Estado no domínio cultural foram, em boa medida, abordadas em vários momentos anteriores da presente investigação por apresentarem carácter prejudicial à análise dos direitos e dos deveres culturais. A metodologia adoptada em sede de tratamento do conceito, natureza e sistematização dos direitos e deveres culturais não revela qualquer afastamento em relação à concepção *pentatômica* acerca da *Constituição cultural portuguesa* anteriormente sustentada. Ao invés, a metódica seguida resultou apenas de um entendimento sobre a “crescente conexão e reciprocidade de fluxos entre os direitos fundamentais e as tarefas do Estado”<sup>1789</sup>, na medida em que os direitos fundamentais se apresentam como posições subjectivas mas também, em especial os direitos de solidariedade, associados às correlativas tarefas do Estado referentes à adopção de medidas adequadas à exequibilidade das normas constitucionais que os reconhecem<sup>1790</sup>. O fenómeno agora referenciado foi objecto de reflexão em termos genéricos em dois momentos anteriores. Assim, analisamos a questão num

---

<sup>1788</sup> Cfr. *supra*, Introdução, 1.2.

<sup>1789</sup> A expressão é de PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, p. 99.

<sup>1790</sup> Cfr. ainda PETER HÄBERLE, *ibidem*.

primeiro momento quando sustentamos a necessidade de *decantação* da Parte I da *Constituição da República Portuguesa* de modo a que esta compreendesse apenas as normas que reconhecem direitos e deveres fundamentais, isto é, que reconhecem e configuram uma posição subjectiva perante o Estado, e eventualmente perante outras entidades públicas ou privadas, e em consequência transferir para a Parte II, que propusemos fosse redenominada *Organização económica, social e cultural*, todas as normas cuja estatuição visasse objectivamente a imposição de uma tarefa ao Estado, ou a outra entidade pública, em qualquer destes domínios da vida em comunidade<sup>1791</sup>. Abordamos o mesmo fenómeno num segundo momento quando mencionamos a necessidade de uma actividade positiva do Estado como pressuposto para o exercício de alguns direitos fundamentais, como é o caso da *neutralidade colaborante* instrumental ao exercício de alguns direitos de *liberdade*, reconhecidos em normas constitucionais preceptivas mas não exequíveis por si próprias, assim como da actividade prestadora ou reguladora, consonante o modelo de Estado social consagrado na Constituição, para satisfação dos direitos de *solidariedade*<sup>1792</sup>.

Colocada a questão nestes termos, consideramos excessivo, por implicar duplicação na enumeração de materiais e reiteração do entendimento avançado sobre o assunto, a análise das tarefas culturais pelo prisma do Estado e das demais entidades públicas e privadas incumbidas da sua realização. Assim sendo, o objectivo proposto neste momento da investigação é apenas e somente o de proceder, de modo singelo, a uma recapitulação sistemática das tarefas do poder político na esfera cultural constitucionalmente consagradas.

---

<sup>1791</sup> Cfr. *supra*, II, 2.2.

<sup>1792</sup> Cfr. *supra*, 2.1.4.; cremos ser a metodologia adoptada a mais adequada ao trabalho científico atendendo à velha máxima liberal, consagrada no artigo 2.º da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, segundo a qual “a finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”.

## 5.2. As tarefas do Estado Português no domínio cultural

Com vista à prossecução do objectivo traçado, verificamos que a *Constituição da República Portuguesa* consagra (i) *tarefas do poder político na esfera cultural* com carácter genérico que consistem em (α) “desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa”<sup>1793</sup> e em (β) coordenar a política cultural com as políticas económica, social e educativa, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português no âmbito dos planos de desenvolvimento económico e social<sup>1794</sup>. Ambas as tarefas mencionadas, no plano material, têm pressuposta a ideia segundo a qual o conceito de cultura é uma reminiscência da memória e, nesse sentido, a promoção cultural contribui em larga medida para impedir qualquer tentativa de manipulação ou de redefinição da história<sup>1795</sup>. Quanto à segunda destas tarefas, no plano sistemático, não por mera casualidade, está também consagrada na Parte II do texto constitucional, referente à *Organização económica*, e, deste modo, vem carrear mais um argumento favorável à posição que assumimos no sentido da necessidade do legislador constituinte alargar a denominação da respectiva epígrafe também aos sub-sectoros social e cultural<sup>1796</sup>.

A *Constituição da República Portuguesa* consagra algumas *tarefas* culturais do poder político em aspectos específicos, como (ii) *no acesso à criação artística e científica* que consistem em (α) promover a democratização da cultura, incentivando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural<sup>1797</sup>, de (β) incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como de

---

<sup>1793</sup> Cfr. artigos 78.º, n.º 2, d), 1.ª parte da *CRP*.

<sup>1794</sup> Cfr. artigos 78.º, n.º 2, e), e 90.º da *CRP*.

<sup>1795</sup> Cfr., neste sentido, MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 66.

<sup>1796</sup> Cfr. *supra*, II, 2.2.

<sup>1797</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 3, da *CRP*.

corrigir as assimetrias existentes no território nacional neste domínio<sup>1798</sup>, de (γ) “apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade”<sup>1799</sup>, e de (δ) incentivar e apoiar a investigação científica e a inovação tecnológica, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas<sup>1800</sup>.

Quanto às tarefas específicas no âmbito da (iii) *educação*, a *Constituição da República Portuguesa* incumbe o Estado de (α) assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa<sup>1801</sup>, nomeadamente assegurando o seu ensino aos filhos dos emigrantes<sup>1802</sup>, de (β) promover a democratização da educação<sup>1803</sup>, de (γ) promover as demais condições para que a educação contribua para a igualdade de oportunidades, a superação de desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva<sup>1804</sup>, de (δ) cooperar com os pais na educação dos filhos<sup>1805</sup>, e de (ε) promover a formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores como meio de assegurar o direito ao trabalho<sup>1806</sup>, de (ζ) “promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do

---

<sup>1798</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 2, a), da *CRP*.

<sup>1799</sup> Cfr. *idem*, b).

<sup>1800</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 4, da *CRP*; a tarefa mencionada é reiterada mediante a consagração da incumbência prioritária do Estado “assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país”, cfr. artigo 81.º, j), da *CRP*.

<sup>1801</sup> Cfr. artigo 9.º, f), da *CRP*, e 78.º, n.º 2, d), 2.ª parte.

<sup>1802</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, i) da *CRP*.

<sup>1803</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1804</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>1805</sup> Cfr. artigo 67.º, n.º 2, c) da *CRP*.

<sup>1806</sup> Cfr. artigo 58.º, n.º 2, c) da *CRP*.

ambiente”<sup>1807</sup> e, ainda, de (η) “promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto”<sup>1808</sup>.

Ainda no contexto das tarefas específicas, no âmbito da (iv) *preservação, defesa e valorização do património natural e cultural*, o Estado Português está incumbido, por um lado, quanto ao *património natural*, de (α) “defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais”<sup>1809</sup>, de (β) “criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar, e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico”<sup>1810</sup>, de (γ) “promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações”<sup>1811</sup>, e, por outro lado, no que concerne ao *património cultural*, de (δ) “proteger e valorizar o património cultural do povo português”<sup>1812</sup>, de (ε) “promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade de vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas”<sup>1813</sup>, e ainda de (ζ) “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”<sup>1814</sup>.

---

<sup>1807</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 2, n.º 2, g) da *CRP*.

<sup>1808</sup> Cfr. artigo 79.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1809</sup> Cfr. artigo 9.º, e), 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1810</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 2, c), da *CRP*.

<sup>1811</sup> Cfr. *idem*, e), 1.º parte.

<sup>1812</sup> Cfr. artigo 9.º, e), 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1813</sup> Cfr. artigo 66.º, n.º 2, e), 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1814</sup> Cfr. artigo 78.º, n.º 2, c), da *CRP*.



## 6. Uma *Constituição cultural* modelada por princípios?

*De este modo, la meditación constitucional es consciente que toda especulación cultural respecto a la Constitución, consiste en la inspiración ideológica, fundada en valores (dignidad humana, libertad, justicia, pluralismo político) que operan en una realidad socio-política.*

*En consecuencia, la Teoría de la Constitución la concibo como cultura, cultura euroatlántica, ideológicamente inspirada, justificada por valores que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos e protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos a una organización estructural normativizada que se apoya en una estructura sociopolítica.*

PABLO LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykynson, 1998, p. 203, p. 22

### 6.1. Preliminares

A análise da *Constituição cultural portuguesa* permite induzir um conjunto de *princípios modeladores* das normas que a incorporam e que contribuem para identificar uma ideologia que lhe está suprajacente<sup>1815</sup>. Os princípios identificados na *Constituição da República Portuguesa* conexos com a esfera cultural são a *dignidade humana*, a *liberdade*, a *democracia*, a *solidariedade* e a *neutralidade*.

### 6.2. O princípio da *dignidade humana*

A *dignidade humana* configura um princípio modelador da *Constituição cultural* não apenas por constituir, em termos gerais, o *leitmotiv* do movimento constitucional, proclamado *ab initio* no seu *Livro do Génesis*, a *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*<sup>1816</sup>, não somente por consubstanciar a *pedra angular* sobre a qual está

---

<sup>1815</sup> Cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES para quem os princípios fundamentais são a expressão de uma “ideologia constitucional” que sobrejuz ao texto da Lei Fundamental e que identifica uma determinada Constituição material, *Teoria da Constituição de 1976*, p. 184.

<sup>1816</sup> Cfr. artigo 2.º da *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*.

edificada a *Constituição da República Portuguesa*<sup>1817</sup>, como é *timbre* das Constituições típicas do *Estado de Direito democrático e social*<sup>1818</sup>, mas pela estreita conexão entre *cultura e dignidade humana* consagrada no texto constitucional português vigente.

Se recordamos o especial interesse do idealismo alemão pelo fenómeno cultural e nomeadamente se recordarmos que o mentor do conceito de *Kulturstaat*, JOHANN GOTTLIEB FICHTE, foi o expoente máximo do *idealismo da liberdade*<sup>1819</sup>, seguramente não estranhámos que o *Kulturstaat* como modo de organização da comunidade política estivesse axiologicamente conformado pelas máximas (i) *a cultura faz a liberdade* e (ii) *a cultura é autónoma*<sup>1820</sup>. A própria conexão estabelecida pelo filósofo de *Rammenau* entre as máximas segundo as quais (i) *a cultura deve constituir um fim em si mesma para o Estado* e (ii) *só no Estado de cultura o homem será livre*<sup>1821</sup> convergia em última análise para a *dignidade humana* pois apenas neste contexto é possível enquadrar a afirmação “a finalidade da espécie humana é a *cultura* e, como consequência desta, uma existência digna”<sup>1822</sup>.

A própria Ciência do Direito Constitucional, ao reconhecer a cultura como fenómeno social digno de regulação jurídica<sup>1823</sup>, colheu o legado idealista no que concerne à relação de causa e efeito entre *cultura e dignidade humana*, na medida em que o conceito de *Constituição cultural* tem na sua génese o *recorte*, no texto constitucional, de um conjunto homogéneo de normas “destinadas a assegurar uma protecção básica da vida humana considerada como valor em si mesmo, à margem do

---

<sup>1817</sup> Cfr. artigo 1.º da CRP.

<sup>1818</sup> Cfr. *supra*, 2.1.

<sup>1819</sup> Sobre “a fê na liberdade” como *leitmotiv* do sistema *fichteano*, cfr. JOSÉ LAMEGO, *O essencial sobre a filosofia do Direito do idealismo alemão*, p. 26.

<sup>1820</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.

<sup>1821</sup> Cfr. *supra*, *ibidem*.

<sup>1822</sup> Cfr. JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Los caracteres de la Edad Contemporánea*, p. 138/139.

<sup>1823</sup> Cfr. JAVIER TAJADURA, *La Constitución Cultural*, p. 102, e JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição*, p. 255/256, e *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, p. 6.



uso que se fizer dos recursos humanos com vista a fins políticos ou económicos”<sup>1824</sup>. ALESSANDRO PIZZORUSSO, mentor da autonomização do conceito de *Constituição cultural*<sup>1825</sup>, sustentou a delimitação da figura, por contraposição à *Constituição económica*, com base na premissa segundo a qual as normas da Lei Fundamental que reconhecem direitos fundamentais, assim como as normas que optimizam o exercício destes, com intuito de assegurar o respeito pelo princípio de garantia da pessoa em si mesma, “encontram o seu fundamento numa série de opções em que se aceita um determinado modelo de cultura”<sup>1826</sup>. Aliás, o desiderato da valorização da *dignidade humana* como fim em si mesmo através do enriquecimento cultural do ser humano foi sempre o *azimute* de referência na *bússola* da juspublicística transalpina desde o momento em que ENRICO SPAGNA MUSSO qualificou a *cultura* como a *essência qualitativa da democracia* considerando que apenas a cultura permite formar uma consciência cívica necessária à participação política livre e responsável e, por sua vez, apenas assegurado o alargamento da participação nos assuntos públicos a todos os cidadãos o sistema político é verdadeiramente democrático<sup>1827</sup>.

Conforme mencionamos inicialmente, a *Constituição da República Portuguesa* estabelece uma especial conexão entre a *dignidade humana* e o *fenómeno cultural* na medida em que consagra a importância da *educação*, o procedimento de transmissão de *cultura* por excelência<sup>1828</sup>, quer para o *desenvolvimento da personalidade*<sup>1829</sup>, quer, em termos mais abrangentes, para a *dignidade humana*<sup>1830</sup>.

---

<sup>1824</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 180.

<sup>1825</sup> Cfr. *supra*, II, 2.1.

<sup>1826</sup> Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 180.

<sup>1827</sup> Cfr. *supra*, I, 1.6.1.

<sup>1828</sup> Cfr. *supra*, 2.2.3.1. e 2.3.3.

<sup>1829</sup> Cfr. 73.º, n.º 2, da *CRP*; sufragam a importância da cultura para o desenvolvimento da personalidade, ANTONIO EMBID, *Las libertades en la enseñanza*, p. 294, BEATRIZ GONZÁLEZ, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, p. 35 (esta autora com referência expressa à *CRP*), JESÚS PRIETO, *Cultura, culturas y Constitución*, p. 210 e ss., e *Cultura*, p. 1875, JOSÉ A. SOUTO PAZ,

### 6.3. O princípio da *liberdade*

O *Kulturstaat*, apanágio do idealismo alemão, nasceu sob o signo da *liberdade*. Se geograficamente *Königsberg* é identificado como o berço do pensamento idealista, o catalisador motivacional desta fecunda Escola de pensadores que alterou o *modus essendi* da Europa coincide com a superação da política, mais que educativa, verdadeiramente doutrinadora de *massas* do iluminismo com a qual o Estado absoluto visava reduzir a pessoa humana a objecto do poder político<sup>1831</sup>. A conjuntura europeia proporcionou que o idealismo alemão adoptasse o *modus faciendi* de “colocar em evidência o princípio da liberdade subjectiva como núcleo do Direito natural racionalista e da Ética moderna”<sup>1832</sup> na medida em que seria esse o *trilho* correcto para “transformar o individuo em cidadão, erguendo-o de objecto a autor do processo político”<sup>1833</sup>. A *cultura* surge, neste contexto, como o contributo *sine qua non* seria possível a libertação da pessoa humana, ideia expressa na máxima idealista, anteriormente referenciada, *a cultura faz a liberdade*<sup>1834</sup>.

O *leitmotiv* de prossecução da *liberdade* do ser humano como um fim em si mesmo foi precisamente a ideia suprajacente à recuperação doutrinária do conceito de *Kulturstaat* por ERNST RUDOLF HUBER, em passado ainda não muito remoto<sup>1835</sup>.

---

*Libertad de educación y libertades educativas*, p. 73/74, LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 495, e ÓSCAR CELADOR, *Libertad de Conciencia y Derecho a la Educación*, p. 89.

<sup>1830</sup> Cfr. artigo 13.º, n.º 1, do PIDESEC; qualificam a dignidade humana como fim da educação, JOSÉ A. SOUTO PAZ, *ibidem*, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, p. 188, SAVERIO DE SIMONE, *Sistema del Diritto scolastico italiano I*, p. 187/188, e ÓSCAR CELADOR, *ibidem*.

<sup>1831</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3. e 2.2.

<sup>1832</sup> Cfr., por todos, a síntese de JOSÉ LAMEGO, *O essencial sobre a filosofia do Direito do idealismo alemão*, p. 9.

<sup>1833</sup> A expressão é de F. LUCAS PIRES, *O que é Europa*, p. 66.

<sup>1834</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.

<sup>1835</sup> Cfr. ERNST R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, p. 126/128, e *supra*, I, 1.6.1.

A especial conexão entre *cultura* e liberdade está consagrada na *Constituição da República Portuguesa* com a relevância que lhe foi reconhecida pelo idealismo alemão e, em geral, pela comunidade jurídica da segunda metade do século XX desde o momento que a relação entre *fenómeno cultural* e *ordenamento jurídico* foi reconduzida aos *fora* de debate constitucional<sup>1836</sup>. Assim, podemos verificar que, na sistematização *desenhada* pelo legislador constituinte, o primeiro afloramento do fenómeno cultural na Lei Fundamental portuguesa se reporta à *liberdade*, especificamente às *liberdades de criação*<sup>1837</sup>, *de transmissão*<sup>1838</sup>, e *de assimilação cultural*<sup>1839</sup>.

Sempre poderiam os *inimigos* de uma concepção personalista da *Constituição da República Portuguesa* invocar a referência expressa e sistematicamente localizada em preceito anterior, mais precisamente entre as *tarefas fundamentais* do Estado, às incumbências de “proteger e valorizar o património cultural do povo português”<sup>1840</sup>, de “defender a natureza e o ambiente”<sup>1841</sup> e de “defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa”<sup>1842</sup>. No entanto, uma lógica argumentativa nesse sentido seria completamente improcedente porque a adoptar essa metodologia haveria sempre lugar a réplica com a invocação do objectivo de “construção de uma sociedade *livre*” em sede de princípios fundamentais<sup>1843</sup>, o “respeito e garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais”, entre os quais estão as *liberdades culturais* mencionadas, como elemento de caracterização do *Estado de Direito democrático*

---

<sup>1836</sup> Neste sentido, JAVIER TAJADURA qualifica a *liberdade* como um dos “pilares” do Estado de cultura, *La Constitución cultural*, p. 106/107.

<sup>1837</sup> Cfr. artigos 42.º, n.ºs 1.º e 2.º, e 73.º, n.º 4, 2.ª parte, da *CRP*.

<sup>1838</sup> Cfr. artigos 43.º, n.º 1.º, 2.ª parte, e n.º 4, e 76.º, n.º 2, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1839</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 1.º, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1840</sup> Cfr. artigo 9.º e), 1.ª parte) da *CRP*.

<sup>1841</sup> Cfr. *idem*, 2.ª parte.

<sup>1842</sup> Cfr. *idem*, f), 2.ª parte.

<sup>1843</sup> Cfr. artigo 1.º, 2.ª parte, da *CRP*; itálico nosso.

português<sup>1844</sup> e ainda às tarefas, também fundamentais, do Estado de “garantir os direitos e liberdades fundamentais”, mais uma vez nomeadamente as *liberdades culturais*<sup>1845</sup> e de “assegurar o ensino e a valorização permanente”<sup>1846</sup>.

#### **6.4. O princípio democrático**

Apesar da génese do *Kulturstaat* estar associada à ideia de *liberdade-autonomia*, como atesta a máxima *a cultura é autónoma* que exprime o abandono do objectivo de utilização da cultura como instrumento ao serviço dos fins do Estado, elevando a cultura à categoria de fim em si mesmo que se impõe ao Estado<sup>1847</sup>, a componente de *liberdade-participação*<sup>1848</sup> logrou entrar na esfera cultural pela *pena* de ENRICO SPAGNA MUSSO. Assim sucedeu quando *il maestro* qualificou a cultura como a *essência qualitativa da democracia*, isto é, como o contributo necessário para habilitar os cidadãos à participação consciente na vida política e, conseqüentemente, a maximizar a democraticidade do sistema político pela participação da totalidade dos cidadãos nos assuntos públicos em igualdade de circunstâncias.

Contudo, o fenómeno inverso, isto é, a introdução do elemento democrático, pela participação dos interessados nas decisões adoptadas pelo poder político sobre matérias culturais, também se verificou. Neste contexto, a *Constituição da República Portuguesa* consagra a *liberdade de participação na gestão democrática das escolas* e a *liberdade de participação na política de ensino*<sup>1849</sup> como direitos que associam os agentes e demais interessados nos procedimentos institucionalizados de transmissão

---

<sup>1844</sup> Cfr. artigo 2.º, 2.ª parte.

<sup>1845</sup> Cfr. artigo 9.º, b), 1.ª parte.

<sup>1846</sup> Cfr. *idem*, f), 1.ª parte.

<sup>1847</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3.

<sup>1848</sup> Sobre o teor dos conceitos de *liberdade-autonomia* e de *liberdade-participação*, cfr. *supra*, II, 1.2.1.

<sup>1849</sup> Cfr. artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, da *CRP*, respectivamente

cultural à adopção de decisões nesta matéria em obediência ao desiderato de aprofundamento da *democracia participativa*<sup>1850</sup>.

### 6.5. O princípio da *solidariedade*

Se o idealismo alemão, em coerência com o *leitmotiv* desta *Escola* cujo labor buscava constante e perpetuamente a liberdade do ser humano, encontrou na autonomia da cultura o *habitat natural* do homem livre, não deixou de qualificar a *abstenção* como o mais sensato comportamento que o poder político poderia adoptar em benefício da desejada *autonomia da cultura* e, em última análise, da Sociedade Civil<sup>1851</sup>.

O primeiro intercâmbio entre a esfera cultural e o valor da solidariedade seria estabelecido por ERNEST RUDOLF HUBER, numa conjuntura em que o Estado social atravessava a fase da sua maior pujança<sup>1852</sup>, ao enunciar *o serviço público para a cultura* como uma das características do *Kulturstaat*; característica que pressupunha uma atitude intervencionista do Estado mas, de certo modo em *contra sensu* com o *ambiente* liberal em que foi concebido o modelo do *Kulturstaat*, para assegurar o reconhecimento da autonomia da cultura<sup>1853</sup>. ENRICO SPAGNA MUSSO retomou este aspecto, apostando com veemência na componente de solidariedade da renascida figura do *Stato di cultura* ao sustentar que “o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efectiva participação dos cidadãos na vida organizacional estavam dependentes da remoção dos obstáculos de âmbito económico e social”<sup>1854</sup>.

---

<sup>1850</sup> Cfr. artigo 2.º, *in fine*, da CRP.

<sup>1851</sup> Cfr. JOHANN G. FICHTE, *Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*, p. 46, e *supra*, I, 1.3.

<sup>1852</sup> Cfr. *supra*, I, 1.4.

<sup>1853</sup> Cfr. ERNST R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, p. 129/131, e *supra*, I, 1.6.1.

<sup>1854</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 49, e *supra*, *ibidem*.

A *Constituição da República Portuguesa* tem suprajacente também um princípio de *solidariedade* na esfera cultural, consagrado em sede de princípios fundamentais, consubstanciado como objectivo de “construção de uma sociedade *solidária*”<sup>1855</sup> e expresso no reconhecimento de um *catálogo* de direitos de solidariedade, que o legislador constituinte denominou por direitos, económicos, sociais e culturais e que são o *direito de acesso à criação cultural*<sup>1856</sup>, o *direito à educação*, nomeadamente ao *ensino*<sup>1857</sup>, e o *direito à fruição cultural*<sup>1858</sup>.

## 6.6. O princípio da *neutralidade*

Apesar de apontar a cultura como fim do Estado que permitia ao ser humano alcançar a liberdade, JOHANN GOTTLIEB FICHTE sustentou o anteriormente mencionado princípio da *autonomia da cultura* que se traduzia em solicitar aos *príncipes* a adopção de uma atitude *cooperante*, e não dirigista, em matéria cultural, precisamente porque o exercício do poder político soberano nos termos usuais seria um modo propício de coagir a liberdade de consciência do ser humano<sup>1859</sup>. Assim sendo, só quando o *príncipe* se despojasse das suas vestes *majestáticas* em matéria de ciência e de

---

<sup>1855</sup> Cfr. artigo 1.º, 2.ª parte, da *CRP*; itálicos nossos.

<sup>1856</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 1, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 2.ª parte da *CRP*.

<sup>1857</sup> Cfr. artigos 36.º, n.º 5, e 73.º, n.º 1, 1.ª parte, da *CRP*.

<sup>1858</sup> Cfr. artigos 73.º, n.º 1, 2.ª parte, e 78.º, n.º 1, 1.ª parte da *CRP*, J. CASALTA NABAIS menciona a consagração, nesta sede, de um “*princípio de fruibilidade universal dos bens culturais*”, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, p. 99. E. SPAGNA MUSSO denomina o princípio em apreço por *princípio do desenvolvimento* (*Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, p. 52 e ss.), enquanto JESÚS PRIETO (*Cultura, culturas y Constitución*, p. 276 e ss.) e JAVIER TAJADURA (*La Constitución cultural*, p. 106/107) se lhe referem como *princípio do progresso*, em ambos os casos com fundamento na ideia COMUM segundo a qual não basta que o Estado permita, ou se abstenha de impedir, o exercício dos direitos culturais mas “é também necessário que adopte medidas de desenvolvimento, a fim de tornar os bens culturais acessíveis a todos” (a expressão é de JESÚS PRIETO, *idem*, p. 276); sem embargo de considerarmos que a diferença específica do Estado social está na sua função de *conformação da sociedade*, pelos motivos expostos em várias passagens do texto a ideia de *solidariedade* exprime melhor a ideologia suprajacente ao *Estado de Direito democrático e social* que é a de garantir a igualdade de oportunidades a todos na medida em que as expressões progresso ou desenvolvimento identificam apenas os meios para atingir os fins deste modo de ser e de compreender o Estado.

<sup>1859</sup> Cfr. JOHANN G. FICHTE, *Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*, p. 46.

ensino, permitiria ao investigador, ao professor, ao aluno e à Sociedade Civil em geral alcançar a essência da *verdade*. A orientação sustentada por JOHANN G. FICHTE na esfera cultural era uma consequência do pensamento liberal dominante à época que reivindicava a delimitação de uma *linha maginot* ao longo de toda a extensão da fronteira entre Estado e Sociedade Civil como expediente adequado a limitar o poder absoluto dos monarcas<sup>1860</sup>.

A *Constituição da República Portuguesa* permanece fiel a este *imperativo categórico* liberal da *autonomia da cultura*, guarda o registo da expressão de uma vontade inequívoca do legislador constituinte em reconhecer a autonomia do sub-sistema cultural em relação ao sub-sistema político, ao consagrar um *princípio de neutralidade do Estado na esfera cultural* que o impede de “programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”<sup>1861</sup>. A consagração deste *princípio de neutralidade do Estado na esfera cultural* afigura-se meritória a todos os títulos na medida em que o impede, assim como às demais entidades públicas, de instrumentalizar a cultura à prossecução de fins públicos, como é desejável num Estado de Direito axiologicamente conformado pelo princípio da dignidade humana<sup>1862</sup>.

Se este *modus faciendi* do poder político na esfera cultural seria o *necessário e suficiente* à dinâmica do Estado liberal, a questão assenta em premissas diversas no contexto do Estado social na medida em que o poder político, sem deixar de estar vinculado ao *princípio da neutralidade na esfera cultural*, está simultaneamente

---

<sup>1860</sup> Cfr. *supra*, I, 1.3

<sup>1861</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 2, da *CRP*.

<sup>1862</sup> Segundo J. BAPTISTA MACHADO, “uma excessiva tutela de normas éticas pelo Direito corre o risco de se converter numa tutela moral da Sociedade pelo Estado, numa “tutela” capaz de propiciar uma “pedagogização” da mesma sociedade e de promover a intolerância geral. Com este ponto se relaciona em especial a necessidade de (...) de impedir que [o Estado] se arrogue um poder de direcção cultural e moral da sociedade”, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 61, cfr. ainda SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 9.

incumbido da realização de um conjunto de tarefas de *conformação da sociedade* nesse mesmo domínio cultural. Conforme verificamos anteriormente, o Estado está incumbido das tarefas genéricas de (i) “desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa”<sup>1863</sup> e de (ii) coordenar a política cultural com as políticas económica, social e educativa, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português no âmbito dos planos de desenvolvimento económico e social<sup>1864</sup>, além de um conjunto de tarefas específicas destinadas a promover o acesso à criação artística e científica, bem como o acesso à educação, designadamente ao ensino, e ainda de preservação, defesa e valorização do património natural e cultural<sup>1865</sup>. Assim, em sede de relações entre o poder político e o fenómeno cultural no âmbito de um Estado social, o Direito Constitucional necessita estabelecer o ponto de equilíbrio entre a garantia do respeito pelas liberdades culturais como mecanismos de limitação do poder político e o cumprimento efectivo das tarefas de promoção cultural<sup>1866</sup>. Alguma doutrina, de espírito mais céptico, vem reconhecendo que as “relações entre *política e cultura* num *Estado de Direito democrático e social* formam um nó indestrinçável na medida em que nem sempre se afigura verosímil encontrar um ponto de equilíbrio satisfatório entre, por um lado, a *auctoritas* dos intelectuais, que deverão poder cultivar os seus interesses em liberdade e, por outro lado, a tentação do poder político fazer uso da cultura para efeitos de apaziguamento social”<sup>1867</sup>.

---

<sup>1863</sup> Cfr. artigos 78.º, n.º 2, d), 1.ª parte da *CRP*.

<sup>1864</sup> Cfr. artigos 78.º, n.º 2, e), e 90.º da *CRP*.

<sup>1865</sup> Cfr. *supra*, 5.

<sup>1866</sup> Neste sentido, STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 17, e ainda SALVATORE MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 11.

<sup>1867</sup> A expressão é de MICHELE AINIS, *Cultura e Política*, p. 8/9.



A dúvida metódica é colocada por STEFAN HUSTER nos seguintes termos: “como conforma a Lei Fundamental esta relação entre, por um lado, a liberdade cultural protegida na perspectiva dos direitos fundamentais e, por outro lado, a preocupação do Estado pela cultura?”<sup>1868</sup>. Alguns casos de eventual conflito entre liberdade *v.* promoção que foram abordados ao longo do texto poderão encerrar afloramentos de um critério que o legislador constituinte desejou acolher para assegurar que o Estado promove efectivamente a cultura sem, no entanto, a programar.

Assim, referimos anteriormente que o mecenato público à *criação artística*, em especial à invenção, não consegue evitar uma desconfiança crónica sobre o cumprimento do princípio da neutralidade do Estado em matéria cultural quando o sujeito passivo do direito está incumbido de providenciar os meios necessários ao exercício da liberdade de criação artística pelo sujeito activo<sup>1869</sup>. A solução adequada a assegurar a neutralidade do Estado neste caso consiste na abstenção das autoridades públicas na realização de juízos de valor sobre a beleza das obras artísticas criadas com financiamento público ou, segundo uma conhecida expressão, deverão adoptar uma atitude de “cegueira estética”<sup>1870</sup> em relação às mesmas.

O Estado, em matéria de educação, especificamente no que concerne ao *ensino*, está incumbido de “criar uma rede de escolas que cubra as necessidades de toda a população”<sup>1871</sup>, de “assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito”<sup>1872</sup> e de

---

<sup>1868</sup> Cfr. STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 17/18, no mesmo sentido, MICHELE AINIS afirma que “em relação à disciplina de factos culturais a Constituição não escolhe entre dois conceitos, pelo contrário, parece aceitar e legitimar ambos. Conciliar os dois lados dessa moeda – o negativo e o positivo – sem sacrificar um ou outro aspecto é precisamente o desafio proposto pela Lei Fundamental”, *idem*, p. 14.

<sup>1869</sup> Cfr. *supra*, 2.3.2.3.1.

<sup>1870</sup> A expressão é de STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 19; neste sentido, SALVATORE MASTROPASQUA afirma que qualquer interferência do poder político que não se limite a favorecer as condições para o livre desenvolvimento da cultura poderá em concreto resultar num prejuízo do princípio da liberdade”, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, p. 15/16.

<sup>1871</sup> Cfr. artigo 75.º, n.º 1, da CRP.

“estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino”<sup>1873</sup>. Contudo, se compulsarmos o texto constitucional, verificamos que o Estado está vinculado a promover a *educação* com objectivo de contribuir para “a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva”<sup>1874</sup>. Qualquer dos objectivos enunciados reveste invariavelmente carácter personalista, solução que indexa a actividade educativa do Estado e dos demais agentes educativos, em última análise, à dignidade humana e não a qualquer interesse de ordem pública conexo com a razão de Estado, nomeadamente à doutrinação da Sociedade Civil em função de interesses estritamente públicos<sup>1875</sup>.

Quanto ao direito-dever dos pais de *educação e manutenção dos filhos*, os pais gozam da faculdade de exigir a *colaboração* do Estado na educação dos filhos<sup>1876</sup>, nomeadamente quanto à frequência, a título gratuito, do serviço de interesse geral de ensino<sup>1877</sup>, contudo gozam de um direito de resistência contra ingerências inadmissíveis das autoridades públicas na condução das suas responsabilidades educativa<sup>1878</sup>.

As soluções constitucionais mencionadas revelam o afloramento de um princípio segundo o qual o Estado, e as demais entidades públicas, estão vinculadas a promover o acesso aos *meios* necessários à criação, transmissão e assimilação culturais sem que, no entanto, lhes seja permitido determinar os *fins* a atingir pelos agentes culturais com a tramitação dos procedimentos em apreço.

---

<sup>1872</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, a), da *CRP*.

<sup>1873</sup> Cfr. *idem*, e).

<sup>1874</sup> Cfr. artigo 73.º, n.º 2, 3.ª parte, da *CRP*.

<sup>1875</sup> Cfr. *supra*, 2.3.3., e ainda STEFAN HUSTER, *La cultura en el Estado constitucional*, p. 31/32.

<sup>1876</sup> Cfr. artigos 67.º, n.º 2, c), e 68.º, n.º 1, da *CRP*.

<sup>1877</sup> Cfr. artigo 74.º, n.º 2, a), da *CRP*.

<sup>1878</sup> Cfr. *supra*, 3.2.2.

# Conclusões



## Conclusões

*De esa barbarie inesperada, de ese esencial y trágico anacronismo tienen la culpa sobre todo las pretenciosas Universidades del siglo XIX, las de todos los países, y si aquella, en el frenesí de una revolución, las arrasase, les faltaría la última razón para quejarse. Si se medita bien la cuestión se acaba por reconocer que su culpa no queda compensada con el desarrollo, en verdad prodigioso, genial que ellas mismas han dado a la ciencia. No seamos paletos de la ciencia. La ciencia es el mayor portento humano pero por encima de ella está la vida humana misma que la hace posible. De aquí que un crimen contra las condiciones elementales de ésta no pueda ser compensado por aquélla.*

JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, in JOSÉ ORTEGA Y GASSET (org.), *Misión de la Universidad – Kant – La deshumanización del arte*, Madrid, Revista de Occidente, 1936, p. 37/38.

### A. Conclusões quanto à relação entre *Estado* e *cultura*

1. O *Estado* foi erguido sobre um substrato humano e territorial culturalmente delimitado: a *nação*.
2. Celebrada a *Paz de Westefália*, os *Estados* emergentes no novo mapa político foram, por regra, edificados como forma de organização política de cada uma das *nações* identificadas no espaço europeu.
3. A *nação*, na acepção europeia da organização do poder político, é, lógica e cronologicamente, anterior ao *Estado* e geneticamente propulsora deste, na medida em que foi a estruturação jurídica do substrato *nacional* que originou a formação dos primeiros *Estados* na *Idade Moderna*, no continente europeu.
4. A *nação* é um dos conceitos dotados de maior grau de indeterminabilidade em toda a enciclopédia jurídica, apesar de lhe serem reconhecidas de modo pacífico as características da (i) existência de uma matriz cultural típica e da (ii) homogeneidade das pessoas que a integram.

5. Sobre o conceito de *nação*, fizeram escola, no domínio histórico-cultural, a corrente germânica étnico-cultural e a corrente francófona electivo-cultural, assentes, respectivamente, no ideal teutónico da pureza raça e nos pressupostos latinos do legado de memórias e do desejo de união da comunidade.
6. A Revolução Francesa revelou um sentido jurídico de *nação*, paralelo ao sentido histórico-cultural, composto pelos cidadãos, ou membros da comunidade política, sem atender a raça, etnia, língua ou religião, e cuja utilidade é identificar a entidade, una e indivisível, titular da soberania.
7. A *nação em sentido jurídico* sem substracto histórico-cultural é uma mera *fictio iuris* porque a formação de uma comunidade homogénea sempre assumiu carácter histórico, sempre se afirmou por sedimentação progressiva e excede as capacidades de qualquer poder externo.
8. O *Estado* é um produto do *Renascimento* porque, celebrada a *Paz de Westefália* e desfeito o *Sacro Império Romano Germano*, as comunidades políticas europeias ficaram demarcadas, em princípio, pela área correspondente a cada uma das *nações* do velho continente, embora a aplicação de um desejável, proposto e sufragado princípio das nacionalidades em concreto tivesse ficado condicionada pelos acordos possíveis de celebrar nas negociações ocorridas em *Münster* e em *Osnabrück*.
9. A era moderna é assim a época da emancipação da política e da consolidação do *Estado nacional* como quadro de racionalização da vida colectiva e da emancipação da pessoa humana perante os outros poderes e instituições mais tradicionais.
10. O *Estado* é também um produto da *Reforma* porque, ainda com a *Paz de Westfália*, cessou definitivamente o poder espiritual da Santa Sé no continente europeu.

11. Com a *Reforma*, a doutrina começou a rejeitar a origem divina da soberania e os fiéis começaram a estar livres para adoptarem a religião mais conforme a sua consciência e para organizarem, também livremente, os respectivos actos de culto, a religião deixa assim de constituir um elemento distintivo da cultura do povo.
12. A propensão sentida na Europa desde o início do sistema *westefaliano* pela correspondência entre *Estado* e *nação* foi elevada pela doutrina a *princípio das nacionalidades* e gerou o neologismo *Estado-nação*.
13. O *Estado-nação*, *emparedado* entre a força centrípeta da integração em grandes espaços políticos e, ou, económicos *supra-estaduais* e a força centrífuga de grupos *infra-estaduais*, territoriais e corporativos, e *minado* por fenómenos internos de neutralização política, tem demonstrado *instinto de sobrevivência* como forma por excelência de organização das comunidades humanas.
14. A pré-compreensão do fenómeno cultural implica o recurso à antropologia como ciência auxiliar do Direito.
15. *Cultura* é o antónimo de *natura* ou natureza, compreende todas as acções e objectos que a natureza não produz e que lhe são acrescentados pelo espírito humano.
16. *Cultura* é um conceito polissémico, assim *cultura em sentido antropológico*, *civilização* ou *cultura do Estado constitucional*, confere *identidade cultural* a um povo, caracterizando a diversidade que os povos têm de viver e de se relacionar, é adquirida por socialização, compreende as instituições, formais e informais, os comportamentos, os produtos, os saberes e as crenças de cada comunidade humana.
17. *Cultura em sentido humanista*, *cultura* ou *cultura no Estado constitucional*, consiste no conjunto de *actividades* humanas separado da realidade social e referente ao domínio intelectual ou do conhecimento, nomeadamente arte e ciência.

18. O Estado é uma criação humana para a realização de determinados fins e, como tal, é uma obra de Cultura.
19. A gênese cultural do Estado torna inverosímil qualquer afirmação no sentido da cultura e da educação apenas se haverem convertido em fins da acção estatal com o surgimento e a ascensão do Estado.
20. Qualificar a relação entre o Estado e os seus fins culturais com natureza análoga à estabelecida com as demais tarefas que o Estado assumiu em vários momentos históricos, como, *v. g.*, com as actividades económicas e sociais, seria negar a própria *ratio essendi* do Estado: a estruturação jurídica da comunidade nacional
21. As relações entre *Estado* e a respectiva essência cultural nem sempre revelaram a cumplicidade ancestral entre ambos existente porque, consolidado o exercício da soberania por um centro institucionalizado sobre um território com fronteiras definidas e tendencialmente estáveis, o poder político instituído denunciou propensão para conferir prioridade à prossecução de fins de outra espécie que não a cultura.
22. *Cultura*, como qualquer outra realidade social, assume inevitavelmente relevância para o ordenamento jurídico.

### **B. Conclusões quanto ao *Estado cultural***

23. O *Estado absoluto* que, numa atitude tributária do ideário iluminista, buscava submeter cada vez mais a existência humana a uma total ordenação racional, tomou perfeita consciência da relação íntima entre poder político e educação e encontrou na cultura um modo de centralização do poder com a sujeição das escolas à



direcção e controlo da coroa, facilitando a propagação da doutrina de Estado e a dinamização dos súbditos para tarefas de interesse nacional, v. g., serviço militar.

24. O suporte financeiro da coroa resultante da política mercantilista permitiu o avultamento de certos aspectos de natureza cultural, como o engrandecimento do património imobiliário, através da realização de obras de regime, e a promoção de algumas actividades de carácter artístico, através do mecenato à produção literária que com o desenvolvimento da imprensa passou a constituir instrumento adequado a transmitir uma imagem de grandeza do regime, ou a proliferação de espectáculos como a ópera que constituíam mecanismos de ostentação do poder político.
25. O idealismo alemão, que moldou filosoficamente o *Estado liberal*, encontrou no primado da separação entre *Estado* e *Sociedade Civil* o cenário adequado a reivindicar a *autonomia da cultura*.
26. O panorama foi também adequado à distinção entre *cultura* e *civilização*, resultante da circunstância da burguesia e aristocracia não manterem, na Alemanha, laços estreitos e as *elites intelectuais* haverem oposto os valores *espirituais* baseados na ciência, na arte, na filosofia e na religião, aos valores *cortesês* da aristocracia.
27. O idealismo definiu a *civilização* como a humanização dos povos nas suas instituições e usos exteriores, como na mentalidade interior com eles relacionada, enquanto a *cultura* acrescentaria arte e ciência a este enobrecimento da vida social.
28. O idealismo alemão elaborou ainda o conceito de *Kulturstaat* que se caracteriza pela autonomia da cultura, agora atributo da sociedade civil, e da sua função libertadora do Homem e é orientado axiologicamente pelas seguintes máximas: *a cultura faz a liberdade*, isto é, só no Estado de cultura o homem será livre, e *a cultura é autónoma*, ou seja, deve constituir um fim em si mesma para o Estado.

29. O pensamento liberal não conheceu implantação proporcional ao labor dos filósofos idealistas, em primeiro lugar, porque a divulgação das artes, no século XIX, resulta em benefício da burguesia e não da generalidade das pessoas.
30. Acresce a este aspecto que, em França, a classe burguesa encontrou no sistema de ensino estatal centralizado pelo *ancien régime* um modo de consolidar o apoio social à *Revolução*, pelo que o monopólio do ensino público imposto, algo paradoxalmente, por esta nova classe dominante no desfecho da *questão escolar* constituiu um expediente adequado a impedir que a Igreja Católica recuperasse, ou mantivesse, influência junto da Sociedade Civil através da sua própria rede de estabelecimentos de ensino.
31. O *Estado social* surgiu motivado politicamente pela necessidade de correcção dos efeitos disfuncionais da sociedade industrial competitiva, não apenas como uma exigência no plano ético mas com objectivo de assegurar a estabilidade política que corria o risco de ser confrontada com um movimento social revolucionário assim que os grupos sociais mais desfavorecidos acessem à cultura e, em consequência, adquirissem consciência da sua condição social.
32. O *Estado social* recebeu também estímulo da ciência económica quando a necessidade de reconstrução, após a devastação provocada por duas *Guerras Mundiais* e pela *Grande Crise* de 1929, veio demonstrar a necessidade do poder político intervir nas actividades económicas com objectivo de *salvar* o mercado, ao arrepio do sacrossanto princípio da confiança cega na condução do mesmo por uma suposta *mão invisível* como sustentava a Escola clássica.
33. O *Estado social*, colocado ao serviço dos interesses imediatos da sociedade, aparentemente reunia os pressupostos necessários ao reatamento de uma relação

profícua entre *Estado* e *Cultura*, contudo, numa fase inicial, o poder político privilegiou a realização das tarefas de carácter económico e social *strictu sensu* em detrimento da cultura.

34. A orientação adoptada, que implicou o adiamento da realização de uma parcela do programa constitucional, *tripartido* pelos domínios económico, social e cultural, foi determinada por motivos conjunturais porque a ideia de *Estado social* foi acolhida na Europa numa fase de pós-crise económica e de pós-guerra mundial e o *status* financeiro obrigou o poder político a conferir prioridade às tarefas de dinamização das actividades económicas devastadas pelo conflito armado e de dignificação imediata das condições materiais de vida dos cidadãos.
35. Os *Estados autoritários e totalitários do século XX* adoptaram medidas destinadas a reduzir a taxa de analfabetismo das populações, por forma a conferir uma imagem de elevação do nível cultural da Sociedade Civil e de grandiosidade do Estado, mas na realidade continuaram a limitar o acesso aos mais elevados patamares culturais às elites políticas e sociais e abusaram dos mecanismos de divulgação cultural para efeitos de propaganda ao regime.
36. O conceito de *Kulturstaat* foi recuperado em 1958 por ERNST RUDOLF HUBER que o (re)definiu com fundamento nas seguintes máximas: (i) *liberdade cultural*, (ii) *serviço público para a cultura*, primeira manifestação de intervencionismo na cultura mas destinada a assegurar a respectiva autonomia, (iii) *impedimento do Estado moldar a cultura*, (iv) *poder da Sociedade Civil para moldar a cultura do Estado*, e (v) *o Estado como uma entidade cultural*.
37. ENRICO SPAGNA MUSSO acrescenta um elemento antropológico ao *Stato di Cultura* sustentando que a democraticidade de um ordenamento estatal é garantida

pela participação efectiva dos cidadãos na vida política, a qual depende da verificação de dois pressupostos: (i) intervenção de todos os cidadãos sem distinção e (ii) possibilidade de cada cidadão realizar uma escolha livre e consciente entre as várias opções políticas apresentadas

38. ENRICO SPAGNA MUSSO não circunscreve o *Stato di Cultura* ao domínio da liberdade sufragando a introdução de uma importante componente de natureza social: a necessidade de remoção dos obstáculos materiais, nomeadamente financeiros, como pressuposto para atingir o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efectiva participação dos cidadãos na vida política.
39. A introdução de uma componente cultural na *Teoria do Estado*, que permitiu a *reconciliação* do Estado com a sua génese, não vem alterar a estrutura tripartida dos elementos constitutivos do Estado, população, território e poder político, apenas os revela *culturalmente conformados*, isto é, previamente *impregnados* por uma determinada cultura em sentido antropológico.
40. O *Estado contemporâneo* continua a reunir as características específicas do *Estado de Direito democrático e social*, isto é, a fundação, o fundamento e o fundamental do exercício do poder político estão consagrados numa *Constituição*, a *soberania popular* legitima a titularidade do poder político e este realiza uma função de *conformação da sociedade*.
41. O *Estado social* não corresponde mais à ideia do Estado *provedor, prestador ou produtor e distribuidor* de bens e serviços pois, em virtude da nova metodologia que utiliza para prosseguir a sua função de conformação da sociedade, assistimos à sua progressiva conversão em Estado *activador* ou Estado *de activação*, Estado *infra-estrutural* ou Estado *regulador*.

42. O *remodelado* Estado social caracteriza-se pela modelação conforme ao princípio fundamental da *subsidiariedade*, isto é, a intervenção do Estado só é legítima em caso de insuficiência ou falha dos mecanismos de auto-regulação social (suplência), na medida em que se considera preferível a intervenção dos centros de decisão mais próximos dos problemas carentes de resolução (proximidade), assim como a solicitação da colaboração dos actores sociais (parceria).
43. A nova configuração política e económica do *Estado social* revela-se, mais do que em qualquer outro momento histórico, favorável (i) a *permitir ao Estado o cumprimento das suas tarefas culturais* e (ii) a *conferir exequibilidade ao princípio da autonomia da cultura*.
44. O Estado está mais *disponível para se dedicar à promoção da cultura* na medida em que o Estado social está qualitativamente realizado nas suas vertentes económica e social *strictu sensu*, ainda que o modo de realização das prestações destinadas à satisfação dos direitos económicos e sociais haja passado de um modelo de serviço público para um modelo de serviço de interesse geral.
45. A conjuntura é favorável à *exequibilidade do princípio da autonomia da cultura* porque a *ratio essendi* do Estado social continua a ser a de assegurar o acesso das massas ao disfrute de bens e serviços culturais mas o poder político, apesar de continuar incumbido de assegurar que os bens e serviços culturais cheguem aos cidadãos, não tem mais o controlo sobre o conteúdo dos mesmos porque o fornecimento destes em regime de mercado permite a escolha efectiva aos cidadãos.
46. A proibição, imposta pelo legislador constituinte, aos órgãos do Estado de “programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”, assegura igualmente o pluralismo.

47. Assim como o idealismo abandonou o conceito iluminista de *Estado de polícia* e limitou a actividade do poder político a um *Estado polícia*, garante da ordem constitucional instituída, nomeadamente da segurança, e do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, também no domínio cultural se justifica a permuta da clássica expressão *Estado de cultura* pela de *Estado cultural* que melhor identifica a vocação do poder político para assegurar a vida cultural sem a conformar.
48. O *Estado cultural* não configura um momento sucedâneo do *Estado social* na dinâmica evolutiva deste modo de organização das comunidades humanas típico da modernidade mas apenas a componente antropológica que veio *aperfeiçoar*, ou enriquecer, o conteúdo do *Estado de Direito democrático e social*.
49. A experiência constitucional *alemã* contribuiu para a dogmática do *Estado cultural* com a elaboração do (i) conceito de *Kulturstaat* e a subsequente reivindicação da *autonomia da cultura* pela filosofia idealista e, após a II Guerra Mundial, com o recuperação dos mesmos conceitos, e com o (ii) *modelo humboldtiano de Universidade* que incorporou investigação científica e ensino como fases do mesmo procedimento cultural em que mestres e alunos cooperam na busca da verdade.
50. A experiência constitucional *italiana* forneceu os contributos da demarcação de uma (i) *Costituzione culturale* no âmbito da Lei Fundamental, complementar das Constituições política, económica e social, e do conceito de (ii) *beni culturali* como criações artísticas e científicas que constituam testemunhos de civilização ou de cultura e exprimam o modo de pensar, sentir e viver dos grupos sociais no tempo e no espaço.
51. O contributo *francês*, essencialmente em sede de Direito Administrativo, consistiu, (i) em sede de liberdades de criação cultural, na grande tradição do mecenato

cultural, enquanto em (ii) matéria de ensino apresentou o *modelo Bonapartista* de Universidade, unitária, centralizada, profissionalizante, estruturalmente inspirado nos modelos de organização militar, monopolisticamente pública na linha da Revolução e instrumentalizada aos ideais desta.

52. O contributo *britânico*, basicamente no domínio da educação, reside no (i) exemplo fornecido pela Sociedade Civil em matéria de ensino, que assegurou efectivamente até meados do século XX, e (ii) na estrutura flexível das Universidades, baseada no modelo departamental.

### **C. Conclusões quanto à *Constituição cultural***

53. Os direitos subjectivos constituíram uma das técnicas do constitucionalismo moderno para formular limites jurídicos ao poder político, assim sucedeu porque o Direito natural, entendido como ideal de justiça, fica centrado sobre a pessoa e, desse modo, começa por ser formulado como um conjunto de faculdades que a mesma pessoa pode fazer valer como meio de protecção frente à comunidade.
54. O constitucionalismo assumiu, assim, desde a sua génese, natureza antropocêntrica que se encontra expressa taxativamente no artigo 2.º da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*: “A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão”.
55. A *quintessência da lei suprema* e, nessa medida, do Direito Constitucional, está condensada nos termos do artigo 16.º da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, que estabelece: “Sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”.

56. As declarações de direitos que precederam ou incorporaram as primeiras Constituições reconhecem à pessoa humana a titularidade de direitos *civis*, isto é, de natureza pessoal que lhe conferem uma esfera de *liberdade-autonomia*, e *políticos*, ou seja, de participação na decisão dos assuntos públicos, contra o Estado ainda com tentações absolutistas.
57. A primeira grande mutação ocorrida no sistema político liberal reporta-se ao *processo de democratização* dos direitos fundamentais, iniciado com o alargamento do sufrágio, na segunda metade do século XIX. O poder político é reivindicado pelas classes não proprietárias e a *substância constitucional* vai progressivamente sendo enriquecida com o reconhecimento dos *direitos fundamentais de segunda geração* ou direitos de *liberdade-participação* nos assuntos públicos.
58. A organização do poder político passou a constituir o centro de interesses da doutrina terminada a *conjuntura eufórica* das revoluções liberais, apesar da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* proclamar que Constituição era direitos fundamentais e separação de poderes, os direitos fundamentais mais não seriam que o mero resultado reflexo do princípio da legalidade da administração.
59. A *Questão Social* revelou um conjunto de problemas sociais surgidos com a Revolução Industrial, nomeadamente laborais, sanitários e urbanísticos, suscitados no plano doutrinário pelas correntes de pensamento conservador, marxista e católico, e desencadeou, na Alemanha, a aprovação do *Seguro Social de Bismarck*, o primeiro documento jurídico a reconhecer às pessoas direitos sociais.
60. A falência do liberalismo económico, atestada pela crise de 1929, e a necessidade de reconstrução da Europa devastada pelos conflitos bélicos do século XX, determinaram a adopção de uma atitude intervencionista pelo poder político.



61. A atitude intervencionista do Estado na Sociedade Civil, sem intuito de a absorver, obrigou à alteração do modelo liberal de separação de poderes mediante o enfraquecimento do papel do Parlamento e o fortalecimento da posição do Governo.
62. O novo *modus essendi* do Estado perante a Sociedade Civil proporcionou ainda o aparecimento de uma *terceira geração de direitos fundamentais* que conferem aos cidadãos a faculdade de reivindicar do Estado o fornecimento de bens e serviços de carácter económico, social e cultural.
63. A cultura começou por ser o *parente pobre* do constitucionalismo, não foi sequer matéria abordada nos debates que precederam a aprovação dos textos históricos que documentaram a transição para a modernidade por motivo de não constituir o centro de interesses da nova classe dominante no Estado liberal, a burguesia.
64. As Constituições vieram sucessivamente a incorporar matérias de natureza cultural, como a liberdade de ensino e o acesso à educação, as liberdades de expressão e de imprensa, a protecção de bens culturais e o acesso aos mesmos, a manifestação pública de actos culturais, o fomento da actividade artística e a participação na vida cultural da comunidade.
65. A intensificação da regulação dos fenómenos culturais pelo Direito Constitucional funcionou como catalisador do empenho das autoridades públicas na cultura, assumindo a incumbência de responder à *procura existencial* de bens e serviços culturais, nomeadamente do acesso ao ensino pelas *massas*, classes páreas que buscavam a formação de uma consciência ideológica sólida que lhes permitisse a desejada integração no sistema político.

66. O novo modo de relacionamento entre poder político e fenómeno cultural não deixa de assumir carácter controvertido por força das perspectivas, aparentemente antagónicas, pelas quais o Direito Constitucional aborda a matéria, determinadas pela dupla exigência do Estado social, *liberdade e promoção*.
67. A manifestação mais recente de enriquecimento da matéria constitucional consiste na consagração da *quarta geração de direitos fundamentais*, destinados a assegurar a protecção da pessoa humana perante os problemas típicos das sociedades de risco.
68. A diferença específica destes novéis direitos reside na faculdade que conferem aos seus titulares de reclamar do Estado o exercício de uma função de regulação das entidades que exploram *serviços de interesse geral*, consubstanciada em prestações jurídicas adequadas a assegurar a concorrência e a combater as ameaças que pairam na sociedade de risco.
69. O Direito Constitucional, em cerca de dois séculos, evoluiu de um ordenamento exíguo, de titularidade circunscrita às *elites políticas* triunfantes das revoluções liberais e que regulava os assuntos que a estas interessavam no momento da superação do *ancien régime*, até ao panorama actual, em que incorpora uma panóplia de normas que respeita à *generalidade dos cidadãos* e a um conjunto de matérias fundamentais para *coexistência humana pacífica na sociedade de risco*.
70. As Constituições perderam o requinte de *magia* de um *Santo Graal*, circunscrito aos juristas, e passaram a respeitar a todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta, cujo conteúdo incorpora uma expressão e mediação cultural, um quadro para a reprodução e recepção e um armazém de informação, experiências, aventuras e até de saberes culturais transmitidos.

71. A consagração, em sede de princípios fundamentais da Constituição, dos quatro sub-sistemas sociais interactivos delimitados por TALCOTT PARSONS e NEIL SMELSER, político, económico, social e cultural, legitima uma investigação destinada a averiguar a autonomia, e o conteúdo específico, de uma (i) Constituição cultural, complementar das Constituições (ii) política, (iii) económica, e (iv) social.
72. Os quatro sub-sistemas funcionais de uma sociedade, (i) *economia*, ou produção e distribuição de bens e serviços para a satisfação dos consumidores, (ii) *política*, ou modelo organizacional da sociedade, (iii) *integração social*, ou comunicação pessoal e integração de interesses diferenciados, e (iv) *cultura*, ou padrões de valores e procedimentos intelectuais, constituem parte integrante da situação ou ambiente social.
73. O critério dos quatro sub-sistemas sociais interactivos, suprajacente à *mens legis* do artigo 2.º da *Constituição da República Portuguesa*, permite estabelecer o ponto de equilíbrio entre *unidade* e *cindibilidade* da Lei Fundamental, isto é, o ponto de equilíbrio entre a utilidade de recorte de vários núcleos materiais na Constituição e o risco de implodir uma desagregação da unidade da mesma.
74. O conceito de *Constituição cultural* é devido a ALESSANDRO PIZZORUSSO que recortou as normas constitucionais destinadas a assegurar uma protecção básica da vida humana considerada como valor em si mesmo, à margem do uso que se fizer dos recursos humanos com vista a fins políticos ou económicos.
75. *Constituição cultural* é a denominação que melhor identifica este núcleo material da Constituição porque as normas que reconhecem os direitos fundamentais da pessoa humana, assim como aquelas que criam as condições necessárias ao seu exercício, encontram fundamento axiológico num determinado modelo de cultura.

76. O núcleo cultural da *Constituição da República Portuguesa* compreende, em sede de (i) *princípios fundamentais, tarefas fundamentais* do Estado, símbolos nacionais e língua oficial, em (ii) matéria de *direitos, liberdades e garantias pessoais*, reconhece o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos, as liberdades de criação, de transmissão e de assimilação culturais e consagra um princípio de *neutralidade* estadual na esfera cultural e sob a epígrafe (iii) *direitos e deveres culturais* reúne preceitos que reconhecem posições subjectivas na esfera cultural e outros que consagram tarefas do Estado neste sector.
77. O capítulo referente a *direitos e deveres culturais* apresenta carácter heterogéneo, aglomerando preceitos que reconhecem (i) direitos de liberdade, normas que reconhecem verdadeiros (ii) direitos de solidariedade e (iii) outras que incumbem o Estado da realização de tarefas destinadas à satisfação destes direitos e, em última análise, da democracia económica, social e cultural.
78. A técnica normativa mais acertada seria a de consagrar na Parte I apenas as normas que reconhecem direitos e deveres fundamentais e transferir para a Parte II, red denominada *Organização económica, social e cultural*, todas as normas que visasse a imposição de uma tarefa ao poder político.
79. A solução proposta apresenta a vantagem de permitir aperfeiçoar a articulação simbiótica entre a Parte II e a Parte III da *Constituição da República Portuguesa*, dedicada à *Organização do poder político*, mediante a regulação coerente e sistematizada da organização, funcionamento e objectivos referentes aos quatro sub-sistemas sociais interactivos identificados no artigo 2.º

80. A *cláusula aberta de direitos fundamentais* permite o alargamento da *Constituição cultural portuguesa* em sentido material pela recepção de direitos fundamentais *extra-documentais*.
81. A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que no sistema de fontes de Direito Internacional está enquadrada nos *princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas*, é objecto de *recepção formal com valor reforçado* pela *Constituição da República Portuguesa*.
82. A aferição do ponto de equilíbrio entre *unidade e cindibilidade* da *Constituição* pelo critério dos quatro sub-sistemas sociais interactivos implica a rejeição de outros pretensos *sectores fundamentais* da mesma, como *Constituição do trabalho, do ambiente, financeira, administrativa, Bioconstituição, da saúde, da segurança social, educativa ou escolar*.

#### **D. Conclusões quanto à *Constituição cultural portuguesa***

83. O legislador constituinte português privilegiou o reconhecimento da cultura em sentido *humanista*, bem como a regulação da mesma, ao tratamento da cultura em sentido *antropológico*.
84. O carácter *monocultural* do Estado Português determinou a orientação do legislador constituinte que, nesse contexto, considerou supérfluo regular o *modus vivendi* de uma nação estabilizada há mais de oito séculos.
85. A definição da língua oficial foi motivada pelo temor de desuso progressivo da mesma com o aprofundamento do processo de integração europeia e não para estabelecer prioridades entre idiomas falados no interior do território nacional.

86. As manifestações culturais em sentido humanista compreendem um (i) *elemento objectivo ou existencial* que consiste numa criação humana, de carácter ( $\alpha$ ) *material* ou ( $\beta$ ) *imaterial*, e um (ii) *elemento subjectivo ou valorativo* de natureza *intelectual* que poderá ser de carácter ( $\alpha$ ) científico, se a actividade humana estiver orientada para a busca da verdade, ou ( $\beta$ ) estético, se o escopo da mesma actividade consistir em alcançar o perfeccionismo da beleza.
87. O fenómeno cultural foi acolhido na *Constituição da República Portuguesa* numa dinâmica pentatômica que nos permite identificar a cultura como *liberdade*, como *solidariedade*, como *dever*, como *acervo* e como *tarefa*.
88. A cultura (i) como *liberdade* incorpora as liberdades de *criação* intelectual, nomeadamente artística, incluindo a literária, e científica, a liberdade de *transmissão* (ensinar) e a correlativa liberdade de *assimilação* (aprender) culturais, a liberdade de *criação de escolas particulares e cooperativas*, a *autonomia universitária* e a liberdade de *participação democrática no ensino*.
89. A cultura (ii) como *solidariedade* compreende o direito de *acesso à criação cultural*, o direito à *educação*, e o direito à *fruição cultural*.
90. A cultura (iii) como *dever* comporta o direito-dever *dos pais de educação e manutenção dos filhos*, o *dever de todos preservarem, defenderem e valorizarem o património natural e cultural* e o *dever de algumas associações e fundações colaborarem com as entidades públicas na prossecução das suas tarefas culturais*.
91. A cultura (iv) como *acervo*, compreende os *símbolos nacionais* e o *património natural e cultural* do Estado Português.

92. A cultura (v) como *tarefa* das entidades públicas abrange uma panóplia de actividades de âmbito cultural visando o escopo da realização da democracia económica, social e cultural na sua plenitude.
93. Os *direitos fundamentais*, em sentido formal, são direitos da pessoa humana reconhecidos pela Lei Fundamental, enquanto, em sentido material, são direitos da pessoa humana adequados a assegurar a sua dignidade no âmbito de uma sociedade livre, justa e solidária.
94. A *dignidade humana* consiste no reconhecimento de uma posição jurídica *inerente* à qualidade de pessoa humana que se impõe *per se* ao Estado.
95. As faculdades integrantes da posição jurídica *inerente* à qualidade de pessoa humana assumem carácter variável em função da cultura em sentido antropológico em que a pessoa se integra.
96. O *mínimo denominador comum* às várias culturas sobre o conceito de *dignidade humana* consiste na orientação assumida pelo poder político em fazer dos cidadãos *sujeitos* da sua actuação.
97. A *dignidade humana* assume cumulativamente a natureza de (i) direito fundamental *a se*, de (ii) parâmetro hermenêutico dos preceitos constitucionais que reconhecem direitos fundamentais e de (iii) *crivo* ou *malha* para qualificar como fundamental um direito subjectivo consagrado em fonte diversa da Constituição formal.
98. O sufrágio da *dignidade humana* como suporte axiológico da *fundamentalidade* de direitos não impede a extensão da titularidade dos mesmos às pessoas colectivas porque (i) os valores ou bens jurídicos inerentes a alguns direitos fundamentais não são predicados apenas dos seres humanos e (ii) a pessoa colectiva é apenas uma entidade instrumental criada por seres humanos para prosseguir determinados fins.

99. Os direitos fundamentais foram reconhecidos ao longo de quatro fases do movimento constitucional, usualmente denominadas *gerações*, sendo as duas primeiras moldadas axiologicamente pelo princípio da *liberdade* e as duas últimas pelo princípio da *solidariedade*.
100. A primeira geração compreende os *direitos civis* que têm como finalidade garantir determinados âmbitos de liberdade de actuação, de autonomia pessoal, ou de *liberdade-autonomia*, nos quais o Estado não deve interferir.
101. A segunda geração reporta-se aos *direitos políticos* que têm como objectivo permitir a *liberdade-participação*, isto é, a participação de todos os cidadãos na decisão democrática dos assuntos que respeitam a toda a comunidade.
102. A terceira geração corresponde aos *direitos sociais* cuja finalidade consiste em realizar prestações materiais, isto é, fornecer bens e serviços, às pessoas por forma a proporcionar-lhes condições de vida dignas.
103. Os direitos fundamentais de quarta geração conferem aos seus titulares a faculdade de exigir do poder político a *activação ou fomento do mercado* e simultaneamente a *regulação da actividade das entidades que exploram serviços de interesse geral* com objectivo de não estarem sujeitos às regras de mercado na aquisição dos bens e serviços necessários a assegurar a sua dignidade enquanto seres humanos.
104. Quanto às *faculdades* que conferem ao seu titular, os direitos fundamentais podem ser classificados em *direitos a abstenções* e *direitos a prestações*.
105. Os *direitos a abstenções*, embora confirmem ao seu titular, a título principal, a possibilidade de exercer a sua autodeterminação pessoal sem interferência externa, poderão exigir, a título instrumental, a *neutralidade colaborante* do Estado por forma a tornar exequível o exercício da liberdade em questão.



- 106.**A actividade colaborante do poder político, neste caso, assume a natureza jurídica de uma *garantia institucional*.
- 107.**Quanto aos *valores* que protegem, os direitos fundamentais podem distinguir-se em *direitos de liberdade* e *direitos de solidariedade*.
- 108.**A *liberdade* consiste na autonomia da *razão pessoal* existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na orientação da sua própria conduta social.
- 109.**As *normas preceptivas* exprimem o *acquis civilizacional e cultural* de uma comunidade política, enquanto as *normas programáticas* encerram a esperança na continuidade do desenvolvimento desses mesmos valores, só nesta perspectiva seria possível identificar os direitos de liberdade com a positivação em normas constitucionais preceptivas porque, nesse caso, os direitos, liberdades e garantias exprimiriam o grau civilizacional e cultural já alcançado na comunidade política.
- 110.**A *solidariedade* consiste no gozo em comum das vantagens e simultaneamente na partilha dos riscos produzidos pela vida em comunidade.
- 111.**A *igualdade* consiste numa medida de tratamento que o poder político deve observar nas relações com os cidadãos, portanto não constitui fundamento do reconhecimento de direitos.
- 112.**A *liberdade de criação cultural* é reconhecida a todas as pessoas, incluindo as colectivas, excepto a faculdade de *invenção* porque resultado de labor do espírito, protege a criação do espírito humano no domínio do conhecimento, nomeadamente artístico, incluindo literário, ou científico e permite ao seu titular *inventar, produzir* e *divulgar* uma actividade ou obra.
- 113.**A *Constituição da República Portuguesa* protege o *direito de autor* que é um direito de natureza complexa uma vez que compreende simultaneamente faculdades

de natureza pessoal, que consistem na possibilidade de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a sua genuinidade e integridade, e faculdades de natureza patrimonial que não diferem das clássicas faculdades de *utendi, fruendi et abutendi* que identificam o conteúdo do direito de propriedade.

**114.**Ao proteger apenas a obra artística ou científica produzida, mesmo que não divulgada, a Ordem Jurídica não assegura a protecção dos actos ou trabalhos preparatórios dessa obra, solução legislativa que se afigura desproporcionada na protecção dos criadores, em especial dos inventores e dos produtores.

**115.**Consideramos desnecessária a consagração legal de uma *propriedade científica*, distinta, quer da propriedade intelectual, quer da propriedade industrial, reivindicada por alguma doutrina com objectivo de proteger as ideias, os conhecimentos ou as habilidades incorporados na obra, na medida em que sendo a obra *una* deverá ser protegida *in toto* pelo mesmo direito, pelo que sufragamos *de jure constituendo* a extensão do conteúdo do *direito de autor* por forma a assegurar a posição jurídica do criador desde o primeiro acto de exteriorização da obra.

**116.**O *direito de autor* reveste na plenitude a natureza jurídica de direito de liberdade, porque a componente pessoal reconhece uma esfera de autodeterminação pessoal ao autor da obra, enquanto a componente patrimonial reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias; o legislador constituinte acolheu, assim, a *natureza unitária* do *direito de autor*.

**117.**Os direitos fundamentais não são absolutos porque cada direito fundamental apenas protege um objecto e um conteúdo próprios que configuram a sua identidade, ou diferença específica, e ainda porque é necessário respeitar a liberdade dos demais cidadãos; a limitação dos direitos fundamentais pode ocorrer por vários métodos.

- 118.** Quem sufraga uma teoria individualista do Estado e da Sociedade, será partidário de uma *teoria externa* que sustenta a existência de duas figuras distintas: direito e restrições, o direito em si não está configurado nem limitado, no entanto, em momento posterior poderá o seu conteúdo ser restringido ou comprimido.
- 119.** Quem defende a posição natural da pessoa como membro de uma comunidade, assumirá preferência por uma *teoria interna* que sufraga a existência de apenas uma figura jurídica: o direito com um determinado conteúdo previamente definido, pelo que o limite representa a demarcação do conteúdo natural do direito.
- 120.** A importância da questão reside em aferir até que ponto pode o Estado legitimamente impedir a pessoa humana de exercer efectivamente a sua própria liberdade, constitucionalmente reconhecida, e a partir de que momento a mesma pessoa está investida na plenitude dessa mesma liberdade.
- 121.** A *Constituição da República Portuguesa* encontra fundamento antropológico cultural no princípio da *dignidade humana* e reconhece os direitos à *dignidade humana* e ao *desenvolvimento da personalidade* mas insere a realização pessoal do ser humano no contexto de uma *sociedade, livre, justa e solidária*, aceitando a síntese entre as concepções da *origem contratual* e da *origem natural* do Estado.
- 122.** Ao consagrar simultaneamente um *princípio da liberdade jurídica geral* e uma *cláusula de comunidade*, a *Constituição da República Portuguesa*, permite configurar previamente o âmbito de protecção de cada direito fundamental mas admite a possibilidade de ocorrência de conflito ou colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e outros interesses constitucionalmente protegidos, mesmo depois de hermenêuticamente configurados, pelo que consagra uma válvula

de escape que permite a harmonização dos mesmos mediante a imposição de restrições ao exercício dos direitos por acto legislativo.

**123.** Os limites *intrínsecos*, *imanes* ou *internos* aos direitos são apenas e somente aqueles que resultam da interpretação enunciativa do preceito, ou preceitos, que configuram o *Tatbestand* de um determinado direito fundamental e que permitem ao intérprete não considerar incorporados no seu objecto, nem no seu conteúdo, respectivamente, domínios materiais, nem faculdades, não reconhecidas como tais pela cultura dominante na comunidade política.

**124.** O artigo 29.º, n.º 2, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não é adequado a colmatar a ausência de uma cláusula geral de limitação de direitos fundamentais na *Constituição da República Portuguesa* porque não reveste, mesmo no contexto da sua fonte originária, a natureza de uma cláusula limitadora do exercício de direitos fundamentais.

**125.** O mencionado artigo 29.º, n.º 2, consiste numa (i) cláusula de salvaguarda da liberdade de exercício dos direitos reconhecidos pela *Declaração Universal* por qualquer pessoa, ao estabelecer que os mesmos só por lei poderão ser limitados, e simultaneamente numa (ii) cláusula de limitação funcional da competência do legislador interno que está circunscrito a estabelecer limites, ou restrições, apenas para salvaguardar os efeitos tipificados na própria *Declaração Universal*.

**126.** O artigo 29.º, n.º 2, em apreço, apenas *reenvia* para o legislador interno a competência para fixação de limites e, ou, restrições e, portanto, no caso português, os mesmos carecem sempre de passar pelo crivo do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa*.

**127.**Cumpridas as tarefas hermenêuticas de delimitação do âmbito de protecção e do conteúdo juridicamente garantido do direito, se mesmo assim ocorrer um conflito ou colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e outros interesses constitucionalmente protegidos, a *Constituição da República Portuguesa* habilita o legislador ordinário a proceder à harmonização dos direitos e interesses em causa, pela imposição de restrições que comprimem o conteúdo dos direitos fundamentais, fixando deste modo os seus *limites externos*.

**128.**A restrição de direitos fundamentais pressupõe uma *ponderação de bens* pelo legislador ordinário e a observância do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa*.

**129.**O critério mais adequado a realizar a articulação ou harmonização de direitos e de interesses, conflitantes ou colidentes, é um critério *qualitativo* ou *valorativo* que confira preferência ao bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, melhor assegurar a protecção da *dignidade humana*, na medida em que é este o suporte axiológico do reconhecimento dos direitos fundamentais.

**130.**Se um órgão decisor deparar com um conflito em que um dos direitos, ou mesmo ambos, são passíveis de restrição mas na realidade os órgãos legislativos não aprovaram qualquer acto legislativo delimitador dos respectivos limites externos, deverá colmatar a *lacuna de lei* segundo os métodos consagrados no Código Civil: por recurso à *analogia*, em obediência ao princípio da igualdade, e, na falta de caso análogo, por *dedução* do espírito do sistema.

**131.**Se ocorrer *contradição*, isto é, um conflito ou colisão em que é lógica e materialmente impossível satisfazer *in toto* ambos os direitos conflitantes ou colidentes mas as normas constitucionais que os reconhecem não contêm

autorização expressa ao legislador para impor restrições deverá o decisor conferir preferência à norma que melhor assegure a *dignidade humana*.

**132.** Se isso não for possível, surge uma chamada *lacuna de colisão* que deve ser colmatada segundo os princípios gerais do preenchimento de lacunas.

**133.** O princípio da *unidade* ou *coerência* da Constituição, legitima os operadores jurídicos a presumirem que a vigência de normas constitucionais contraditórias configura uma *autorização implícita* para restringir direitos fundamentais, contudo o operador jurídico deverá, no exercício da tarefa de articulação dos direitos ou interesses conflituantes ou colidentes, obedecer aos demais requisitos e critérios exigidos nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, do texto constitucional.

**134.** A exigência constitucional de circunscrever as restrições ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos não é passível de identificação com o princípio da *proporcionalidade lactu sensu* na medida em que os respectivos sub-princípios concretizadores são heterogéneos: a (i) *idoneidade* ou *adequação* reveste carácter absoluto, enquanto (ii) a *necessidade* ou *indispensabilidade*, assim como (iii) a *proporcionalidade strictu sensu*, *ponderação* ou *justa medida* revestem carácter relativo.

**135.** A *liberdade de criação artística*, na medida em que compreende um elemento de manifestação do pensamento e um elemento criador, apresenta elevada propensão para entrar em conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos pois se a exteriorização do pensamento culminar na realização de uma actividade ou na criação de um objecto com valor estético que denuncie uma apreciação jocosa, difamatória, injuriosa, caluniosa ou por qualquer modo ofensiva da honra ou de outros direitos de terceiros surge *ipso facto* um conflito.

- 136.**A liberdade de criação artística afigura-se, assim, susceptível de colidir com os direitos à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal, moral e física, à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, às liberdades de consciência de religião e de culto, à protecção da saúde, ao ambiente e qualidade de vida, à protecção da infância com vista ao seu desenvolvimento integral, à protecção da juventude para efeitos do desenvolvimento da personalidade, à reabilitação e integração social dos cidadãos portadores de deficiência e à autonomia pessoal da terceira idade.
- 137.**As *liberdades de investigação e de criação científica*, sem embargo da importância que assumem para o progresso da humanidade, sempre se revelaram susceptíveis de representar uma ameaça para a *dignidade humana*.
- 138.**O legislador constituinte português, sensível aos apelos doutrinários que se começaram a fazer escutar em movimento paralelo ao aperfeiçoamento das técnicas de experimentação científica, reforçou a protecção do ser humano, incumbindo o legislador ordinário de adoptar medidas destinadas a garantir a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
- 139.**Os direitos fundamentais em matéria de educação revestem a natureza de direitos culturais por excelência na medida em que permitem a transmissão de valores e saberes culturais no âmbito de uma sociedade.
- 140.**A *liberdade de transmissão inter-geracional de cultura* permite nomeadamente às gerações antecessoras transmitirem o acervo civilizacional e cultural da comunidade às gerações sucessoras, quer com intuito de *socialização*, é o domínio

da *educação strictu sensu*, quer com intuito de *ministrar conhecimentos nos domínios da arte e da ciência*, é a esfera do *ensino*.

- 141.**As Constituições estabelecem a distinção entre *educação* e *ensino*, abrangendo a primeira a formação integral da pessoa, no que concerne nomeadamente a valores culturais, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista, assim como a valores religiosos, morais,... enquanto o segundo se circunscreve à transmissão da cultura em sentido humanista, embora ambas as actividades prossigam o desiderato de proporcionar o *desenvolvimento da personalidade* e, em última análise, a *dignidade humana* às gerações posteriores.
- 142.**A *liberdade de ensinar* é reconhecida a todos aqueles que exerçam a actividade docente, investidos na função por qualquer instrumento legalmente previsto, em qualquer nível de ensino, desde que sejam titulares de habilitação académica legalmente estabelecida ao nível de ensino em que leccionam.
- 143.**A *liberdade de ensinar* é oponível a qualquer entidade pública ou privada, em especial à escola onde o sujeito activo lecciona e à respectiva entidade titular, independentemente desta revestir natureza jurídica pública ou privada.
- 144.**A *liberdade de ensinar* consiste na faculdade, reconhecida ao docente, de exprimir e divulgar o pensamento mais conforme a sua consciência sobre uma matéria do domínio intelectual, nomeadamente artístico ou científico.
- 145.**A *liberdade de ensinar* na sua acepção mais ampla confere ao docente a faculdade de definir livremente os conteúdos e os métodos de ensino, assegurando-lhe absoluta autonomia sobre a direcção e orientação cultural a adoptar no ensino da sua *unidade curricular*, assim como na avaliação dos alunos.



- 146.** A *liberdade de ensinar* assume *conteúdo essencial de dimensão variável* em função da *auctoritas* do seu titular na medida em que apenas os Professores Catedráticos, nas Universidades, e os Professores Coordenadores, nos Institutos Politécnicos, são titulares da *liberdade de ensinar em sentido amplo*, isto é, que lhes permite respectivamente, coordenar os programas, o estudo e a aplicação de métodos de ensino e investigação relativos às *unidades curriculares* de um grupo ou departamento, e coordenar os programas, metodologias de ensino e linhas gerais de investigação respeitantes às disciplinas de uma área científica.
- 147.** Os Professores Associados, nas Universidades, e os Professores Adjuntos, nos Institutos Politécnicos, são titulares de um *direito de participação* ou de serem ouvidos sobre as matérias da competência, respectivamente, dos Professores Catedráticos e dos Professores Coordenadores mencionadas.
- 148.** O pessoal docente integrado em qualquer uma das demais categorias funcionais do ensino superior e os docentes dos níveis de ensino não superior são titulares de um direito de *liberdade de ensinar em sentido restricto* porquanto exercem a sua actividade lectiva dentro do quadro definido superiormente, excepto se estiverem contratualmente equiparados a alguma das categorias anteriores.
- 149.** A *liberdade de ensinar* está limitada pela protecção dos interesses dos discentes; neste contexto é necessário distinguir *escola neutra* de *escola confessional* pois se num sistema jurídico-político baseado no pluralismo, na liberdade ideológica e religiosa das pessoas e na laicidade do Estado, as escolas públicas deverão ser ideologicamente neutras, ao invés a inscrição numa escola confessional pressupõe a escolha de um projecto educativo marcadamente ideológico.

- 150.** A *liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas* é um direito de titularidade diferenciada consoante o nível de ensino a ministrar.
- 151.** A *liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas* de ensino básico e secundário é reconhecida a pessoas humanas e a pessoas colectivas titulares de idoneidade civil e de idoneidade pedagógica, sendo a primeira aferida, consoante os casos, em função do registo criminal do titular da escola ou de todos os membros do órgão de administração, enquanto para preenchimento da segunda, as pessoas humanas carecem ser titulares de grau académico bastante para reger cursos de categoria não inferior ao curso de nível mais elevado a ministrar na escola e as pessoas colectivas deverão *oferecer* pessoa humana com igual formação académica.
- 152.** A *liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas* de ensino superior é reconhecida exclusivamente a pessoas colectivas com a estrutura jurídica de fundação, associação, cooperativa ou sociedade, por quotas ou anónima.
- 153.** A estrutura jurídica de fundação não se afigura adequada a conferir personalidade jurídica a um substracto humano instituidor de uma escola; aceite como premissa a clássica distinção entre associação e fundação, segundo a qual a *associação* ou *universitas personarum* corresponde a um substracto constituído essencialmente por pessoas, enquanto a *fundação* ou *universitas rerum* personifica um substracto constituído essencialmente por um património, a *associação lactu sensu* é a única estrutura jurídica que materialmente corresponde ao conceito de Universidade.
- 154.** Apenas uma estrutura jurídica que valorize o elemento pessoal é adequada a enquadrar juridicamente uma comunidade constituída por alunos e professores que estudam, ensinam, aprendem, enfim, desenvolvem um conjunto de actividades convergentes na busca da verdade ou da beleza e que constituem a *ratio essendi* de

qualquer Universidade, enquanto a estrutura jurídica de fundação consubstancia o modo ideal de administrar tudo o que assume carácter instrumental neste contexto.

**155.**O requisito de *idoneidade institucional* exigido às entidades instituidoras de escolas de ensino superior privadas ou cooperativas configura um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo mínimo aceitável será o preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a criação de escolas privadas ou cooperativas do ensino básico e secundário por pessoas colectivas.

**156.**Assim, será exigível às entidades instituidoras de estabelecimentos de ensino superior que todos os elementos do órgão de administração sejam titulares de idoneidade civil, aferida em função do registo criminal, e que a entidade instituidora *ofereça* pessoa dotada de idoneidade pedagógica nos termos referidos.

**157.**Considerando a função social desempenhada pelas escolas de ensino superior, sustentamos, *de jure constituendo*, a consagração de um leque de requisitos mais amplo a exigir às entidades instituidoras de estabelecimentos de ensino superior que às entidades titulares de escolas básicas ou secundárias, como o preenchimento do requisito da idoneidade pedagógica nos termos mencionados, no mínimo, pela maioria do número estatutário dos membros do órgão de administração.

**158.**O efeito útil da norma que reconhece a liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas às Igrejas e às demais comunidades religiosas consiste em aclarar que a transmissão de cultura, sob a forma de prestação de ensino institucionalizado, é uma actividade compatível com a natureza de pessoa colectiva de fins religiosos e não em outorgar qualquer privilégio na medida em que, no exercício deste direito fundamental, lhes é aplicável o regime jurídico regulador do sistema educativo.

- 159.** *A liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas* consiste na possibilidade reconhecida à pessoa humana ou a pessoas colectivas que integram os sectores privado e cooperativo dos meios de produção de (i) abrirem escolas distintas das escolas públicas, e simultaneamente de nessas escolas (ii) ministrarem cursos que permitam a obtenção de um grau académico de valor equivalente aos graus académicos susceptíveis de obtenção nas escolas públicas.
- 160.** *A liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas* confere aos seus titulares as faculdades de (i) abertura de escolas destinadas a ministrar qualquer nível de ensino, de (ii) conformar ideologicamente o projecto educativo próprio da escola e de (iii) gerir a escola com respeito pelos direitos dos docentes e discentes.
- 161.** *A liberdade de criação de escolas privadas e cooperativas* está limitada nos termos da *Constituição da República Portuguesa* que outorga competência ao Estado para proceder à fiscalização das escolas em apreço e as escolas do ensino superior serão submetidas especificamente a avaliação da adequada qualidade do ensino.
- 162.** A Universidade pública é uma associação pública que prossegue fins do Estado, isto é, quanto ao substracto que lhe subjaz corresponde ao protótipo da associação pública, porque consiste numa comunidade *infra* estadual cuja personificação representa apenas o reconhecimento de um substracto sociológico próprio, mas quanto aos fins que prossegue aproxima-se das características de uma pessoa colectiva integrante da Administração indirecta do Estado, uma vez que desenvolve uma actividade administrativa destinada à realização dos fins do Estado.
- 163.** *A autonomia universitária* reveste a natureza jurídica de direito fundamental porque a (i) *Constituição da República Portuguesa* estabelece um *conteúdo essencial* do direito fundamental à autonomia universitária, porque (ii) foi essa a

intenção inequívoca do legislador constituinte e porque (iii) o efeito útil do artigo 76.º, n.º 2, do texto constitucional é o de reconhecer uma posição de liberdade à Universidade, enquanto pessoa colectiva, perante o poder político.

**164.**A garantia institucional de existência de Universidades resultaria sempre do disposto no artigo situado anteriormente no texto constitucional que incumbe o Estado de criar [e manter em funcionamento] uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população.

**165.**A *autonomia universitária* é um direito reconhecido pela *Constituição da República Portuguesa* às Universidades e, por força da lei ordinária, a todas as escolas do ensino superior, quer públicas, quer privadas, quer universitárias, quer politécnicas, sem excepção.

**166.**O âmbito de protecção da *autonomia universitária* incide sobre as actividades que as escolas do ensino superior estão incumbidas de cumprir ao serviço da sociedade, isto é, a investigação e o ensino, ou, noutra fórmula, a criação, a transmissão e a assimilação da cultura em sentido humanista.

**167.**O conteúdo essencial do direito à *autonomia universitária* decorre da *Constituição da República Portuguesa* e compreende faculdades de cinco ordens: *estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira*, devendo entender-se que a remissão para a lei permite ao legislador ordinário definir o âmbito de protecção específico de cada uma das faculdades reconhecidas pelo texto constitucional sem possibilidade de as alterar, ou de suprimir alguma delas.

**168.**Além do conteúdo essencial definido no texto constitucional, a lei reconhece às escolas do ensino superior, a título extra-documental, autonomia nos domínios da *auto-administração, cultural, patrimonial e disciplinar*; neste contexto, a

*autonomia cultural* reveste carácter pleonástico na medida em que nenhuma faculdade vem acrescentar às componentes científica e pedagógica da autonomia universitária.

**169.**O reconhecimento de *autonomia universitária* às escolas do ensino superior privado configura uma situação de *direito sem sujeito* uma vez que o legislador não reconhece personalidade jurídica às escolas; se a construção jurídica do legislador ordinário privilegia a arte e a ciência no contexto da *dualidade institucional* típica das Universidades privadas, como não podia deixar de o fazer em nome do princípio constitucional da autonomia da cultura, o *erro do legislador* foi apenas o de não reconhecer personalidade jurídica às escolas de ensino superior privado.

**170.**A circunscrição do direito à autonomia universitária às suas componentes *cultural, científica e pedagógica* quando o respectivo titular é uma escola de ensino superior privada, consubstancia uma restrição de um direito fundamental ao arrepio de vários dos pressupostos, requisitos e critérios impostos ao legislador ordinário nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa*.

**171.**Assim, (i) não se verifica o pressuposto da autorização constitucional expressa, nem sequer identificamos outra regra ou princípio constitucional que permitam inferir uma autorização implícita, (ii) a norma restritiva não reveste, nem carácter geral, nem abstracto, porque estabelece uma discriminação não justificada entre entidades públicas e entidades privadas, e (iii) diminui a extensão do conteúdo essencial do direito porque reduz as faculdades que o incorporam e que se afiguram como as necessárias e suficientes para assegurar a dignidade das pessoas que exercem uma actividade investigatória ou docente, no exercício das suas funções profissionais.

- 172.**O legislador constituinte reconheceu a autonomia do sub-sistema cultural relativamente ao sub-sistema político, ao consagrar o *princípio da neutralidade do Estado na esfera cultural* mas não acautelou suficientemente a autonomia do sub-sistema cultural perante o sub-sistema económico permitindo que a Universidade se convertesse numa indústria cultural como as demais.
- 173.**A *autonomia universitária* não confere uma liberdade ilimitada aos seus titulares porque o próprio texto constitucional demarca limites ao colocar a autonomia universitária na dependência de lei e ao estabelecer que a titularidade deste direito não exime as escolas do ensino superior de adequada avaliação da qualidade do ensino.
- 174.**A *liberdade de aprender* configura um direito fundamental *a se* que não constitui um mero correlato recipiendo da liberdade de ensinar mas consiste na faculdade de cada pessoa adquirir os conhecimentos que desejar, e que conseguir na medida das suas capacidades individuais, nos domínios, nomeadamente, da arte e da ciência, em consequência do seu *direito ao desenvolvimento da personalidade*.
- 175.**A *liberdade de aprender* permite a toda a pessoa a liberdade para buscar, captar e assimilar cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista.
- 176.**Quanto ao ingresso no sistema do ensino institucionalizado com vista à obtenção de habilitações literárias ou certificatórias da capacidade para o exercício de uma profissão, continua a prevalecer o princípio da universalidade uma vez que o texto constitucional reconhece genericamente a liberdade de aprender e o direito ao ensino com garantia de igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar.
- 177.**A condicionante existente no acesso aos graus mais elevados de ensino reporta-se à necessidade de superação dos graus inferiores, conforme decorre do texto

constitucional ao aferir a susceptibilidade de progressão do cidadão estudante no sistema de ensino segundo as suas capacidades, isto é, mediante a exigência de uma progressão escalonada.

**178.** A *liberdade de aprender* consiste na faculdade, reconhecida ao estudante, de formar o pensamento mais conforme a sua consciência sobre uma matéria do domínio intelectual, nomeadamente artístico ou científico, consoante a maturidade intelectual exigida para a frequência de um determinado nível de ensino o permitir.

**179.** A liberdade de aprender confere ao aluno as faculdades (i) de acesso a qualquer escola, (ii) de escolha da escola adequada ao projecto educativo mais conforme as suas convicções religiosas e filosóficas, (iii) de escolha da área de formação mais adequada às suas capacidades pessoais e preferências de carreira profissional, (iv) a receber um ensino de qualidade que lhe permita atingir o pleno desenvolvimento da personalidade e (v) de formar o seu próprio entendimento sobre as matérias leccionadas, desde que fundamentado racionalmente.

**180.** A *liberdade de aprender* está limitada nos termos da *Constituição da República Portuguesa* na medida em que a faculdade de acesso às escolas do ensino superior, apesar da proclamação *nominal* da igualdade de oportunidades e da democratização do sistema de ensino, está condicionada às necessidades do país em quadros qualificados, enquanto a faculdade do aluno formar o seu próprio entendimento sobre as matérias leccionadas está circunscrita ao programa da *unidade curricular* e não desonera o aluno de conhecer o entendimento do seu professor sobre a matéria.

**181.** As *liberdades de participação democrática no ensino* constituem um afloramento do princípio da *democracia participativa* concretizado pela intervenção dos



próprios agentes dos procedimentos de transmissão cultural na *gestão democrática das escolas* e na *definição da política de ensino*.

**182.** O *direito de participar na gestão democrática das escolas* é reconhecido a professores e a alunos a título individual, é circunscrito à escola a que o seu titular se encontra vinculado e a participação dos alunos está conformada em função do grau de maturidade característico do aluno padrão em cada um dos graus de ensino.

**183.** O conteúdo do direito em apreço é concretizado mediante a incorporação de representantes do pessoal docente e não docente, dos pais e encarregados de educação, dos alunos e de representantes de organizações que prosseguem fins de carácter económico, social, cultural e científico, na composição dos órgãos das escolas e é variável em função do grau de ensino.

**184.** A restrição do *direito de participar na gestão democrática das escolas* do ensino superior privado padece de inconstitucionalidade por restrição de direitos, liberdades e garantias de natureza análoga à margem do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da *Constituição da República Portuguesa*.

**185.** As *liberdades-participação* deparam com limites referentes às atribuições e competências das entidades em que o titular do direito é chamado a contribuir com o seu voto para a adopção de uma decisão no interesse comum

**186.** Os alunos e professores não podem ser colocados pelo legislador em minoria na composição dos órgãos que integram por direito constitucionalmente reconhecido, ou em órgãos de funcionamento intermitente, porque a participação de outras pessoas, humanas e colectivas, reconhecida a título extra-documental, é susceptível de provocar a compressão dos direitos dos seus titulares originários.

- 187.** O *direito de participar na definição da política de ensino* está reconhecido a associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico e o seu âmbito de protecção compreende a audição no procedimento legislativo sempre que os diplomas regulem matérias no âmbito da educação e a incorporação nos vários conselhos consultivos do Governo em matéria de política de ensino e confere poderes meramente consultivos aos seus titulares.
- 188.** O *direito de acesso à criação cultural* é reconhecido a toda a pessoa humana, assim como a pessoas colectivas na estricte medida em que lhes é reconhecida a titularidade das liberdades de criação cultural, e o seu âmbito de protecção compreende a percepção dos pressupostos materiais, nomeadamente financeiros, que permitam aos interessados o exercício das liberdades de criação cultural.
- 189.** Os pressupostos materiais para exercer a liberdade de criação artística podem consistir no apoio à *invenção* ou no apoio à *produção e divulgação*, o primeiro tipo é passível de se consubstanciar em *ajudas directas* que podem ser de ordem *material, financeira* ou *tributária*, enquanto as *ajudas indirectas* podem consistir na *compra de bens e serviços* para assegurar o escoamento de um mínimo de criação aos artistas ou na *aprovação de normas reguladoras* destinadas a assegurar a concorrência no mercado de arte
- 190.** O apoio à *produção* e à *divulgação* tem como destinatários os inventores e as indústrias culturais e pode ser consubstanciado na celebração de contratos de *serviço de interesse geral* com operadores de rádio e de televisão que estabelecem quotas mínimas de emissão para determinado tipo de criações em compensação do financiamento público ou na aprovação de *legislação protectora da obra original*, nomeadamente pela criminalização da produção ou distribuição de cópias ilegais.

- 191.** Os pressupostos materiais para exercer a liberdade de criação científica comportam o *apoio directo*, materializado na institucionalização, apetrechamento adequado e financiamento de estruturas administrativas vocacionadas para a realização de actividades destinadas à promoção da investigação científica, enquanto o *apoio indirecto* é concretizado mediante o estímulo de actividades de investigação empreendidas por pessoas humanas ou pessoas colectivas privadas, materializada na atribuição de *subvenções financeiras* em razão da actividade desenvolvida ou em *recompensas* pelo mérito dos resultados alcançados.
- 192.** O apoio indirecto constitui o modelo de financiamento mais adequado à actual configuração do Estado social como *activador*, *infra-estrutural* ou *regulador*, modelado segundo um princípio genérico da *subsidiariedade*.
- 193.** O direito à *educação*, ou direito a receber educação, é reconhecido a toda a pessoa humana como uma exigência da *dignidade humana* na medida em que somente com a aquisição de cultura a pessoa está apta a disfrutar na plenitude da sua própria racionalidade, assim como a integrar-se sem discriminação na vida da comunidade em que se insere, nomeadamente a exercer de forma consciente os direitos fundamentais de participação política constitucionalmente reconhecidos.
- 194.** O âmbito de protecção do direito à *educação* consiste na assimilação ou aquisição de cultura, quer em sentido antropológico, quer em sentido humanista, por forma a receber uma formação integral que contribua para o pleno desenvolvimento da personalidade de um ser humano.
- 195.** Associado a este direito, mas com um âmbito de protecção mais reduzido, está o direito *ao ensino*, cujo âmbito de protecção se circunscreve à cultura em sentido

humanista, isto é, à assimilação de conhecimento intelectual, nomeadamente artístico ou científico.

**196.**O conteúdo do direito *ao ensino* compreende a possibilidade de exigir das autoridades públicas o acesso a uma determinada formação, isto é, a obter integralmente e em tempo útil, os pressupostos materiais, nomeadamente financeiros, necessários para que a pessoa humana possa ingressar no sistema de ensino institucionalizado com garantia de igualdade de oportunidades no acesso à escola e na frequência da mesma com aproveitamento.

**197.**O direito *ao ensino* com garantia de igualdade de oportunidades de acesso e de êxito escolar é reconhecido em termos gerais a todas as pessoas e com vista à satisfação do mesmo o Estado Português está incumbido constitucionalmente de assegurar um *serviço de interesse geral*, adequado a ministrar o *ensino básico* universal, obrigatório e gratuito a todos os seus sujeitos activos.

**198.**O direito de acesso ao *ensino superior*, embora subordinado aos princípios da igualdade de oportunidades e da democratização do sistema de ensino, está colocado, em *contra senso* com os princípios mencionados, na dependência das necessidades em quadros qualificados e da elevação do nível educativo, cultural e científico do país e de uma reserva do financeiramente possível na medida em que a *Constituição* apenas vincula o Estado Português a estabelecer progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino.

**199.**O direito de acesso ao *ensino superior*, assim configurado, está em conflito com o *direito ao desenvolvimento da personalidade* e com a *liberdade de escolha de profissão* e está reconhecido em termos contraditórios com a tarefa constitucional que incumbe o Estado de assegurar a todos *os cidadãos*, segundo as suas

capacidades, o acesso aos mais elevados graus de ensino, da investigação científica e da criação artística.

**200.**O artigo 76.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa* carece ser interpretado conjugadamente com os demais preceitos referentes ao acesso ao ensino, em obediência ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição e segundo um critério *qualitativo* ou *valorativo* que melhor assegure a protecção da *dignidade humana*, pelo que serão sujeitos activos do direito *de acesso ao ensino superior* todas aquelas que forem titulares de direitos fundamentais, no entanto o Estado apenas está vinculado a assegurar o exercício do direito aos cidadãos portugueses, *podendo* proporcioná-lo, por força de lei ordinária, a estrangeiros e apátridas, nos mesmos termos em que o assegura aos cidadãos portugueses.

**201.**As restrições impostas ao *direito ao ensino* nos termos do mesmo artigo 76.º, n.º 1, deverão ser interpretadas no sentido do efeito das *necessidades em quadros qualificados* e a *elevação do nível educativo, cultural e científico do país* ser o de permitir aos órgãos do poder político, legislativo e administrativo aferirem da capacidade das pessoas, em matéria de conhecimentos artísticos ou científicos, para ingressar no ensino superior, sendo inconstitucional a imposição de *numerus clausus* por via da lei ordinária em razão de qualquer outro critério.

**202.**O financiamento público do ensino pode ser assegurado aos *alunos* ou às *escolas*; no primeiro caso, o financiamento pode ser processado através de bolsas de estudo ou de empréstimos em regime bonificado, enquanto no segundo caso é necessário distinguir as escolas públicas, em que o financiamento público é sempre proveniente do Orçamento do Estado, das escolas privadas e cooperativas que *podem* ser financiadas por celebração de *contrato de associação* com o Estado.

**203.**A solução mais conforme à *Constituição da República Portuguesa* é a do financiamento do aluno porque o aluno é a *ratio essendi* do sistema de ensino e por esse motivo é necessário assegurar que o aluno, ou aos seus pais em caso de menoridade, disponham dos meios necessários para conduzir livremente o procedimento de escolha da escola e apenas o financiamento do aluno lhe assegura a liberdade material para realizar as suas opções quanto à escola, quanto ao projecto educativo e quanto à área de formação mais conforme as suas capacidades pessoais e preferências de carreira profissional.

**204.**O direito à *fruição cultural*, é reconhecido a toda a pessoa humana e assegura aos seus titulares o acesso a bens e serviços culturais integrantes quer do património natural, quer do património cultural, do Estado, nomeadamente através da *visita*, da *visibilidade*, da *informação* e do *uso*.

**205.**O *dever fundamental* é o dever constitucionalmente imposto com a finalidade de assegurar a regular convivência humana em comunidade, nomeadamente a permitir aos demais membros da comunidade o gozo dos seus direitos fundamentais ou a satisfazer necessidades do próprio Estado ou da Sociedade Civil.

**206.**O *direito-dever* dos pais de educação e manutenção dos filhos consiste num conjunto de faculdades e de vínculos jurídicos enquadrados no âmbito de uma relação jurídico-privada cujos sujeitos são os pais e os respectivos filhos.

**207.**O mesmo *direito-dever* está simultaneamente enquadrado numa relação jurídico-pública cujos sujeitos são, em situação de normalidade, os pais e o Estado mas que, em situações excepcionais, isto é, no caso de incumprimento pelos pais dos deveres fundamentais para com os filhos a que estão vinculados, poderá passar a estar enquadrado numa relação jurídico-pública entre os filhos e o Estado.

- 208.** Se considerarmos a relação jurídico-privada entre pais e filhos, estamos perante um *dever fundamental* dos pais assegurarem a educação dos filhos, compreendendo instrumentalmente o dever de providenciarem a sua manutenção.
- 209.** O direito constitucionalmente reconhecido aos pais de educarem os filhos deve ser entendido como *o direito dos pais escolherem livremente*, isto é, sem interferências externas, *o modo de cumprimento do dever de educar os filhos*.
- 210.** Se considerarmos a relação jurídico-pública entre pais e Estado, estamos perante um *direito fundamental*: o direito de resistência contra ingerências inadmissíveis do Estado na esfera educativa dos pais.
- 211.** O direito-dever dos pais de educação dos filhos compreende, no âmbito da relação jurídico-privada entre pais e filhos, a obrigação de promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos e a transmitir aos filhos, em princípio com a colaboração do Estado, cultura em sentido humanista com vista a permitir-lhes a assimilação do conhecimento necessário ao desenvolvimento da personalidade e ao exercício de uma profissão.
- 212.** Os pais devem assegurar aos filhos a sua subsistência, pelo menos, até final da escolaridade obrigatória mas, em princípio, até que os filhos tenham meios para assegurar o encargo ou até ao momento que seja razoável exigir aos pais que permitam aos filhos completarem a sua formação.
- 213.** Os pais gozam da faculdade de exigir do Estado que se abstenha de interferir na faculdade de assumir a orientação da educação dos filhos, salvo em caso de incumprimento dos deveres fundamentais a que estão vinculados e simultaneamente de exigir a *colaboração* do Estado na educação dos filhos.

- 214.** Os deveres de preservar, defender e valorizar o património e de colaborar com as entidades públicas na prossecução das tarefas culturais visam corresponsabilizar a Sociedade Civil pelo cumprimento das tarefas estaduais na esfera cultural, vinculam, quer as pessoas humanas, quer as pessoas colectivas, e incidem, quer sobre o património natural, quer sobre o património cultural.
- 215.** O ordenamento jurídico português consagra deveres de *preservar, defender e valorizar* o património natural e cultural, como o condicionamento de implantação de construções, infra-estruturas viárias, novos aglomerados urbanos ou outras construções que, pela sua dimensão, volume, silhueta, cor ou localização, provoquem um impacte violento na paisagem preexistente, bem como a exploração de minas e pedreiras, evacuação e acumulação de resíduos e materiais usados e o corte maciço do arvoredo, bem como não atentar contra a integridade dos bens culturais e não contribuir para a sua saída do território nacional em termos não permitidos pela lei.
- 216.** O ordenamento jurídico consagra mecanismos jurídicos, como os *direitos de petição* e de *acção popular*, adequados a assegurar o cumprimento, ou a reprimir o incumprimento, consoante os casos, dos mencionados deveres por terceiros, que permitem à pessoa humana, assim como a organizações de defesa dos interesses em causa, colaborar com o Estado na realização das tarefas em apreço.
- 217.** O *acervo cultural* de um Estado comporta os *símbolos nacionais* que constituem os sinais distintivos da comunidade no plano internacional e simultaneamente factores de coesão no plano interno, e o *património natural e cultural*, que consistem, respectivamente, nos bens de origem natural incorporados no território do Estado que consubstanciem um testemunho com valor *de civilização* ou *de cultura* e pelas



actividades ou obras humanas enquadradas na vivência da comunidade e que representem, de igual modo, um testemunho com valor *de civilização* ou *de cultura*, e que sejam, em ambos os casos, portadores de interesse cultural relevante.

**218.** Os símbolos nacionais são a *Bandeira Nacional* e o *Hino Nacional*, estando a *Bandeira Nacional* definida num decreto aprovado durante a I República que é objecto de recepção formal pelo artigo 11.º, n.º 1, da *Constituição da República Portuguesa*, enquanto a letra e a música do *Hino Nacional* o *Hino Nacional* estão definidos em *Resolução do Conselho de Ministros* aprovada em 1957 que constitui elemento de interpretação histórica do artigo 11.º, n.º 2, da *Constituição* vigente, portanto objecto de recepção material.

**219.** As paisagens constituem unidades estéticas e visuais que integram o *património natural* do Estado Português.

**220.** O património material incorpora os bens que, constituam testemunhos com valor de *civilização* ou de *cultura*, portadores de interesse cultural relevante, designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico.

**221.** O património imaterial, além da língua portuguesa, compreende as realidades que não tendo suporte em coisas móveis ou imóveis representem testemunhos etnográficos ou antropológicos com valor de *civilização* ou de *cultura* com significado para a identidade e memória colectivas portuguesas.

**222.** O imperativo de assegurar a existência de um *património cultural e natural preservado* que o texto constitucional consagra como uma *tarefa fundamental do Estado Português* configura uma garantia institucional que permite à pessoa humana gozar o direito à fruição cultural.

**223.**As *tarefas do Estado Português* no domínio cultural assumem carácter instrumental relativamente à satisfação dos direitos fundamentais culturais em consonância com a orientação generalizada nas Constituições da segunda metade do século XX.

**224.**A análise da *Constituição cultural portuguesa* proporcionou que fosse assinalado um conjunto de *princípios modeladores* das normas que a incorporam e que permitem identificar uma ideologia que lhe está suprajacente, plasmada nos princípios da *dignidade humana*, da *liberdade*, da *democracia*, da *solidariedade* e da *neutralidade*.

# **Bibliografia**



## A. Doutrina\*

ABELLAN Garcia, Joaquín; *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

ABENDROTH, Wolfgang; *El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político*, trad. castelhana de Puente Egido, José, in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst, e DOEHRING, Karl (org.); *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 11 a 42.

ADRAGÃO, Paulo Polido; *A liberdade de aprender e a liberdade de escolas particulares*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1995.

AGOSTI, Héctor P.; *Para una política de la cultura*, Buenos Aires, Ediciones Medio Siglo, 1969.

AGUIAR de Luque, Luis; *Dogmatica y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.ºs 18/19, 1983, p. 17 a 30;

----- *Los limites de los derechos fundamentales*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 14, 1993, p. 9 a 34.

AGUDO Zamora, Miguel Jesús; *El contenido del derecho a la universitaria en la Ley Orgánica de Universidades*, in *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Logroño, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Dialnet, 2004, n.º 70, disponível na internet em [http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_busqueda=EJEMPLAR&revista\\_busqueda=1255&clave\\_busqueda=108278](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=1255&clave_busqueda=108278).

AHUMADA Canabes, Marcela Alejandra; *La libertad de investigación científica – Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, Getafe, Universidade Carlos III de Madrid, 2006;

----- *La libertad de investigación científica – Orígenes de este derecho y configuración constitucional*, in *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 11 a 49.

AINIS, Michele; *Cultura e Politica – Il modello costituzionale*, Milano, Cedam, 1991.

ALBUQUERQUE, Martin e ALBUQUERQUE, Ruy; *História do Direito Português*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984/1985.

---

\* Os títulos assinalados com asterisco (\*) foram citados com carácter meramente informativo.

ALBUQUERQUE, Ruy e ALBUQUERQUE, Martin; *História do Direito Português*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984/1985.

ALEXANDRINO, José de Melo; *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Estoril, Principia, 2007.

ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. castelhana de Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALMEIDA, José Mário Ferreira de, PINTO, Ricardo Leite, e MORAIS, Isaltino; *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983;

----- *O sistema de governo semi-presidencial – O caso português*, Lisboa, Editorial Notícias, 1984.

ALMEIDA Filho, Naomar de, e SANTOS, Boaventura de Sousa; *A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova*, Coimbra, Livraria Almedina / Centro de Estudos Sociais, 2008.

ÁLVAREZ Conde, Enrique; *Curso de Derecho Constitucional*, vol. II, *Los órganos constitucionales – El Estado autonómico*, Madrid, Tecnos, 1997\*.

AKEHURST, Michael; *Introdução ao Direito Internacional*, trad. portuguesa de Ruivo, Fernando, Coimbra, Livraria Almedina, 1985.

AMARAL, Diogo Freitas do; *Estado*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 1126 a 1177;

----- *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de uma disciplina de Direito Administrativo*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVI, 1985, p. 257 a 368;

----- *Uma solução para Portugal*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1985;

----- *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, Coimbra, Livraria Almedina, 2005;

----- *D. Manuel I e a construção do Estado moderno em Portugal*, Coimbra, Tenacitas, 2003\*;

----- *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2006;

----- *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012.

AMATO, Giuliano; *Autorità semi-independenti ed autorità de garanzia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, n.º 3, p. 645 a 664.

AMORIM, João Pacheco de; *A liberdade de escolha da profissão de advogado – Procedimento administrativo de concretização*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

----- *A liberdade de ciência na Constituição portuguesa de 1976*, in *Tékhnē – Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2010, p. 129 a 157;

----- *A autonomia das Universidades públicas no Direito português*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 57 a 98;

----- *A garantia constitucional da autonomia das Universidades privadas*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 113 a 130.

ANDRADE, José Carlos Vieira de; *O ordenamento jurídico-administrativo português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, p. 33 a 70;

----- *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991;

----- *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 1998, p. 85 a 89;

----- *O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa*, in *HOMEM*, António P. Barbas (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 13 a 24;

----- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010;

----- *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011;

----- *Educação – Liberdade fundamental e direito social*, disponível na internet em [www.liberdade-educacao.org/actividades/encontro2\\_vieiradeandrade.htm](http://www.liberdade-educacao.org/actividades/encontro2_vieiradeandrade.htm).

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de; *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1983.

ARAGÓN Reyes, Manuel e RENEDO, César Augusto; *Los estatutos de autonomia regional en el ordenamiento portugues*, in *MIRANDA, Jorge (org.); Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 703 a 734\*.

ARAÚJO, António de, *A revisão constitucional de 1997 – Um ensaio de história político-constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999\*;

----- *A Nação e os seus símbolos – Breves comentários ao artigo 11.º da Constituição*, in *O Direito*, Lisboa, Juridireito – Edições Jurídicas, ano 133, 2006, vol. I, p. 197 a 224.

ARRUEGO Rodríguez, Gonzalo: *El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978*, in *CHUECA Rodríguez, Ricardo (org.); La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 35 a 68.

ASCENSÃO, José de Oliveira; *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, 1984/85, policopiado;

----- *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;  
----- *Direito de autor e direitos fundamentais*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 181 a 193.

ASCENSI Sabater, Jose; *Cultura y Constitución – Una propuesta cultural en la crisis*, in *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n.º 34, 1983, p. 257 a 272.

ASÍS Roig, Rafael de, em colaboração com PECES-BARBA Martínez, Gregorio e BARRANCO Avilés, María del Carmen; *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

ATKINSON, James; *A Reforma*, in DOWLEY, Tim; *História do Cristianismo*, trad. portuguesa de Guerra, Artur, e Rodriguez, Cristina, Lisboa, Bertrand Editora, 1995.

AVRIL, Pierre, e GICQUEL, Jean; *Droit parlementaire*, Paris, Editions Montchrestien, 1996\*.

BAENA del Alcázar, Mariano; *Curso de Ciencia de la Administración*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1996\*.

BARBOSA, António Soares Pinto; *Economia Pública*, Lisboa, McGraw-Hill, 2001.

BARRANCO Avilés, María del Carmen, em colaboração com PECES-BARBA Martínez, Gregorio e ASÍS Roig, Rafael de; *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

BARRANCO Vela, Rafael; *El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura – Una reflexión sobre la intervención de la Administración Pública en el ámbito cultural*, in BALAGUER Callejón, Francisco (org.); *Derecho Constitucional y Cultura – Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro – Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador (BA), Centro de Atualização Jurídica, ano 1, n.º 6, 2001, p. 1 a 33.

BATAGLINI, Andrea Orsi; *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà – Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, p. 89 a 108.

BECK, Ulrich; *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, trad. portuguesa de Nascimento, Sebastião, São Paulo, Editora 34, 2010\*.



BENDA, Ernst, MAIHOFFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad, e HEYDE, Wolfgang (org.); *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de López de Pina, Antonio, Madrid, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, 1996\*.

BÉRENGER, Jean, CONTAMINE, Philippe, DURAND, Yves e RAPP, Francis; *História Geral da Europa*, vol. II trad. portuguesa de Salema, Álvaro, Lisboa, Publicações Europa América, 1996\*.

BERMEJO García, Romauldo; *La evolución de la cultura en el sistema comercial internacional*, in FERNÁNDEZ Liesa, Carlos, e PRIETO, Jesús (org.); *Cultura e Comercio en la Comunidad Internacional*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, p. 17 a 24.

BERSTEIN, Serge, e MILZA, Pierre; *História do Século XIX*, trad. portuguesa de Segurado, M.<sup>a</sup> Georgina, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997.

BETANCUR Mejía, Gabriel; *Experiencias en crédito educativo o préstamos a universitarios*, in POLANCO, Jesús de, e DÍEZ Hochleitner, Ricardo; *Un futuro para la aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000, p. 193 a 197.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos; *O ensino jurídico à luz do direito fundamental à educação*, in BEZERRA, Paulo (org.); *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*, Ilhéus-Bahia, Editora da Universidade Estadual de Santa Cruz, 2007, p. 163 a 191;  
----- *Solidariedade*, *idem*, p. 237 a 269.

BIFFEN, John; *Inside Westminster – Behind the scenes at the House of Commons*, London, André Deutsch, 1996\*.

BLUNTSCHLI, Johann Kaspar; *Allgemeins Staatsrecht*, München, Verlag der Literarisch-artistischen Anstalt, 1852.

BOBBIO, Norberto; *Politica e cultura*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1955.

BODIN, Jean; *Los seis libros de la República*, trad. castelhana de Bravo Gala, Pedro, Madrid, Tecnos, 2010.

BOULOUIS, Jean; *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 1997.

BRONZE, Fernando Pinto; *A metodonomia entre a Semelhança e a Diferença – Reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

BROWNLIE, Ian; *Princípios de Direito Internacional Público*, trad. portuguesa de Farrajota, M.<sup>a</sup> Manuela, Santos, M.<sup>a</sup> João, Stockinger, Victor Richard, e Telles, Patrícia Galvão, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUZZI, Vincenzo, o Papa Leão XIII; *Rerum Novarum – Carta Encíclica sobre a condição dos operários*, Roma, 1891, disponível na internet em [www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_1-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)

CABRAL, Clara Bertrand; *Património cultural imaterial – Convenção da Unesco e seus contextos*, Lisboa, Edições 70, 2011.

CAETANO, Marcello; *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984;

----- *As Constituições Portuguesas*, Lisboa, Verbo Editora, 1986;

----- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989.

CALVO González, José, e MONEREO Pérez, José Luís; *La Teoría Jurídica de León Duguit* estudo preliminar à edição castelhana de LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Acuña, José G., Granada, Editorial Comares, 2005.

CAMPOS, João Mota de; *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

CAMPOS, João Mota de, PORTO, Manuel Carlos Lopes, FERNANDES, António José, MEDEIROS, Eduardo Raposo de, RIBEIRO, Manuel de Almeida, e DUARTE, Maria Luíza; *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999\*.

CANAS, Vitalino; *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 323 a 357\*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *A lei do orçamento na teoria da lei*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1979, p. 543 a 588\*;

----- *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982;

----- *Teoria da Constituição de 1976: Desenvolvimento ou revisionismo constitucional?*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, separata;

----- *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVI, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, separata;

----- *Procedimento administrativo e defesa do ambiente*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 123.º/124.º, 1990/1991, n.ºs 3794 a 3802;

----- *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991;

----- *Mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno*, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, Direito, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, n.º 1, Série I, 1991, p. 55 a 65;

----- *Direito Constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 125.º, 1992/1993, n.ºs 3815, 3821, 3822 e 3823;

----- *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993;

----- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997;

----- *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1999;

----- *O Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo passa também*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 705 a 722;

----- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003;

----- *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, in CANOTILHO, J. J. Gomes (org.), *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 35 a 68;

----- *Liberdade e exclusivo na Constituição*, *idem*, p. 217 a 232;

----- *Prefácio à edição portuguesa de HABERMAS*, Jürgen (org.), *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, trad. portuguesa de Toldy, Marian, e Toldy, Teresa, Lisboa, Edições 70, 2012;

----- *Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, p. 285 a 296.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MACHADO, Jónatas; *Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa*, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1995, p. 11 a 38;

----- *O estatuto jurídico da Universidade Católica Portuguesa – Para uma compreensão republicana do direito ao ensino*, in FERREIRA, Eduardo Paz, CANOTILHO, J. J. Gomes, MESQUITA, Mário, TELLES, Miguel Galvão, AMBRÓSIO, Teresa, e CAMOTIM, Xencora (org.); *Francisco Salgado Zenha – Liber Amicorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 369 a 444.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital; *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

----- *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

----- *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CANUDO, Ricciotto; *Manifeste des Sept Arts*, Metz, Seguiet, 1923\*.

CARDOSO, José Lucas; *Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo – Para uma análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos-Políticos, ano I, n.º 1, 1994, p. 11 a 54;

----- *Recensão crítica à monografia de ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, ano I, n.º 2, 1995, p. 160 a 165;

----- *Autoridades administrativas independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

*Sobre o direito das organizações não-governamentais de ambiente à informação administrativa*, in *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, Lisboa, Associação Portuguesa para o direito do Ambiente, n.º 11, 2003, p. 47 a 63;

----- *Direito Internacional II – Sumários de Direito Internacional segundo as preleções aos alunos do 5.º ano jurídico da Universidade Lusíada de Lisboa no 2.º semestre do ano lectivo 2003/2004*, policopiado;

----- *Aspectos pluridisciplinares do projecto de Constituição europeia: os aspectos constitucionais*, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, Direito, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, n.º 3, Série II, 2005, p. 215 a 233;

----- *Administração independente*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, p. 17 a 34;

----- *Autoridades administrativas independentes*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, p. 46 a 68;

----- *Gestão administrativa, financeira e patrimonial das autoridades administrativas independentes – Sumário do módulo “Gestão administrativa, financeira e patrimonial das autoridades administrativas independentes” leccionado no âmbito do Programa Avançado em Direito e Economia da Regulação Sectorial na Faculdade de Ciências Económicas e Empresarias da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa, no ano lectivo 2006/2007*, policopiado;

----- *Direitos Fundamentais – Sumários de Direitos Fundamentais segundo as preleções aos alunos do 2º ano jurídico da Universidade Lusíada de Lisboa no 1º semestre do ano lectivo 2008/2009*, policopiado;

----- *A posição institucional do Provedor de Justiça – O Ombudsman entre a assembleia parlamentar, a administração pública e o cidadão*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012.

CARDOSO, Pedro; *The future of Old-age Pensions: Its Explosion and Implosion*, Amsterdam, Tinbergen Institute, 2004\*.

CARON, Rémi; *L'État et la Culture*, Paris, Economica, 1989.

CARPENTIER, Jean, e LEBRUN, François, (org.), *Histoire de l'Europe*, Paris, Éditions du Seuil, 1992\*.

CARRO, José Luis; *Libertad científica y organización universitaria*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, n.º 13, 1977, p. 211 a 227.

CARVALHO, Rómulo de; *História do Ensino em Portugal – Desde a fundação da nacionalidade até ao fim do regime de Salazar-Caetano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

CASSESE, Sabino; *Regulation e Deregulation*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, p. 718 a 719\*;

----- *L'Universita e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1990, n.º 3, p. 755 a 768.

CASTILLO, Isabel-Cecilia del; *Propiedad intelectual, investigación y tesis doctorales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

CASTRO, Augusto Olímpio Vibriros de; *Tratado de Sciencia da Administração*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1906.

CAUPERS, João; *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 2009.

CAVALLO, Bruno; *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 111 a 135.

CELADOR Angón, Óscar; *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2001;

----- *El derecho de libertad de cátedra – Estudio legal y jurisprudencial*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2007;

----- *Libertad de Conciencia y Derecho a la Educación*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos-Políticos, n.º 17, 2008, p. 85 a 130.

CERDEIRA, Maria Luisa Machado; *O financiamento do Ensino Superior Português – A partilha de custos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2009\*.

CHANTEBOUT, Bernard; *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 1998.

CHEVALIER, Jacques, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 2008.

CHORÃO, Mário Bigotte; *Direito*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 289 a 324.

CHUECA Rodríguez, Ricardo; *La investigación científica como espacio iusfundamental de normación*, in CHUECA Rodríguez, Ricardo (org.); *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 12 a 34.

CLARO, João Martins; *O princípio da igualdade*, in MIRANDA, Jorge e SOUSA, Marcelo R. (org.); *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa 1986, p. 29 a 38;

----- *Intimação para um comportamento. O caso das gravuras do Côa. Anotação à sentença do Tribunal Administrativo do Círculo de Coimbra de 23/10/95*, in *Polis, Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos-Políticos, ano I/II, n.º 4/5, 1995, p. 261 a 287;

----- *Aspectos jurídicos do património cultural imaterial*, in *Museus e património imaterial*, Lisboa, Instituto Português dos Museus e da Conservação, 2009, p. 141 a 151\*;

----- *A Lei de Bases do Ambiente e as outras Leis de Bases*, in GOMES, Carla Amado e ANTUNES, Tiago (org.); *A Revisão da Lei de Bases do Ambiente*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, disponível na internet em [www.icjp.pt/publicacoes/1/732](http://www.icjp.pt/publicacoes/1/732), p. 71 a 80.

CLEMENTE, Manuel; *Incidência da Doutrina Social da Igreja nos Direitos Económicos e Sociais*, in RAMOS, Rui Moura (org.); *35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 57 a 64.

COELHO, Francisco M. Pereira; *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986, policopiado.

CONSTANT, Benjamin; *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Paris, Charpentier et Compagnie – Livraires et Éditeurs, 1874.

CONTAMINE, Philippe, DURAND, Yves, RAPP, Francis, e BÉRENGER, Jean; *História Geral da Europa*, vol. II, trad. portuguesa de Salema, Álvaro, Lisboa, Publicações Europa América, 1996\*.

CONTRERAS Casado, Manuel; *El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado autonómico*, in CHUECA Rodríguez, Ricardo (org.); *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Editorial Comares, 2012, p. 125 a 144.

COOPER, Robert; *Ordem e caos no século XXI*, trad. portuguesa de Carlos Braga, Lisboa, Editorial Presença, 2006\*.

CORDEIRO, António; *Património cultural*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 279 a 285\*.

CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 2000\*.

----- *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*, tomo III, Coimbra, Livraria Almedina, 2000.

CORDEIRO, Pedro; *Direito de Autor e Radiodifusão – Um Estudo sobre o Direito de Radiodifusão desde os primórdios até à Tecnologia Digital*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004\*.

CORREIA, José de Matos; *Notas para a história da Revisão Constitucional de 2001*, in *Polis – Revista de Estudos Jurídico Políticos*, Lisboa, Centro de Estudos Jurídicos-Políticos, n.º 9/12, 2003, p. 113 a 168.

CORREIA, José de Matos, PINTO, Ricardo Leite, e SEARA, Fernando Roboredo; *Ciência Política e Direito Constitucional – Teoria Geral do Estado, Formas de Governo, Eleições e Partidos Políticos*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo; *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, Editora Danúbio, 1982\*;

*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987\*;

----- *Direitos Fundamentais – Sumários*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.

CORREIA, Luís Brito; *Direito Comercial*, vol. II, *Sociedades Comerciais*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1989.

CORTÊS, António; *O princípio da dignidade humana em Kant*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 601 a 631.

COSSIO Díaz, José Ramón; *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COSTA, J. Almeida, e MELO, A. Sampaio e; *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto, Porto Editora, 1993.

COSTA, João Vasconcelos; *A Universidade no seu labirinto*, Lisboa, Caminho, 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida e MARCOS, Rui Manuel Figueiredo; *A reforma pombalina dos estudos jurídicos*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 75, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 67 a 98.

COSTA, Paulo Nogueira da; *Concorrência no Ensino Superior – Do paradigma constitucional da igual liberdade*, Lisboa, Edições Universidade Autónoma de Lisboa, 2005.

COTINO Hueso, Lorenzo; *El derecho a la educación como derecho fundamental – Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira; *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária – O caso das Universidades públicas*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004;

----- *Autonomia universitária, avaliação das Universidades e “política universitária” do Estado*, in HOMEM, António P. Barbas (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 85 a 95.

CRISAFULLI, Vezio; *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1956, vol. VI, p. 54 a 99.

CRUZ Llamazares Calzadilla, María; *La libertad de conciencia en el sistema educativo inglés*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CUCHE, Denys; *A noção de cultura nas ciências sociais*, trad. portuguesa de Gandra, Fernando, e Pereira, Miguel Serras, Lisboa, Fim de Século Edições, 2003.

CUNHA, Joaquim da Silva; *Direito Internacional Público – Introdução e Fontes*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

CUNHA, Paulo Ferreira da; *O procedimento administrativo – Estrutura*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987\*;

----- *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995\*.

DAHMS, Hellmuth Günther; *A Guerra Civil de Espanha – 1936-1939*, trad. portuguesa de Cardoso, Maria da Graça, Amadora, Editorial Ibis, 1964\*.

DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, e DINH, Nguyen Quoc; *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1999.

DELPÉRÉE, Francis; *Le médiateur parlementaire*, in ANDERSEN, Robert (org.); *Le médiateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 65 e ss.

DÍEZ Hochleitner, Ricardo, e POLANCO, Jesús de (org.); *Un futuro para el aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000\*.

DÍEZ Moreno, Fernando; *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis María; *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor – Navarra, Thomson/Civitas, 2008.

DIPPEL, Horst; *História do Constitucionalismo Moderno – Novas perspectivas*, trad. portuguesa de Hespanha, António, e Silva, Cristina Nogueira da, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.



DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, e PELLET, Alain; *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1999.

DOMINGUES, José Maurício; *A Sociologia de Talcott Parsons*, Coimbra / Rio de Janeiro, Imprensa da Universidade de Coimbra / Annablume Editora, 2012.

DOWLEY, Tim; *A História do Cristianismo*, trad. portuguesa de Guerra, Artur, e Rodriguez, Cristina, Lisboa, Bertrand Editora, 1995\*.

DWORKIN, Ronald; *Los derechos en serio*, trad. castelhana de Guastavino, Marta, Barcelona, Editorial Ariel, 2002.

DUARTE, Maria Luíza, CAMPOS, João Mota de, PORTO, Manuel Carlos Lopes, FERNANDES, António José, MEDEIROS, Eduardo Raposo de, e RIBEIRO, Manuel de Almeida; *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999\*.

DUGUIT, León; *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Acuña, José G., Granada, Editorial Comares, 2005.

DURAND Yves, RAPP Francis, BÉRENGER, Jean, e CONTAMINE Philippe; *História Geral da Europa*, vol. II, trad. portuguesa de Salema, Álvaro, Lisboa, Publicações Europa América, 1996\*.

DUVERGER, Maurice; *Sociologia da Política – Elementos de Ciência Política*, trad. portuguesa de Gonçalves, António, Coimbra, Livraria Almedina, 1983;

----- *Os Grandes Sistemas Políticos – Instituições Políticas e Direito Constitucional*, trad. portuguesa de Ruivo, Fernando, e Pinto, Fernando F., Coimbra, Livraria Almedina, 1985;

----- *A Europa dos cidadãos*, trad. portuguesa de Quintela, M.<sup>a</sup> do Rosário, Porto, Edições Asa, 1994;

----- *Europa – O Estado da União*, trad. portuguesa de Praça, Gonçalo, Lisboa, Editorial Notícias, 1995.

ELIPE Songel, Juan Antonio; *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Valencia, Editorial Nomos, 2003.

EMBED Irujo, Antonio; *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, Tecnos, 1983.

ENGLISH, Karl; *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. portuguesa de Machado, J. Baptista, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

ESPADA, João Carlos; *Direitos sociais de cidadania – Uma crítica a Friedrich A. Hayek e Raymond Plant*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1997\*.

EXPÓSITO, Enriqueta; *La libertad de cátedra*, Madrid, Tecnos, 1995.

FABIO, Elisabetta; *La tutela e i limiti della libertà di ricerca scientifica in Italia*, Milano, Università degli studi di Milano, 2010.

FALLER, Hans Joachim; *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la Republica Federal de Alemania*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 3, n.º 7, 1983, p. 13 a 70.

FERNANDES, António José, CAMPOS, João Mota de, PORTO, Manuel Carlos Lopes, MEDEIROS, Eduardo Raposo de, RIBEIRO, Manuel de Almeida, e DUARTE, Maria Luíza; *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999\*.

FERNANDES, Luís de Carvalho; *Pessoa colectiva*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 337 a 368.

FERNÁNDEZ, Alfred; *La educación como derecho cultural*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Universidad de Navarra – Facultad de Derecho, n.º 50, 2004, p. 259 a 276.

FERNÁNDEZ Segado, Francisco; *Las Constituciones Historicas Españolas – Un análisis histórico-jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1992\*.

FERREIRA, Eduardo André Folque; *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2001, p. 229 a 285.

FICHTE, Johann Gottlieb; *Los caracteres de la Edad Contemporánea*, trad. castelhana de Gaos, José, Madrid, Revista de Occidente, 1934.

----- *Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*, in FICHTE, Johann G. (org.), *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, trad. castelhana de Oncina Coves, Faustino, Madrid, Tecnos, 1986, p. 1 a 48.

FOLGADO Blanco, José; *Modalidades de financiación educativa – Palabras introductorias*, in POLANCO, Jesús de, e DÍEZ Hochleitner, Ricardo; *Un futuro para la aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000, p. 171 a 177.

FORSTHOFF, Ernst; *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. francesa de Fromont, Michel, Bruxelles, Bruylant, 1969;

----- *Stato di Diritto in trasformazione*, trad. italiana de Amirante, Carlo, e Riegert, L., Milano, Giufreè Editore, 1973;

----- *El estado de la sociedad industrial – El modelo de la República Federal de Alemania*, trad. castelhana de López Guerra, Luis, e Nicolás Muñiz, Jaime, Madrid, Instituto de Estudios Políticos / Civitas, 1975;

----- *Problemas constitucionales del Estado Social*, trad. castelhana de Puente Egido, José, in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst, e DOEHRING, Karl (org.); *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 43 a 67;

----- *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*, *idem*, p. 69 a 106.

FOUCAULT, Michel; *Nascimento da Biopolítica*, trad. potuguesa de Mações, Bruno, e Duarte, Pedro Elói, Lisboa, Edições 70, 2010.

FRANCO, António de Sousa; *Noções de Direito da Economia*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1982/1983;

----- *Para uma fundamentação da liberdade de ensino*, in *Direito e Justiça*, vol. IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1989/1990, p. 59 a 92;

----- *Liberdades de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais*, in *Nova Cidadania*, Cascais, Principia, n.º 7, 2001, p. 31 a 52\*;

FUKUYAMA, Francis; *O fim da História e o último Homem*, trad. portuguesa de Alves, Pedro, e Goes, Maria, Lisboa, Gradiva, 1999;

----- *A Construção de Estados – Governação e Ordem Mundial no século XXI*, trad. portuguesa de Gonçalves, F. J. Azevedo, Lisboa, Gradiva, 2006.

GALBRAITH, John Kenneth; *O novo Estado industrial*, trad. portuguesa de Curado, Ana Paula, Lisboa, Publicações Europa-América, 1989;

----- *El crash de 1929*, trad. castelhana de Abad, Ángel, Barcelona, Editorial Ariel, 2008.

GALLI, Carlo; *Joseph de Maistre: commento del pensiero*, disponível na internet em [www.filosofico.net/demaistre2.htm](http://www.filosofico.net/demaistre2.htm).

GARCÍA de Enterría, Eduardo; *El Derecho Constitucional como Derecho*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 15, 1982, p. 7 a 20\*.

GARCÍA-PELAYO, Manuel; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1996.

GARROBENA Morales, Ángel; *Una primera lección de Derecho Constitucional: La formación de la idea de Constitución*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 113 a 140.

GAUDEMMENT, Yves, LAUBADÈRE, André de, e VENEZIA, Jean-Claude; *Traité de Droit Administratif*, tome I, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

GAVARA de Cara, Juan Carlos; *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo – La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GIANNINI, Massimo Severo; *I beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, n.º 1, p. 3 a 38.

GICQUEL, Jean, e AVRIL, Pierre; *Droit parlementaire*, Paris, Editions Montchrestien, 1996.

GILISSEN, John; *Introdução Histórica ao Direito*, trad. portuguesa de Hespanha, António M., e Malheiros, L. M. Macaísta, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GOMES, Carla Amado; *Estado e integração económica: Subsídios para uma reflexão sobre o conceito de soberania*, Brasília, 1998, disponível na internet em [www.esaf.fazenda.gov.br/parcerias/ue/cedoc-ue/monografias-1998/modulo-A/APONTAMENTOS.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/parcerias/ue/cedoc-ue/monografias-1998/modulo-A/APONTAMENTOS.pdf);

----- *Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior*, in HOMEM, António P. Barbas (org.); *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 45 a 83.

GOMEZ Orfel, German; *Derecho a la educación y libertad de enseñanza – Naturaleza y contenido*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 3, n.º 7, 1983, p. 411 a 425.

GÓMEZ Otero, Carlos; *Manual de supervivencia para la organización y gestión de un holding universitario*, in ROMERO Burillo Ana M.<sup>a</sup>, e CARO Muñoz, Ana I. (org.); *La gestión y organización de la ciencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 103 a 173.

GÓMEZ del Prado, José L.; *El derecho a la educación y la educación de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas*, in SUÁREZ Pertierra, Gustavo, e CONTRERAS Mazario, José Maria; *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 79 a 117.

GONÇALVES, Augusto da Penha; *Direitos Reais*, Lisboa, Universidade Lusíada, s/d.

GONÇALVES, M.<sup>a</sup> Eduarda, SANTOS, António Carlos dos, e MARQUES, M.<sup>a</sup> Manuel Leitão; *Direito Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998\*.

GONZÁLEZ Moreno, Beatriz; *El Estado social – Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002;

----- *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003.

GONZÁLEZ Sánchez, Carlos; *El principio de la solidaridad en la Constitución Española – Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano*, Salamanca, Ratio Legis, 2012.

GONZALEZ Lopez, María José; *La incidencia de la función financeira en las políticas universitarias*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004\*.

GOUVEIA, Jorge Bacelar; *Objecção de consciência (Direito fundamental à)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 165 a 191;

----- *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, Aequitas – Editorial Notícias, 1995;

----- *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in *Ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 925 a 963;

----- *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2001, p. 450 a 472;

----- *Manual de Direito Internacional Público – Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004;

----- *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2005;

----- *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 2005;

----- *Procedimento legislativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, p. 595 a 618.

GOUVEIA, Rodrigo; *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2001.

GUARDINI, Romano; *O fim da Idade Moderna – Em procura de uma orientação*, trad. portuguesa de M. S. Lourenço, Lisboa, Edições 70, 2000.

GUEDES, Armando Marques; *Ideologias e sistemas políticos*, Lisboa, Instituto de Altos Estudos Militares, 1984\*;

----- *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1985, policopiado.

GOYARD-FABRE, Simone; *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*, trad. portuguesa de Paternot, Irene A., São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1999\*.

GRIMM, Dieter; *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. castelhana de Sanz Burgos, Raúl, e Muñoz de Baena Simón, José Luis, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

HÄBERLE, Peter; *Le liberta fondamentali nello stato costituzionale*, trad. italiana de Fusillo, Alessandro, e Rossi, Romulo, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994.

----- *Retos actuales del Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Arzoz Santiesteban, Xabier, Victoria–Gasteiz, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

----- *Libertad, igualdad, fraternidad – 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. castelhana de López Pina, António, e Gutiérrez G., Ignacio, Madrid, Trotta, 1998;

----- *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, trad. castelhana de Ruiz Miguel, Carlos, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 18, n.º 54, 1998, p. 11 a 38;

----- *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. castelhana de Mikunda, Emilio, Madrid, Tecnos, 2000;

----- *La Constitución como cultura*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, trad. castelhana de Francisco Fernández Segado, n.º 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 177 a 198;

----- *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales – Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, trad. castelhana de Brage Camazano, Joaquín, Madrid, Dykinson, 2003;

----- *El Estado Constitucional*, trad. castelhana de Fix-Fierro, Héctor, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003;

----- *Cultura dei diritti e diritto della cultura nelli spazio costituzionale europeo*, trad. italiana de Pirozzi, Luca, Milano, Giuffrè Editore, 2003;

----- *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, trad. castelhana de Oehling de los Reyes, Alberto, Madrid, Dykinson, 2012.

HABERMAS, Jürgen; *Mudança estrutural da esfera pública – Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, trad. portuguesa de Kothe, Flávio R., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003;

----- *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*, in HABERMAS, Jürgen (org.); *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, trad. portuguesa de Toldy, Marian, e Toldy, Teresa, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 27 a 57.

HAFSTEIN, Valdimar Tr.; *Recognizing Intangible Cultural Heritage*, Tallinn, 2007, disponível na internet em [www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00195-EN.pdf](http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00195-EN.pdf).

HALL, John A., e IKENBERRY, G. John; *El Estado*, trad. castelhana de Alborés Rey, Jesús, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

HARVEY, Edwin R.; *Derechos culturales*, UNESCO, 1995, disponível na internet em [www.educ.ar](http://www.educ.ar)

HEIDEGGER, Martin; *A origem da obra de arte*, trad. portuguesa de Costa, M.<sup>a</sup> da Conceição, e Mourão, Artur, Lisboa, Edições 70, 2012.

HERMES, Georg; *Staatliche Infrastrukturverantwortung – Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1998.

HESPANHA, António M.; *As vésperas do Leviathan – Instituições e poder político – Portugal – séc. XVII*, Coimbra, Livraria Almedina, 1994.

----- *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, Publicações Europa América, 1998.

----- *O debate acerca do Estado moderno*, Lisboa, Working Papers da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 1/1999, disponível na internet em [www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/182.pdf](http://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/182.pdf).

----- *Guiando a Mão Invisível – Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

HEYDE, Wolfgang, BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, e HESSE Konrad, (org.); *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de López de Pina, Antonio, Madrid, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, 1996\*.

HAYEK, Friedrich; *O Caminho para a Servidão*, trad. portuguesa de Amaral, Marcelino, Lisboa, Edições 70, 2009.

HELLER, Herman; *Teoría del Estado*, trad. castelhana de José Luís Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2004.

HERDER, Johann Gottfried von; *Filosofía de la Historia – Para la educación de la humanidad*, trad. castelhana de Tabernig, Elsa, Madrid, Ediciones Espuela de Plata, 2007.

HESSE, Konrad, *Concepto y cualidad de la Constitución*, in HESSE, Konrad (org.), *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 1 a 31;

----- *La interpretación constitucional*, *idem*, p. 33 a 57.

HESSE, Konrad, BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, e HEYDE, Wolfgang (org.); *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de López de Pina, Antonio, Madrid, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, 1996\*.

HOBBS, Thomas; *Leviathan ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, trad. portuguesa de Monteiro, João Paulo, e Silva, M. Beatriz Nizza da, disponível na internet em [www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)

HOBSBAWM, Eric; *Age Of Revolution – 1789-1848*, New York, Vintage Books, 1996.

HODDER-WILLIAMS, Richard, e SHELL, Donald (org.); *Churchill to Major – The British Prime Ministership since 1945*, London, Hurst & Company, 1995\*.

HOMEM, António Pedro Barbas; *Fontes de Direito da Educação na União Europeia*, in HOMEM, António P. Barbas (org.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 25 a 40;

----- *Sobre a competência legislativa do Governo no domínio estatutário dos docentes do ensino superior*, disponível na internet em [www.snesup.pt/htmls/EkykZAKEEEigaykFem.shtml](http://www.snesup.pt/htmls/EkykZAKEEEigaykFem.shtml).

HUBER, Ernst Rudolf; *Zur Problematik des Kulturstaats*, in HÄBERLE, Peter (org.); *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, p. 122 a 145.

HUMBOLDT, Wilhelm von; *Sobre la organización interna y externa de los establecimientos superiores en Berlín*, in *Escritos políticos*, trad. castelhana de Roce, Wenceslao, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 165 a 175\*;

----- *Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*, trad. castelhana de Agud, Ana, Madrid, Anthropos, 1990.

HUSTER, Stefan; *La cultura en el Estado constitucional*, in HUSTER, Stefan, PAU, Antonio, e ROCA, MARÍA J., *Estado y cultura*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

IKENBERRY, G. John, e HALL, John A.; *El Estado*, trad. castelhana de Alborés Rey, Jesús, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

IRELLI, Vincenzo Cerulli; *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 135 a 175.

JAQUENOD de Zsögön, Silvia; *Derecho ambiental – Património natural y cultural – Más allá de su conservación*, Madrid, Dykinson, 2012.

JELLINEK, Georg; *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr Verlag, 1905;

----- *Teoría General del Estado*, trad. castelhana de Ríos, Fernando de los, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000;

----- *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. castelhana de Posada, Adolfo, Granada, Editorial Comares, 2009.



KANT, Immanuel; *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. portuguesa de Soromenho-Marques, Viriato, e Quintela, Paulo, Porto, Porto Editora, 1995;

----- *Crítica da razão pura*, trad. portuguesa de Santos, Manuela Pinto dos, e Morujão, Alexandre Fradique, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001;

----- *Metafísica dos Costumes*, parte I, *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, trad. portuguesa de Morão, Artur, Lisboa, Edições 70, 2004;

----- *Metafísica dos Costumes*, parte II, *Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, trad. portuguesa de Morão, Artur, Lisboa, Edições 70, 2004.

KEESING, Roger M.; *Teorías de la cultura*, trad. castelhana de Velasco, Honorio, in VELASCO, Honorio (org.); *Lecturas de antropología social y cultural – La cultura y las culturas*, in *Cuadernos de la UNED*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995, p. 51 a 82.

KELSEN, Hans; *Teoria Pura do Direito*, trad. portuguesa de Machado, João Baptista, Coimbra, Arménio Amado Editora, 1984;

----- *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. portuguesa de Borges, Luís Carlos, São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1995.

KEYNES, John Maynard; *O fim do laissez-faire*, in *A grande crise e outros textos*, trad. portuguesa de Manuel Resende, Lisboa, Relógio d'Água, p. 95 a 117;

----- *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, trad. portuguesa de Manuel Resende, Lisboa, Relógio d'Água, 2010.

KRÜGER, Hartmut, *La libertad de cátedra en Alemania*, trad. castelhana de Vidal Prado, Carlos, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 45, 1999, p. 149 a 176.

KYMLICKA, Will; *Estados, naciones y culturas*, trad. castellana de Mora, Juan Jesús, Córdoba, Almuzara, 2004.

LAMEGO, José; *Sociedade aberta e liberdade de consciência – O direito fundamental de liberdade de consciência*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1985;

----- *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1990;

----- *O essencial sobre a filosofia do Direito do idealismo alemão*, Coimbra, Wolters kluver/coimbra Editora, 2011.

LARENZ, Karl; *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de Lamego, José, e Freitas, Ana de, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand; *Qué es una Constitución?*, trad. castelhana de Aja, Eliseo, e Roces, Wenceslao, Barcelona, Editorial Ariel, 2002.

LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude, e GAUDEMMENT, Yves; *Traité de Droit Administratif*, tome I, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

LAUBADÈRE André de, e VENEZIA, Jean-Claude; *Traité de Droit administratif*, tome III, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

LEAL, António da Silva; *O direito à segurança social*, in MIRANDA, J. (org.); *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 335 a 372\*.

LEBRUN, François, e CARPENTIER, Jean, (org.); *Histoire de l'Europe*, Paris, Éditions du Seuil, 1992\*.

LEONARDO, António José Fontoura; *O Instituto de Coimbra e a evolução da Física e da Química em Portugal de 1852 a 1952*, disponível na internet em [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/16388/3/Tese\\_Doutoramento\\_Jos%c3%a9%20Leonardo.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/16388/3/Tese_Doutoramento_Jos%c3%a9%20Leonardo.pdf);

----- *Breve História das Academias Científicas*, disponível na internet em <http://dererummundi.blogspot.pt/2007/07/breve-histria-das-academias-cientificas.html>.

LLAMAZARES Fernández, Dionisio; *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, *Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Madrid, Thomson/Civitas, 2007.

LLOPIS Carrasco, Ricardo Miguel; *Constitución Europea: un concepto prematuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000\*.

LOCKE, John; *Dois Tratados do Governo Civil – Segundo Tratado*, trad. portuguesa de Morgado, Miguel, Lisboa, Edições 70, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, trad. castelhana de Hernández, Leonor, disponível na internet em, <http://pt.scribd.com/doc/58663478/Teoria-de-La-Constitucion-karl-Loewenstein>.

LOPES, José Joaquim Almeida; *Direito Eclesiástico português do século XXI*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 5, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, p. 143 a 213.

LOSANO, Mario Giuseppe; *La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina*, in LOSANO, Mario Giuseppe (org.); *Solidariedad y derechos humanos en tempos de crisis*, in *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, n.º 50, Madrid, Dykinson, 2011, p. 15 a 36;

----- *Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de los derechos fundamentales económicos*, trad. castelhana de Alix, Luis Lloredo, *idem*, p. 37 a 65.

LOUREIRO, João; *O direito à identidade genética do ser humano*, in *Portugal – Brasil. Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 263 a 389;

----- *Desafios de Témis, Trabalhos dos Homens - Constitucionalismo, Constituição Mundial e “Sociedade de Risco”*, in *Nação e Defesa*, Lisboa, Instituto da Defesa Nacional, n.º 97, 2.ª série, 2001, p. 43 a 59;

----- *Estatuto do embrião*, in ARCHER, Luís, BISCAIA, Jorge, OSSWALD, Walter, e REANUD, Michel (org.), *Novos desafios à bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 110 a 121;

----- *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência – Algumas questões juspublicísticas*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 797 a 891;

----- *Adeus ao Estado social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010;

----- *Liberdade de ensino, pluralismo e democracia – Nótula sobre alguns aspectos jurídico-constitucionais das alterações ao quadro legislativo relativo aos contratos de associação*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Lisboa, vol. II, Coimbra Editora, 2012, p. 81 a 92.

LOZANO, Blanca; *La libertad de Cátedra*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

LUCAS Verdú, Pablo; *El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia n.º 13, 1982, p. 7 a 52\*;

----- *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1998.

LUMBRALES, João; *História do pensamento económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988\*.

LUXEMBURG, Rosa; *A crise da Social-Democracia*, trad. portuguesa de Nogueira, M.ª Julieta, e Silva, Silvério Cardoso da, Lisboa, Editorial Presença, 1975\*.

MACEDO, Jorge Braga de; *Princípios gerais da organização económica*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 189 a 205\*.

MACHADO, João Baptista; *Participação e descentralização*, Coimbra, Livraria Almedina, 1978;

----- *A Hipótese Neocorporativa*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Livraria Almedina, ano XXIX, 1987, p. 3 a 19.

----- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

MACHADO, Jónatas; *Povo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, Coimbra Editora, vol. VI, 1994, p. 419 a 447;

----- *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – Dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

MACHADO, Jónatas, e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa*, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1995, p. 11 a 38;

----- *O estatuto jurídico da Universidade Católica Portuguesa – Para uma compreensão republicana do direito ao ensino*, in FERREIRA, Eduardo Paz, CANOTILHO, J. J. Gomes, MESQUITA, Mário, TELLES, Miguel Galvão, AMBRÓSIO, Teresa, e CAMOTIM, Xencora (org.); *Francisco Salgado Zenha – Liber Amicorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 369 a 444.

MACHETE, Pedro; *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1995\*;

MACHETE, Rui Chancerelle de; *Ratificação de decretos-lei organicamente inconstitucionais*, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 281 a 290;

----- *Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Livraria Almedina, ano XXVIII, 1988, p. 337 a 371;

----- *As perspectivas científicas modernas sobre o poder político*, in *Estudos de Direito Público e de Ciência Política*, Lisboa, Fundação Oliveira Martins, 1991, p. 655 a 678;

----- *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 173 a 187\*.

MAGALHÃES, António M.; *Os modelos emergentes de regulação política e a governação do Ensino Superior na Europa*, in TEODORO, António (org.); *A Educação Superior no Espaço Ibero-americano – Do elitismo à transnacionalização*, Lisboa, C.E.I.E.F. – Centro de Estudos em Educação e Formação, 2010, p. 37 a 63.

MAIHOFER, Werner, BENDA, Ernst, VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad, e HEYDE, Wolfgang (org.); *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de López de Pina, Antonio, Madrid, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, 1996\*.

MAISTRE, Joseph de; *Considerações sobre a França*, trad. portuguesa de Fonseca, Rita Sacadura, Coimbra, Livraria Almedina, 2010\*.

MALLERAI, Bernard Tissier de; *Marcel Lefebvre: Une vie*, Suresnes, Editions Clovis, 2002.

MANETTI, Michaela; *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 1994.

MANIN, Philippe; *Les Communautés Europeennes et l'Union Européenne*, Paris, Pedone, 1997\*.

MARIÑO Menéndez, Fernando M.; *Derecho Internacional Público – Parte General*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

MARCOS, Rui Manuel Figueiredo e COSTA, Mário Júlio de Almeida; *A reforma pombalina dos estudos jurídicos*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 75, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 67 a 98.

MARQUES, António Henrique de Oliveira; *História de Portugal*, vol. III, *Das revoluções liberais aos nossos dias*, Lisboa, Palas Editores, 1986\*.

MARQUES, M.<sup>a</sup> Manuel Leitão, SANTOS, António Carlos dos, e GONÇALVES, M.<sup>a</sup> Eduarda; *Direito Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998\*.

MARTINES, Temistocle; *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1994.

MARTÍNEZ Blanco, Antonio, *La secularización de la enseñanza*, Madrid, Tecnos, 1999.

MARTÍNEZ de Pisón, José; *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, in *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, n.º 27, Madrid, Dykinson, 2003.

MARTÍNEZ López-Muñiz, José Luis; *La educación en la Constitución española – Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Universidad de Navarra – Facultad de Derecho, n.º 6, 1979, p. 215 a 298;

----- *El esclarecimiento de la “Constitución educativa”. Un determinante primer paso*, in *Persona y Derecho*, n.º 55, 2006, p. 793 a 816.

MARTÍNEZ, Pedro Soares; *Manual de Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985\*.

MARTINS, Afonso D’Oliveira; *Para uma teoria dos adquiridos constitucionais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 1049 a 1072;

----- *Constituição e Educação – Uma análise crítica*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 155 a 166.

MARTINS, Guilherme D’Oliveira; *Constituição Económica – Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1983/1984;

----- *Constituição Financeira – Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*, vol. II, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984/1985;

----- *Finanças Públicas*, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008/2009, policopiado.

MARTINS, Maria D’Oliveira; *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007\*.

MARX, Karl Heinrich; *Das Kapital – Kritik der politischen Oekonomie*, Hamburg, Verlag Otto von Meissner, 1867\*.

MASTROPASQUA, Salvatore; *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1980.

MATOS, André Salgado de; *O direito ao ensino – Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 395 a 470.

MAYER, Otto; *Deutschen Verwaltungsrecht*, vol. I, Berlin, Duncker und Humblot Verlag, 1924.

MEALE, Guido; *Pincipi di Diritto Regionale*, Bari, Cacucci Editore, 1991\*.

MEDEIROS, Eduardo Raposo de, CAMPOS, João Mota de, PORTO, Manuel Carlos Lopes, FERNANDES, António José, RIBEIRO, Manuel de Almeida, e DUARTE, Maria Luíza; *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999\*.

MEDEIROS, RUI, e MIRANDA, Jorge; *Constituição da República Portuguesa* anotada, tomo I, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

MELO, António Barbosa de; *Democracia e Utopia – Reflexões*, Porto, 1980;  
----- *As garantias administrativas na Dinamarca e o princípio do arquivo aberto*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVII, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, separata.

MELO, A. Sampaio, e COSTA, J. Almeida e; *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto, Porto Editora, 1993.

MENDES, João de Castro; *Direitos, liberdades e garantias – Alguns aspectos gerais*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 93 a 117;

----- *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984;

----- *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1978;

----- *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1979.

MERLINI, Stefano; *La Promozione della Cultura e della Scienza nella Costituzione Italiana*, in SANTIELLO, Giuseppe (org.); *Tratatto do Diritto Amministrativo*, vol. XXII – *Libertà Costituzionale e limiti amministrativi*, Padova, Cedam, 1990, p. 379 a 417.

MERLONI, Francesco; *Ricerca scientifica – Organizzazione e attività*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 393 a 410.

MERUSI, Fabio; *Commento sull'articolo 9.º*, in BRANCA, Giuseppe, e PIZZORUSSO, Alessandro (org.), *Commentario della Costituzione*, vol. I, *Principi fondamentali*, Roma, Il Foro Italiano, 1975.

MESNARD, André-Hubert; *L'action culturelle des pouvoirs publics*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1969;  
----- *Droit et politique de la culture*, Paris, Press Universitaire de France, 1990.

MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro; *Resistência (direito de)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 1998, p. 425 a 437.

MILZA, Pierre, e BERSTEIN, Serge; *História do Século XIX*, trad. portuguesa de Segurado, M.ª Georgina, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997.

MINTEGUIA Arregui, Igor; *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Dykinson, 2006.

MIRANDA, Jorge; *Sobre a noção de Povo em Direito Constitucional*, in AA.VV., *Estudos de Direito Público em honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Edições Ática, 1973, p. 201 e ss.;

----- *A sistematização da Constituição*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 9 a 15;

----- *O Preâmbulo da Constituição*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 17 a 25;

----- *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura e princípios fundamentais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1978;

----- *As associações públicas no Direito português*, Lisboa, Cognition, 1985;

----- *Direitos fundamentais – Liberdade religiosa e liberdade de aprender e ensinar*, in *Direito e Justiça*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1987/1988, p. 39 a 54;

----- *Sobre a participação democrática no ensino*, in *O Direito*, Lisboa, Associação promotora de *O Direito*, ano 138.º, 1991, vol. II-III, p. 487 a 494;

----- *Funções do Estado*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa, Coimbra Editora, 1991, p. 416 a 429\*;

----- *A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição da República Portuguesa – Um fenómeno de conjugação de Direito Internacional e de Direito Constitucional*, s/d (mas 1993), disponível na internet em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/24.pdf>, p. 499 a 521;

----- *A Constituição e os direitos de autor*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, tomo I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994, p. 47 a 56;

----- *Direito Internacional Público I*, Lisboa, 1991, policopiado;

----- *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, *Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011;

- *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, *Estrutura Constitucional do Estado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluver/Coimbra Editora, 2012;
- *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, *Actividade Constitucional do Estado*, Coimbra, Wolters Kluver/Coimbra Editora, 2010;
- *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;
- *Manual de Direito Constitucional*, tomo VII, *Estrutura Constitucional da Democracia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- *O património cultural e a Constituição – Tópicos*, in MIRANDA, Jorge, CLARO, João Martins, e ALMEIDA, Marta Tavares de (org.); *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração Pública, 1996;
- *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*, in *O Direito*, Lisboa, Juridireito – Edições Jurídicas, 2006, ano 138, vol. IV, separata;
- *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*, in *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Estoril, Principia, 2006, p. 469 a 481.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, RUI; *Constituição da República Portuguesa* anotada, tomo I, Coimbra, Wolters Kluver/Coimbra Editora, 2010.

MONCADA, Luís Cabral de; *Filosofia do Direito e do Estado – Parte Histórica*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1955;

----- *Filosofia do Direito e do Estado – Doutrina e crítica*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1965.

MONEREO Pérez, José Luís, e CALVO González, José; *La Teoría Jurídica de León Duguit* estudo preliminar à edição castelhana de DUGUIT, León; *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Acuña, José G., Granada, Editorial Comares, 2005.

MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Carlos Alberto da Mota, e PINTO, Paulo Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de la Brède et de; *Do Espírito das Leis*, trad. portuguesa de Morgado, Miguel, Lisboa, Edições 70, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de; *As metamorfoses do semipresidencialismo português* in *Revista Jurídica*, Lisboa, Nova série, n.º 22, 1998, p. 141 a 159\*;

----- *Direito Constitucional II – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, Suplemento, 2001;

----- *Direito Constitucional II – Sumários desenvolvidos*, Lisboa, A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.



MORAIS, Isaltino, ALMEIDA, José Mário Ferreira de, e PINTO, Ricardo Leite; *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983;

----- *O sistema de governo semi-presidencial – O caso português*, Lisboa, Editorial Notícias, 1984.

MOREIRA, Adriano; *Nação*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, Lisboa, Verbo Editora, 1986, col. 493 a 503;

----- *Ocidente*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, Lisboa, Verbo Editora, 1986, col. 805 a 812.

----- *Ciência Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989;

----- *O pensamento político de Martin Lutero*, in *O Portal da História – Teoria Política*, disponível na internet em [www.arqnet.pt/portal/teoria/lutero\\_amoreira.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/lutero_amoreira.html).

MOREIRA, Isabel; *A solução dos direitos liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007.

MOREIRA, Vital; *Economia e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974\*.

---- *A ordem jurídica do capitalismo*, Lisboa, Caminho, 1987.

----- *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997;

----- *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

----- *Constituição e Direito Administrativo – A “Constituição Administrativa” Portuguesa*, in *Ab Vno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora. 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 1141 a 1166.

MOREIRA, Vital, e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

----- *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

----- *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MOURGEON, Jacques; *Os direitos do homem*, trad. portuguesa de Ribeiro, Ângelo d’Almeida, e Alves, M.<sup>a</sup> Helena Martins, Lisboa, Publicações Europa-América, 1982.

MOZOS Touya, Isabel de los; *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1995.

MÜNCH, Ingo von; *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Muñiz, Jaime Nicolas, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2, n.º 5, 1982, p. 9 a 33.

MUÑOZ Arnau, Juan Andrés; *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

MURA, Alberto; *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in AMATO, Giuliano, e BARBERA, Augusto (org.); *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 887 a 900.

MUSSO, Enrico Spagna; *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, Morano Editore, 1961.

----- *Corso de Diritto Regionale*, Padova, Cedam, 1987\*.

NABAIS, José Casalta; *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, separata;

----- *Considerações sobre a autonomia financeira das Universidades portuguesas*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Ferrer-Correia*, vol. III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1991, p. 329 a 395;

----- *A autonomia local*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1993, p. 107 a 214;

----- *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

NETO, João Pereira; *Povo*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, Lisboa, Verbo Editora, 1986, col. 1440 a 1445.

NEVES, António Castanheira; *A Revolução e o Direito – A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, ano 36, 1976, p. 23 a 416;

----- *A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1993, p. 393 a 447.

NIGRO, Mario; *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica – Profili organizzativi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 1972, p. 740 a 802.

NORDHAUS, William Dawbney, e SAMUELSON, Paul ANTHONY; *Economia*, trad. portuguesa de Godinho, Manuel Mira, Lisboa, McGraw-Hill, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis; *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987;

----- *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República – Simultaneamente um comentário ao acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Lex, 1997\*;

----- *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

----- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

----- *Direitos como triunfos contra a maioria*, in NOVAIS, J. Reis; *Direitos fundamentais – Triunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 17 a 67;

----- *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

OLAVO, Carlos; *Propriedade Industrial – Noções Fundamentais*, Lisboa, 1987, policopiado.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984.

ORTEGA y Gasset, José; *Misión de la Universidad*, in ORTEGA y Gasset, José (org.); *Misión de la Universidad – Kant – La deshumanización del arte*, Madrid, Revista de Occidente, 1936, p. 11 a 79;

----- *La rebelión de las masas*, Madrid, Espasa Libros, 2011.

OTERO, Paulo; *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas inconstitucionais?*, in *O Direito*, Lisboa, Associação promotora de *O Direito*, ano 122.º, 1990, vol. III-IV, p. 603 a 619;

----- *Institutos públicos*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, Coimbra Editora, 1994, p. 250 a 274;

----- *O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, vol. II, Lisboa, Lex, 1995;

----- *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999;

----- *Direito da Vida – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004;

----- *Instituições políticas e Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2007;

----- *Direito Constitucional Português*, vol. I, *Identidade Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010;

----- *Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional*, in RAMOS, Rui Moura (org.); *35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 37 a 55.

OTTO y Pardo, Ignacio de; *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades – La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, in MARTÍN-RETORTILLO, Luis, e OTTO y Pardo, I. de (org.); *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.

PALADIN, Livio; *Diritto Regionale*, Padova, Cedam, 1985\*.

PARADA Vázquez, José Ramón; *Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 1994.

PARASKEVA, João M., *Privatização dos benefícios e socialização dos custos – Dos cheques-ensino ao homeschooling*, in PARASKEVA, João M., e AU, Wayne (org.); *O direito à escolha em educação – Cheques-ensino, projectos charter e o ensino doméstico*, Lisboa, Edições Pedagogo, 2010, p. 17 a 53.

PAREJO Alfonso, Luciano; *La autonomía de las universidades*, in AA. VV., *Aspectos administrativos del derecho a la educación – Especial consideración de las universidades públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 291 a 331.

PARSONS, Talcott, e SMELSER, Neil J.; *Economy and Society*, New York, Routledge, 2010.

PASTOR Ridruejo, José Antonio; *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1996.

PATRÍCIO, José Simões; *Introdução ao Direito Económico*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1982\*.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio; *Los deberes fundamentales*, in *Estado & Direito – Revista semestral luso-espanhola de direito público*, Lisboa, n.º 1, 1987/1988, p. 9 a 24.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio, con la colaboración de ASÍS Roig, Rafael de, e BARRANCO Avilés, María del Carmen; *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

PELLET, Alain, DINH, Nguyen Quoc, e DAILLIER, Patrick; *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1999.

PEREIRA, Alexandre Dias; *Da obra multimédia como objecto de propriedade intelectual: arte digital, programas de computador e bases de dados electrónicas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 435 a 470;

----- *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2008\*.

PEREIRA, André Gonçalves, e QUADROS, Fausto de; *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

PIÇARRA, Nuno; *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – Contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989;

*A separação de poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos*, in MIRANDA, Jorge, e SOUSA, Marcelo R., *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, p. 143 a 174\*;

----- *A reserva de administração*, in *O Direito*, Lisboa, Associação promotora de *O Direito*, ano 122.º, 1990, vol. II, p. 325 a 353, e vol. III-IV, p. 571 a 601\*.

PIEROTH, Bodo, e SCHLINK, Bernard; *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, trad. portuguesa de Franco, António, e Sousa, António Francisco de, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008.

PINTO, Basílio Alberto de Souza; *Direito Público Constitucional*, Coimbra, Lições ao ano de 1838/1839, policopiado.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Direitos Reais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1971.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz; *Contributos para uma perspectiva histórica do Direito do património cultural em Portugal*, in MIRANDA, Jorge, CLARO, João Martins, e ALMEIDA, Marta Tavares de (org.); *Direito do Património Cultural*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração Pública, 1996, p. 227 a 151.

PINTO, Mário; *Da integração do ensino privado no sistema nacional de ensino, em Portugal*, in *Nova Cidadania*, Cascais, Principia, n.º 7, 2001, p. 8 a 30\*;

----- *Liberdades de aprender e de ensinar*, Lisboa, Quetzal Editores, 2003;

----- *Sobre os direitos fundamentais de educação – Crítica ao monopólio da rede escolar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008.

PINTO, Paulo Mota, PINTO, Carlos Alberto da Mota, e MONTEIRO, António Pinto; *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Ricardo Leite; *Democracia Pluralista Consensual*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, ano 44, 1984, págs. 263 a 303;

----- *Liberdade de imprensa e vida privada, idem*, ano 54, 1994, p. 27 a 147;

----- *Algumas hipóteses sobre a “República” e o “Republicanismo” no constitucionalismo português*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 193 a 233;

----- *Elogio da Constituição mínima*, in *Pessimismo Democrático*, Lisboa, Livros Horizonte, 2002, p. 60 a 62.

PINTO, Ricardo Leite, MORAIS, Isaltino, ALMEIDA, e José Mário Ferreira de; *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983;

----- *O sistema de governo semi-presidencial – O caso português*, Lisboa, Editorial Notícias, 1984.

PINTO, Ricardo Leite, CORREIA, José de Matos, SEARA, e Fernando Roboredo; *Ciência Política e Direito Constitucional – Teoria Geral do Estado, Formas de Governo, Eleições e Partidos Políticos*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2009.

PIRES, Francisco Lucas; *O problema da Constituição*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, 1970, p. 327 a 419;

----- *Teoria da Constituição de 1976 – A transição dualista*, Coimbra, edição de autor, 1988;

----- *O que é Europa*, Lisboa, Difusão cultural, 1992;

----- *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 167 a 175;

----- *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997;

----- *Introdução à Ciência Política*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998;

----- *Amesterdão – Do Mercado à Sociedade Europeia?*, Cascais, Principia, 1998\*.

PIRES, Maria Laura Bettencourt; *Teorias da Cultura*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro; *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, Il Foro Italiano, 1981.

POLANCO, Jesús de, e DIÉZ Hochleitner, Ricardo (org.); *Un futuro para el aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000.

POPPER, Karl Raimund; *Conhecimento e formação da realidade: a busca de um mundo melhor*, in POPPER, Karl (org.); *Em busca de um mundo melhor*, trad. portuguesa de Espada, João Carlos, Loureiro, João Manuel, e Curvelo, Teresa, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1992, p. 17 a 39;

----- *Sobre o choque de culturas, idem*, p. 109 a 115;

----- *A Sociedade aberta e os seus inimigos – O fascínio de Platão*, vol. I, trad. portuguesa de Sottomayor, Anabela, e Labisa, Catarina, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1993;

----- *A Sociedade aberta e os seus inimigos – A maré alta da profecia (Hegel, Marx e as sequelas)*, vol. II, trad. portuguesa de Curvelo, Teresa, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1993.

PORTO, Manuel Carlos Lopes, CAMPOS, João Mota de, FERNANDES, António José, MEDEIROS, Eduardo Raposo de, RIBEIRO, Manuel de Almeida e DUARTE, Maria Luíza; *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999\*.

PRAÇA, José Joaquim Lopes; *Direito Constitucional Portuguez – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997;

----- *Direito Constitucional Portuguez – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997;

----- *Direito Constitucional Portuguez – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1997\*.

PRIETO de Pedro, Jesús; *Cultura*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 1872 a 1877;

----- *Libertad de creación cultural*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 4026 a 4029;

----- *Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados*, in *Pensar Iberoamérica*, n.º 1, 2002, disponível na internet em [www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm](http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric01a04.htm);

----- *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004;

----- *Derechos culturales y desarrollo humano*, in *Pensar Iberoamérica*, n.º 7, 2004, disponível na internet em [www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm](http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm).

PREUSSEN, Friedrich von; *O Anti-Maquiavel*, trad. portuguesa de Soveral, Carlos, Lisboa, Guimarães Editores, 2000\*.

PUREZA, José Manuel; *O Património Comum da Humanidade: Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade*, Porto, Edições Afrontamento, 1998.

QUADROS, Fausto de, e PEREIRA, André Gonçalves; *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues; *Os fins do Estado – Um problema de filosofia política*, in *Acta Universitatis Coninbrigensis – Estudos de Direito Público*, vol. I, *Dissertações*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1989, p. 3 a 79;

----- *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1976, policopiado;

----- *Descentralização* in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, Coimbra Editora, vol. III, 1990, p. 569 a 574.

QUEIROZ, Cristina; *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

RAMOS, Rui Moura; *Intervenção de abertura do colóquio*, in RAMOS, Rui Moura (org.); *35.º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

RANGEL, Paulo Castro; *Reserva de jurisdição - Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, Universidade Católica Editora, 1997\*.

RAWLS, John; *O Direito dos Povos*, trad. portuguesa de Borges, Luís Carlos, e Cunha, Sérgio Sérulo da, São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora, 2001.

RAPP, Francis, BÉRENGER, Jean, CONTAMINE Philippe, e DURAND, Yves; *História Geral da Europa*, vol. II trad. portuguesa de Salema, Álvaro, Lisboa, Publicações Europa América, 1996\*.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, disponível na internet em [www.rae.es](http://www.rae.es).

REIS, José Alberto dos; *Sciencia Politica e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907.

RENAN, Ernest; *Qu'est-ce qu'une Nation?*, in RENAN, Ernest (org.); *Qu'est-ce qu'une Nation? et autres écrites politiques*, Paris, Imprimiere Nationale Éditions, 1996, p. 223 a 257.

RENEDO, César Augusto e ARAGÓN Reyes, Manuel; *Los estatutos de autonomia regional en el ordenamiento portugues*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 703 a 734\*.

RIBEIRO, Manuel de Almeida, CAMPOS, João Mota de, PORTO, Manuel Carlos Lopes, FERNANDES, António José, MEDEIROS, Eduardo Raposo de, e DUARTE, Maria Luíza; *Organizações Internacionais – Teoria Geral e estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999\*.

RIMOLI, Francesco; *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1992.

RIOU, Alain; *Le Droit de la Cultura et le droit à la culture*, Paris, ESF Éditeur, 1996\*.

RIVERO, Jean; *A modo de síntesis*, in FAVOREU, Louis (org.); *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. castelhana de Aguiar de Luque, Luis, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 663 a 682;

----- *Les libertés publiques*, vol. 1, *Les droits de l'homme*, Colection Themis, Paris, Press Universitaires de France, 1987;

----- *Les libertés publiques*, vol. 2, *Le régime des principales libertés*, Colection Themis, Paris, Press Universitaires de France, 1992.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; *O direito ao património cultural preservado – Um direito e uma garantia fundamental*, in *Pensar*, Fortaleza, 2007, p. 52 a 61.

ROGEIRO, Nuno; *Estado Corporativo*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, 1984, col. 1177 a 1185.



----- *A Constituição dos Estados Unidos da América - Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos da América*, Lisboa, Gradiva, 1993\*.

ROLLA, Giancarlo; *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 563 a 584.

----- *Bienes culturales y Constitución*, trad. castelhana de Calderón Martín, Emilio, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 2, 1989, p. 163 a 180.

ROVAN, Joseph; *Histoire de l'Allemagne – Des origines a nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1998.

RUIZ-RICO Ruiz, Gerardo; *Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el Derecho Constitucional*, in RUIZ-RICO Ruiz, Gerardo, e PÉREZ Sola, Nicolás (org.), *Constitución y cultura – Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 9 a 32.

SABOURIN, Paul; *Les autorités administratives indépendantes, une categorie nouvelle*, in *L' Actualité Juridique Droit Administratif*, 1983, n.º 5, p. 275 a 295.

SALEMA, Margarida; *Autonomia Regional*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, p. 213 a 224\*.

SALGUERO, Manuel; *El derecho a la educación*, in BETEGÓN, Jerónimo, LAPORTA, Francisco J., PÁRAMO, Juan Ramón de, e PRIETO Sanchís, Luis (org.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 795 a 817.

SAMUELSON, Paul ANTHONY, e NORDHAUS, William Dawbney; *Economia*, trad. portuguesa de Godinho, Manuel Mira, Lisboa, McGraw-Hill, 1990.

SÀNCHEZ, Jordi; *El Estado de Bienestar*, in CAMINAL Badia, Miquel; *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 236 a 259.

SANCHEZ Agesta, Luis (org.); *Constitución y Economía – El ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Madrid, Publicaciones de la Revista de Derecho Público, 1977\*;

----- *Sistema político de la Constitución Española de 1978 – Ensayo de un sistema: diez lecciones sobre la Constitución de 1978*, actualizada por ALZAGA Villaamil, Oscar; Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, M.<sup>a</sup> Eduarda, e MARQUES, M.<sup>a</sup> Manuel Leitão; *Direito Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998\*.

SANTOS, Boaventura de Sousa, e ALMEIDA Filho, Naomar de; *A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova*, Coimbra, Livraria Almedina / Centro de Estudos Sociais, 2008.

SARAIVA, António José; *O que é a Cultura*, Lisboa, Gradiva, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl von; *Traité de Droit Romain*, tome I, trad. francesa de GUENOUX, Charles, Paris, Librairie de Firmin Didot et Frères, 1855.

SCHELLING Friedrich Wilhelm Joseph von; *Investigações filosóficas sobre a essência da liberdade humana*, trad. portuguesa de Morujão, Carlos, Lisboa, Edições 70, 1993.

SCHLINK, Bernard, e PIEROTH, Bodo; *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, trad. portuguesa de Franco, António, e Sousa, António Francisco de, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008.

SCHMITT, Carl; *El concepto de lo político*, in SCHMITT, CARL (org.); *El concepto de lo político*, trad. castelhana de Agapito, Rafael, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 49 a 106;

----- *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, *idem*, p. 107 a 122;

----- *Teoría de la Constitución*, trad. castelhana de Ayala, Francisco, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

SCHWABE, Jürgen; *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. portuguesa de Martins, Leonardo, e outros, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. – Oficina de Uruguay, 2005.

SEABRA, José Augusto; *Os direitos e os deveres culturais*, in MIRANDA, Jorge (org.); *Estudos sobre a Constituição*, vol. III, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 353 a 363.

SEARA, Fernando Roboredo, PINTO, Ricardo Leite, e CORREIA, José de Matos; *Ciência Política e Direito Constitucional – Teoria Geral do Estado, Formas de Governo, Eleições e Partidos Políticos*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2009.

SHELL, Donald, e HODDER-WILLIAMS, Richard (org.); *Churchill to Major – The British Prime Ministership since 1945*, London, Hurst & Company, 1995\*.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da; *Jurisprudência dos conceitos*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. III, Lisboa, Verbo Editora, 1985, col. 850 a 854\*.

SILVA, Suzana Tavares da; *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da; *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

----- *A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007.

SIMONE, Saverio de; *Sistema del Diritto scolastico italiano I – I principi costituzionali*, Milano, Giuffrè Editore, 1973.

SMART, Barry; *A pós-modernidade*, trad. portuguesa de Curado, Ana Paula, Lisboa, Publicações Europa-América, 1993.

SMELSER, Neil J., e PARSONS, Talcott; *Economy and Society*, New York, Routledge, 2010.

SMEND, Rudolf; *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. castelhana de Beneyto Pérez, José M.<sup>a</sup>, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMITH, Adam; *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, London, William Strahan & Thomas Cadell, 1776, disponível na *internert* em <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adam-smith/Wealth-Nations.pdf>.

SOARES, Albino Azevedo; *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt; *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969;

----- *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVII, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, p. 169 a 191;

----- *O conceito ocidental de Constituição*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 119.º, 1986/1987, n.ºs 3743 e 3744;

----- *Constituição*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, Lisboa, Coimbra Editora, 1990, p. 671 a 683;

----- *A Ordem dos Advogados - Uma Corporação Pública*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 124.º, 1991/92, n.ºs 3807, 3809 e 3810\*;

----- *Direito Administrativo*, Coimbra, policopiado, s/d (mas 1996).

SOSA Wagner, Francisco; *El mito de la autonomía universitaria*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005.

SOUSA, António Francisco de; *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994\*.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979;

----- *Estado Social*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, 1984, col. 1188 e ss.;

----- *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, edição de autor, 1988;  
----- *A natureza jurídica da Universidade no Direito português*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1992;  
----- *Lições de Direito Administrativo I*, Lisboa, edição de autor, 1994/95.

SOUSA, Nuno Albuquerque e; *A liberdade de imprensa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984\*.

SOUTO Paz, José Antonio; *Libertad de educación y libertades educativas*, in SOUTO Paz, José Antonio, e SOUTO Galván, Clara (org.); *Educación y Libertad*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 69 a 80.

SOUZA, José Ferreira Marnoco e; *Direito Politico*, Coimbra, França Amado Editor, 1910.

SPENCER, Herbert; *The Man versus the State*, Indianapolis, Liberty Classics, 1981.

STERN, Klaus; *Los valores culturales en el Derecho Constitucional alemán*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8, trad. castelhana de Astudillo Reyes, César, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 557 a 576.

STEVENS, I. N.; *Constitutional and Administrative Law*, London, Pitman Pub., 1993.

STOBER, Rolf; *Direito Administrativo Económico Geral – Fundamentos e princípios. Direito Constitucional Económico*, trad. portuguesa de Sousa, António Francisco de, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008.

TAJADURA, Javier; *La Constitución Cultural*, in *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 43, 1998, p. 97 a 133.

TELLES, Miguel Galvão; *Estado de Direito*, in *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa, Verbo Editora, 1984, col. 1185 e ss.\*;

----- *A competência da competência do Tribunal Constitucional*, in COSTA, José M. Cardoso da (org.); *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 105 a 125.

TINCQ, Henri; *Os génios do cristianismo – Histórias de profetas, de pecadores e de santos*, trad. portuguesa do jornal *Público*, Lisboa, Gradiva, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de; *O Antigo Regime e a Revolução*, trad. portuguesa de Bom, Laurinda, e Teixeira, Félix, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1989\*;

----- *Da democracia na América*, trad. portuguesa de Oliveira, Carlos Correia Monteiro de, Cascais, Principia, 2001.

TROILO, Silvio; *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Anales de Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, n.º 26, 2008, p. 333 a 404.

TORRES del Moral, Antonio; *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010;

----- *El poder, los derechos y la instrucción pública según Condorcet*, in SOUTO Paz, José Antonio, e SOUTO Galván, Clara (org.); *Educación y Libertad*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 11 a 41.

TORRES Muro, Ignacio; *La autonomía universitaria – Aspectos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

TORRES Sanz, David; *Acerca del Estado moderno en Europa: una reflexión de conjunto*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.315 a 339.

TOUSCOZ, Jean; *Direito Internacional*, trad. portuguesa de Mendes, Nuno Canas, Lisboa, Publicações Europa-América, 1994.

TRIBE, Laurence N.; *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, 1988.

TRUYOL y Serra, Antonio; *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998.

TURNER, Victor; *Símbolos en el ritual Ndembu*, trad. castelhana de Valdés, Ramón, e Cardin, Alberto, in VELASCO, Honorio (org.); *Lecturas de antropología social y cultural – La cultura y las culturas*, in *Cuadernos de la UNED*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995, p. 635 a 663.

VAQUER Caballería, Marcos; *Estado y Cultura – La función de los poderes públicos en la Constitución Española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998;

----- *Los servicios atinentes a la persona en el Estado social*, in *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 11, 2000, p. 31 a 72;

----- *Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2005, disponível na internet em [www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=1&numero=8\\*](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=8*).

VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e; *Da natureza e limites do poder moderador*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1862\*.

VAZ, Manuel Afonso; *Lei e reserva da lei – A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1996.

VAZQUEZ de Prada, Valentin; *História Económica Mundial*, vol. I, *Das origens à revolução industrial*, trad. Portuguesa de Bacelar, Armando, e Bacelar, Elisa Amado, Porto, Livraria Civilização Editora, 1991;

----- *História Económica Mundial*, vol. II, *Da revolução industrial à actualidade*, trad. Portuguesa de Bacelar, Armando, e Bacelar, Elisa Amado, Porto, Livraria Civilização Editora, 1991\*.

VELASCO, Honorio M.; *Identidad cultural y política*, in *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 78, 1992, p. 255 a 271;

----- *La cultura, noción moderna*, in *Patrimonio cultural y Derecho*, Madrid, Asociación Hispania Nostra, n.º 10, 2006, p. 11 a 34.

VENEZIA, Jean-Claude, LAUBADÈRE, André de, e GAUDEMMENT, Yves; *Traité de Droit Administratif*, tome I, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

VENEZIA, Jean-Claude, e LAUBADÈRE André de; *Traité de Droit administratif*, tome III, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

VIDAL Prado, Carlos; *Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, n.º 7, 1997, p. 221 a 264;

*La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001;

----- *Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania*, in *Persona y Derecho*, Navarra, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, n.º 50, 2004, p. 373 a 409.

VILLÁN Durán, Carlos; *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

VILLAR Ezcurra, José Luis; *El derecho a la educación como servicio público*, in *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 88, 1979, p. 155 a 207.

VIGNUDELLI, Aljs; *Diritto costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010\*.

VOGEL, Hans-Jochen, BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, HESSE, Konrad, e HEYDE, Wolfgang (org.); *Manual de Derecho Constitucional*, trad. castelhana de López de Pina, Antonio, Madrid, I.V.A.P. – Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons, 1996\*.

WEBER, Max; *Economía y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva*, trad. castelhana de Medina Echavarría, José, Roura Farella, Juan, Ímaz, Eugénio, García Máynez, Eduardo, e Ferrater Mora, José, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993.

WELCH, Claude A.; *BSCS – Biological Sciences Curriculum Study*, parte II, trad. em língua portuguesa de Krasilchick, Myriam, Cleff, Norma Maria, e Magalhães, Níocia Wendel de, São Paulo, Fundação Brasileira para o Desenvolvimento do Ensino das Ciências e EDART – São Paulo Editora, L.da, 1981.

WEST, Anne; *Métodos de financiación de la educación y la formación orientados a la demanda: un análisis del empleo de cheques y cuasi-cheques en Europa*, in POLANCO, Jesús de, e DÍEZ Hochleitner, Ricardo; *Un futuro para la aprendizaje – La financiación de la educación*, Madrid, Fundación Santillana, 2000, p. 179 a 192.

WETTIG, Gerhard; *Stalin and the Cold War in Europe: The Emergence and Development of East-West Conflict, 1939-1953*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2007\*.

WIESE, Benno von; *La cultura de la Ilustración*, trad. castelhana de Tierno Galván, Enrique, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

WOJTYŁA, Karol, o Papa JOÃO PAULO II, *Carta Encíclica Centesimus Annus*, Roma, 1991, disponível na internet em [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html).

ZAGREBELSKY, Gustavo; *Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional italiano*, trad. castelhana de Aguiar de Luque, Luis, in FAVOREU, Louis (org.); *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 413 a 465.

ZIPPELUIIS, Reinhold; *Teoria Geral do Estado*, trad. portuguesa de Moncada, António Cabral de, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

## B. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão *BVerfGE*, 30, 173, disponível na *internet* em [www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html).

Cfr. *Sentenza di Corte Costituzionale italiana* n.º 195/1972, disponível na *internet* em [www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do).

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão *BVerfGE* 36, 321, disponível na *internet* em [www.servat.unibe.ch/dfr/bv036321.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv036321.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão *BVerfGE* 45, 187, disponível na *internet* em <http://openjur.de/u/60105.html>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *CAMPBELL & COSANS v. UNITED KINGDOM*, 25 de Fevereiro de 1982, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455#{"display":\["0"\],"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["7511/76","7743/76"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455#{)

*Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 5/1981, disponível na *internet* em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/5>.

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 6/1984, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 81/1984, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840081.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840081.html).

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *GLASENAPP v. ALEMANHA*, de 28 de Agosto de 1986, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62052#{"itemid":\["001-62052"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62052#{).

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *KOSIEK v. ALEMANHA*, de 28 de Agosto de 1986, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62071#{"itemid":\["001-62071"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62071#{).

*Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 26/1987, disponível na *internet* em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/758>.

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 130/1988, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880130.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880130.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 415/89, disponível na *internet* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890415.html>\*



*Sentencia del Tribunal Constitucional español* n.º 214/1991, disponível na *internet* em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/1853>.

*Sentenza di Corte di Cassazione italiana* n.º 12530, de 21 de Novembro de 1991, disponível na *internet* em <http://www.olir.it/documenti/?documento=2042>.

*Sentenza di Corte di Cassazione italiana* n.º 5832, de 16 de Junho de 1994, disponível na *internet* em <http://www.olir.it/documenti/?documento=589>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos VOGT v. ALEMANHA, de 26 de Setembro de 1995, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62559#{\"itemid\":\[\"001-62559\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62559#{\).

*Arrêté du Conseil d'Etat français* n.º 136727, de 27 de Outubro de 1995, disponível na *internet* em [www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html](http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 786/96, disponível na *internet* em [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960786.html\\*](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960786.html*).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 254/1999, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 368/2002, disponível na *internet* em [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html\\*](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html*).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 491/2002, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 509/2002, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 563/2003, disponível na *internet* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030563.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 139/2004, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040139.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040139.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 620/2004, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040620.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040620.html).

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos MÜRSEL ERAN v. TURQUIA, de 7 de Fevereiro de 2006, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#\"appno\":\[\"60856/00\"\],\"itemid\":\[\"001-72293\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#\).

Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão *BVerfGE* 35, 705, disponível na *internet* em [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215\\_1bvr035705en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 178/2007, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070178.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070178.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 101/2009, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 345/2009 disponível na *internet* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090345.html>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ORSUS e outros v. CROÁCIA, de 16 de Março de 2010, disponível na *internet* em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97689#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["15766/03"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-97689"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97689#{)

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 121/2010, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html).

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 377/2012, disponível na *internet* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120377.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 96/2013, disponível na *internet* em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130096.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130096.html).

## C. Outros documentos

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *O papel das universidades na Europa do conhecimento*, Bruxelas, 2003, disponível na internet em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0058:FIN:pt:pdf>;

----- *Livro verde sobre serviços de interesse geral*, Bruxelas, 2003, disponível na internet em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0270:FIN:PT:PDF>

COMISSÃO DE REDACÇÃO DO ANTEPROJECTO DE PROPOSTA DE LEI DE BASES DO PATRIMÓNIO CULTURAL, *Relatório intercalar – Proposta de Lei de Bases do Património Cultural*, Lisboa, Ministério da Cultura, 1998.

DELORS, Jacques, AL-MUFTI, In'am, AMAGI, Isao, CARNEIRO, Roberto, CHUNG, Fay, GEREMEK, Bronislaw, GORHAM, William, KORNHAUSER, Aleksandra, MANLEY, Michael, PADRÓN Quero, Marisela, SAVANÉ, Marie-Angélique, SINGH, Karan, STAVENHAGEN, Rodolfo, WON SUHR Myong e NANZHAO, Zhou; *Educação – Um tesouro a descobrir – Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI*, Paris, UNESCO, 1996, disponível na internet em <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000046001-000047000/000046258.pdf>

PARTIDO COMUNISTA PORTUGUÊS, *Projecto de Constituição apresentado pelo Partido Comunista Português (PCP)*, disponível na internet em [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01250410i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01250410i.html).

PARTIDO DO CENTRO DEMOCRÁTICO SOCIAL, *Projecto de Constituição apresentado pelo Partido do Centro Democrático Social (CDS)*, disponível na internet em [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01230405i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01230405i.html).

PARTIDO POPULAR DEMOCRÁTICO, *Projecto de Constituição apresentado pelo Partido Popular Democrático (PPD)*, disponível na internet em [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01270418i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01270418i.html).

PARTIDO SOCIALISTA, *Projecto de Constituição apresentado pelo Partido Socialista (PS)*, disponível na internet em [http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes\\_Constituente/med01260415i.html](http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01260415i.html)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração e Programa de Acção adoptado pela Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos*, disponível na internet em [www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf](http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf)

SCHUMAN, Robert; *Declaração* à Assembleia Nacional Francesa, em 9 de Maio de 1950, disponível na *internet* em [http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm)

# Índice geral



## Sumário

## Abstract

## Introdução

### **1. Estado e cultura: uma relação congénita não assumida**

- 1.1. A génese cultural do *Estado*: a *Nação* 3
- 1.2. Em busca *do* conceito de *Cultura* 32

### **2. Estado e Cultura: como conciliar duas realidades congénitas separadas à nascença?**

- 2.1. As relações entre *Estado*, *Direito* e *Cultura* 49
- 2.2. *Estado* e *cultura*: gémeos monozigóticos ou dizigóticos? 60

## I. O Estado Cultural

### **1. O Estado cultural no tempo: as relações entre poder político e cultura no âmbito da modernidade**

- 1.1. Preliminares. 69
- 1.2. O Estado absoluto: *a cultura de Estado* 71

1.3. O Estado liberal: <i>a cultura como instrumento adequado à prossecução da liberdade e a autonomia cultural da Sociedade Civil</i>	75
1.4. O Estado social: <i>a revolução tecnológica como propulsora da cultura de massas</i>	87
1.5. Os Estados autoritários e os Estados totalitários: <i>a negação da autonomia da cultura</i>	101
1.6. Um Estado pós-moderno? <i>A superação da instrumentalidade da cultura rumo à sua assunção como fim do Estado?</i>	108
1.6.1. A recuperação doutrinária do conceito de <i>Kulturstaat</i>	110
1.6.2. O <i>regresso da cultura</i> à enciclopédia jurídica constitui causa adequada para um novo entendimento dos elementos do Estado?	116
1.6.3. O fim do Estado social ou um Estado social renovado?	120
1.6.4. <i>Estado de cultura</i> : o paradoxo involuntário da expressão	129
1.6.5. O <i>Estado cultural</i> como um Estado de Direito democrático e social antropológicamente configurado	134
<b>2. O Estado cultural no espaço: o pluralismo de estilos culturais</b>	
2.1. Preliminares	139
2.2. O contributo alemão: <i>der Kulturstat und Hochschulreform</i>	141
2.3. O contributo italiano: <i>la Costituzione culturale ed i beni cultural</i>	146
2.4. O contributo francês: <i>le mécénat et l'Université impériale</i>	150
2.5. O contributo britânico: <i>the impetus of civil society and the light University</i>	156



## II. A Constituição Cultural

### 1. A Constituição em sentido material

1.1. A génese do constitucionalismo: as <i>declarações de direitos</i>	163
1.2. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo das matérias jurídico-constitucionais	170
1.2.1. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>político</i>	172
1.2.2. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>social</i>	183
1.2.3. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>económico</i>	189
1.2.4. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: o acervo <i>cultural</i>	191
1.2.5. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: <i>novos desafios, novos conteúdos</i>	193
1.3. A <i>quintessência</i> da Lei Fundamental: um balanço	197
1.4. A demarcação dos <i>núcleos materiais</i> da <i>Constituição da República Portuguesa</i> : os sub-sistemas sociais interactivos	202

### 2. A Constituição Cultural em especial

2.1. O conceito de <i>Constituição Cultural</i>	209
2.2. A delimitação positiva de <i>Constituição Cultural</i>	212
2.3. A <i>Constituição Cultural</i> como um espaço normativo aberto e consequente extensão pelo impacto da globalização	227
2.3.1. O alargamento <i>Constituição material</i> por força da cláusula aberta de direitos fundamentais	227

2.3.2 O ordenamento da <i>Organização das Nações Unidas</i>	235
2.3.3 O ordenamento do <i>Conselho da Europa</i>	246
2.3.4. O ordenamento da <i>União Europeia</i>	250
2.4. A delimitação negativa de <i>Constituição Cultural</i> : alguns pretensos sectores fundamentais da Constituição	254

**Índice do volume I** 265

**III. A Constituição Cultural portuguesa**

**1. A delimitação de um conceito constitucionalmente adequado de *Cultura***

1.1. A cultura na <i>Constituição da República Portuguesa</i>	273
1.2. Uma sistematização da <i>Constituição cultural portuguesa</i>	282

**2. Os direitos culturais**

2.1. Uma pré-compreensão quanto ao conceito, à natureza e à classificação dos direitos fundamentais	289
2.1.1. O conceito de direito fundamental	289
2.1.2. A natureza jurídica dos direitos fundamentais	292
2.1.3. A classificação dos direitos fundamentais	306
2.1.3.1. Os critérios subjectivos ou relacionais	311
2.1.3.2. Os critérios objectivos ou normativistas	319
2.1.3.3. Alguns critérios mistos	321

2.1.3.4. A negação das classificações: a <i>unicidade</i> dos direitos fundamentais	326
2.1.3.5. Apreciação das teses mencionadas	330
2.1.3.6. Quantas as <i>gerações</i> de direitos fundamentais?	345
2.1.4. Uma proposta de classificação dos direitos fundamentais	353
2.2. Os direitos de <i>liberdade</i> em matéria cultural	370
2.2.1. Razão de ordem	370
2.2.2. As liberdades de <i>criação</i> cultural	372
2.2.2.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade <i>das liberdades de criação cultural</i>	380
2.2.2.2. O <i>objecto</i> dos direitos: o <i>domínio intelectual</i>	387
2.2.2.2.1. A liberdade de criação <i>artística</i> , nomeadamente <i>literária</i>	388
2.2.2.2.2. A liberdade de criação <i>científica</i>	392
2.2.2.3. O <i>conteúdo</i> dos direitos: <i>inventar, produzir e divulgar</i>	396
2.2.2.4. Os <i>limites</i> aos direitos <i>de criação cultural</i>	407
2.2.2.4.1. Questão prejudicial: os direitos fundamentais admitem <i>limites</i> ?	407
2.2.2.4.2. Os <i>limites</i> à liberdade <i>de criação artística</i>	428
2.2.2.4.3. Os <i>limites</i> à liberdade <i>de criação científica</i>	433

2.2.3. As liberdades de <i>transmissão</i> cultural	445
2.2.3.1. A liberdade de ensinar	448
2.2.3.1.1 Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	448
2.2.3.1.2. O <i>objecto</i> do direito	457
2.2.3.1.3. O <i>conteúdo</i> do direito	459
2.2.3.1.4. Os <i>limites</i> ao direito	463
2.2.3.2. A liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas	471
2.2.3.2.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	473
2.2.3.2.2. O <i>objecto</i> do direito	480
2.2.3.2.3. O <i>conteúdo</i> do direito	482
2.2.3.2.4. Os <i>limites</i> ao direito	488
2.2.3.3. A autonomia universitária	490
2.2.3.3.1. Questões prévias: a <i>natureza jurídica</i> da Universidade pública e da autonomia universitária	490
2.2.3.3.2. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	507
2.2.3.3.3. O <i>objecto</i> do direito	512
2.2.3.3.4. O <i>conteúdo</i> do direito	513
2.2.3.3.5. Os <i>limites</i> ao direito	526
2.2.4. A liberdade de <i>assimilação</i> cultural: a liberdade de aprender	529
2.2.4.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	530
2.2.4.2. O <i>objecto</i> do direito	531
2.2.4.3. O <i>conteúdo</i> do direito	532

2.2.4.4. Os <i>limites</i> ao direito	533
2.2.5. As liberdades de <i>participação</i> cultural: a participação democrática no ensino	534
2.2.5.1. A liberdade de <i>participação na gestão democrática das escolas</i>	535
2.2.5.1.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	535
2.2.5.1.2. O <i>objecto</i> do direito	536
2.2.5.1.3. O <i>conteúdo</i> do direito	537
2.2.5.1.4. Os <i>limites</i> ao direito	539
2.2.5.2. A liberdade de <i>participação na definição da política de ensino</i>	543
2.2.5.2.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	543
2.2.5.2.2. O <i>objecto</i> do direito	543
2.2.5.2.3. O <i>conteúdo</i> do direito	544
2.2.5.2.4. Os <i>limites</i> ao direito	548
2.3. Os direitos de <i>solidariedade</i> em matéria cultural	549
2.3.1. Razão de ordem	549
2.3.2. O direito de <i>acesso à criação cultural</i>	533
2.3.2.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	533
2.3.2.2. O <i>objecto</i> do direito de <i>acesso à criação cultural</i>	555
2.3.2.2.1. O <i>objecto</i> do direito de <i>acesso à criação artística</i>	557
2.3.2.2.1. O <i>objecto</i> do direito de <i>acesso à criação</i>	

<i>científica</i>	558
2.3.2.3. O <i>conteúdo</i> do direito <i>de acesso à criação</i>	559
<i>cultural</i>	
2.3.2.3.1. O <i>conteúdo</i> do direito <i>de acesso à</i>	561
<i>criação artística</i>	
2.3.2.3.2. O <i>conteúdo</i> do direito <i>de acesso à</i>	563
<i>criação científica</i>	
2.3.3. O direito à <i>educação</i> , nomeadamente ao <i>ensino</i>	564
2.3.3.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	564
2.3.3.2. O <i>objecto</i> do direito	566
2.3.3.3. O <i>conteúdo</i> do direito	569
2.3.4. O direito à <i>fruição cultural</i>	582
2.3.4.1. Os <i>sujeitos</i> : a titularidade do direito	582
2.3.4.2. O <i>objecto</i> do direito	582
2.3.4.3. O <i>conteúdo</i> do direito	585
<b>3. Os direitos-deveres e os deveres culturais</b>	
3.1. Razão de ordem	587
3.2. O direito-dever dos pais de educação e manutenção dos filhos	589
3.2.1. Os <i>sujeitos</i>	590
3.2.2. O <i>objecto</i>	590
3.2.3. O <i>conteúdo</i>	592
3.3. Os deveres de preservar, defender e valorizar o património cultural e de colaborar com as entidades públicas na prossecução das tarefas culturais	594

3.3.1. Os <i>sujeitos</i> dos deveres	594
3.2.2. O <i>objecto</i> dos deveres	595
3.2.3. O <i>conteúdo</i> dos deveres	597
<b>4. O <i>acervo</i> cultural</b>	
4.1. Preliminares	601
4.2. Os símbolos nacionais	605
4.3. O património natural e cultural	608
<b>5. As tarefas do poder político no âmbito cultural</b>	
5.1. Uma pré-compreensão: o conceito de tarefa cultural	619
5.2. As tarefas do Estado Português no domínio cultural	623
<b>6. Uma <i>Constituição</i> cultural modelada por princípios?</b>	
6.1. Preliminares	627
6.2. O princípio da <i>dignidade humana</i>	627
6.3. O princípio da <i>liberdade</i>	630
6.4. O princípio <i>democrático</i>	632
6.5. O princípio da <i>solidariedade</i>	633
6.6. O princípio da <i>neutralidade</i>	634
<b>Conclusões</b>	
A. Conclusões quanto à relação entre <i>Estado</i> e <i>cultura</i>	641
B. Conclusões quanto ao <i>Estado</i> cultural	644

C. Conclusões quanto à *Constituição cultural* 651

D. Conclusões quanto à *Constituição cultural portuguesa* 657

**Bibliografia**

A. Doutrina 689

B. Jurisprudência 732

C. Outros documentos 735

**Índice geral** 739