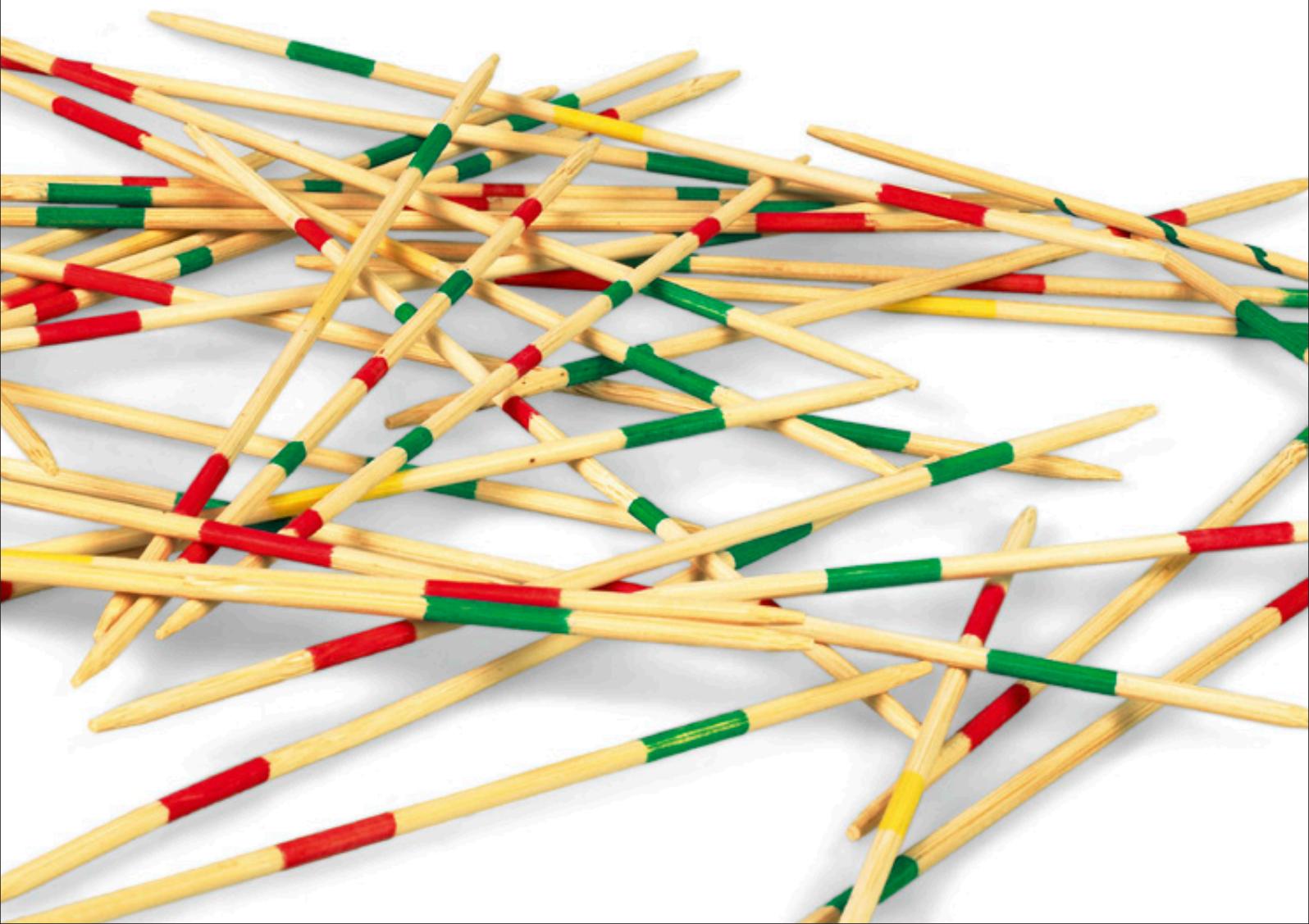


# A Constituição Revista



Título: A Constituição Revista  
Conselho Editorial: José A Tavares  
Miguel Poiares Maduro  
Nuno Garoupa  
Pedro Magalhães  
Revisão: Beatriz Luiz Gomes  
Design: Inês Sena  
Produção: Guidesign  
ISBN: 978-989-8424-28-0

As opiniões expressas neste e-book são da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial do texto deve ser solicitada aos autores e editor.

© Fundação Francisco Manuel dos Santos  
Abril 2011



Rua Tierno Galvan, Torre 3, 9.º J  
1070-274 Lisboa  
Portugal  
Telefone: 21 381 84 47  
[ffms@ffms.pt](mailto:ffms@ffms.pt)  
[www.ffms.pt](http://www.ffms.pt)

# A constituição (económica) revista

**Maria Eduarda Gonçalves**

Como “lei das leis” e “carta identitária” do Estado-nação, a Constituição requer estabilidade. Mas o momento da revisão pode e, a nosso ver, deve oferecer a oportunidade de a (re)pensar à luz de realidades políticas, sociais e económicas em mudança e de novas visões e paradigmas que se vêm impondo à leitura dessas realidades. Dois acontecimentos recentes darão o mote para este comentário à Constituição da República Portuguesa (CRP): a adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; a crise financeira e económica e o apelo que gerou a um reconsiderar da relação do Estado com o mercado, a par da tomada de consciência de que o acentuar das desigualdades reforça a importância do Estado Social. Não se trata de questionar o modelo político ou o modelo económico consolidados ao longo de mais de três décadas de regime democrático, mas de o aprofundar clarificando o estatuto dos direitos económicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos fundamentais e definindo de modo mais preciso as missões do Estado como regulador.

## Direitos fundamentais na esfera económica

Os direitos fundamentais constituem o núcleo central, seguramente o mais nobre, da CRP. Invocados como prévios à ordem positiva (“*human rights are an ethical idea*”, escreve Amartya Sen), os direitos fundamentais dependem, porém, da existência de mecanismos da sua efectivação. A constitucionalização dos direitos envolve por isso o compromisso de aclarar os deveres que decorrem desse imperativo ético. Uma das novidades da moderna teoria dos direitos fundamentais reside justamente na configuração destes direitos como padrões de referência não só da produção político-legislativa (via controlo da constitucionalidade das leis), mas também da acção das instituições públicas e até privadas. A própria ideia de constitucionalismo vem sendo reconstruída num quadro de referência social-causal alargado compaginável com a emergência de novas formas de poder associadas às dinâmicas da privatização, da globalização e da digitalização (Teubner, 2004). Um corolário desta visão é a defesa da oponibilidade dos direitos económicos e sociais, não só aos poderes públicos, mas também às instituições sociais e aos centros de poder económico.

Os direitos económicos e sociais têm sido entendidos, tradicionalmente, como uma categoria distinta dos direitos, liberdades e garantias e catapultados para a ordem do programático: objectivos a realizar em função das condições ou disponibilidades (inclusive financeiras) do Estado, e não judiciáveis. A CRP recupera esta dicotomia, reconhecendo tão-só aos direitos, liberdades e garantias a força vinculativa directa de entidades públicas e privadas (art. 18.º). Esta opção tem-se reflectido na jurisprudência do Tribunal Constitucional, que tem concedido uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário na conformação dos direitos sociais (Novais, 2006). Que aquela categorização é artificial e insatisfatória decorre, porém, não apenas do facto de a generalidade dos direitos fundamentais implicar obrigações positivas do Estado, mas também de todos os direitos constitucionalmente consagrados partilharem o mesmo fundamento ético e dignidade (Feldman, 2009). Um forte argumento no sentido da unicidade dos direitos fundamentais provém agora da Carta dos Direitos Fundamentais da UE: ao classificar estes direitos em seis categorias (dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, direitos dos cidadãos, justiça), incumbindo a União Europeia e os Estados-Membros de “*respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação*” (art. 51.º, n.º 1), a Carta ignora a clássica distinção estendendo a todos os direitos a obrigação dos poderes públicos de adoptar as medidas legislativas, administrativas, orçamentais e outras visando a sua materialização. A Carta dá, ao mesmo tempo, um passo importante rumo a um conceito amplo de liberdade que atende às condições que permitem exercê-la. Propomos por isso a modificação dos artigos 17.º e 18.º da CRP no sentido de darem expressão à unicidade dos direitos fundamentais.

A garantia dos direitos económicos e sociais envolve o compromisso com a igualdade e a não discriminação, oportunidades de acesso a emprego, condições de trabalho seguras e saudáveis, segurança social, cuidados de saúde e educação. No essencial, a CRP contempla estes direitos e as inerentes responsabilidades do Estado. Carece, no entanto, a nosso ver, de referência explícita a alguns direitos básicos, a saber: o *direito à alimentação*, reconhecido em declarações internacionais de direitos e noutras constituições nacionais; e o *direito de acesso à informação e às redes informáticas*, decisivo na actual sociedade da informação e do conhecimento. Este último jaz diluído no art. 35.º (relativo à protecção de dados pessoais), sendo, julgamos, importante autonomizá-lo como direito social.

Acresce que a responsabilidade do Estado deve expressar-se em deveres precisos que permitam a tradução dos direitos no espaço social: implicando políticas e meios adequados nos planos financeiro, humano, tecnológico, em obediência a critérios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade ética e cultural, e expondo juridicamente o Estado pelo seu não cumprimento. Constituições recentes como as da África do Sul (1996) e da Finlândia (1999) reconhecem já o papel dos tribunais na verificação da razoabilidade desse tipo de medidas.

Mais, é hoje vital que os agentes sociais, as organizações privadas, concorram para o cumprimento dos direitos económicos e sociais. Que a sociedade é sujeito passivo de direitos sociais é reconhecido pela CRP no que respeita à família e à criança (arts. 67.º/68.º). Ainda que a CRP não o admita explicitamente, também as condições indispensáveis à realização de direitos económicos como os direitos dos trabalhadores (condições de trabalho, retribuição, repouso – art. 59.º) ou dos consumidores (qualidade dos bens e serviços – art. 60.º) dependem, em rigor, de entidades não estaduais, as empresas. No sentido de sublinhar a quota-parte das empresas na efectivação dos direitos fundamentais, sugerimos que os direitos à liberdade de iniciativa privada e de propriedade privada (arts. 61.º e 62.º) sejam qualificados com a introdução do princípio da responsabilidade social.

### Artigo 17.º Regime dos **direitos fundamentais**<sup>1</sup>

**1. O Estado e as suas instituições devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.**

2. (texto actual do art. 17.º)

**3. O regime dos direitos económicos, sociais e culturais aplica-se aos enunciados no título III.**

### Artigo 18.º (Força jurídica)

**1a. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos económicos, sociais e culturais vinculam as entidades públicas à adopção de políticas e à mobilização de meios adequados nos planos financeiro, humano e técnico, em obediência a critérios de disponibilidade, acessibilidade e qualidade de instalações, bens, serviços e programas funcionais.**

1. A lei só pode restringir os **direitos fundamentais** nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

2. As leis restritivas de **direitos fundamentais** têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Qualquer referência a “direitos, liberdades e garantias” constante dos artigos seguintes do Título I (Princípios gerais) deve ser substituída pela referência a “direitos fundamentais”.

### Artigo 61.º (Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária)

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, tendo em conta o interesse geral **e com sentido de responsabilidade social.**

### Artigo 62.º (Direito de propriedade privada)

<sup>1</sup> As alterações sugeridas figuram em bold.

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, **assim como o dever de a proteger e utilizar de forma socialmente responsável**, nos termos da Constituição e da lei.

#### Artigo 63.ºA (novo)

A todos é garantido o direito de acesso regular, permanente e sem restrições, directamente ou por meio de aquisições públicas, a alimentação quantitativa e qualitativa adequada e suficiente, em moldes que assegurem condições de vida física e mental satisfatórias e dignas, individual e colectivamente.

#### Artigo 78.ºA (novo)

1. A todos é garantido o livre acesso às redes informáticas de uso público.  
2. Incumbe ao Estado e demais entidades públicas facilitar o acesso às bases de dados e de informação de interesse público sob sua tutela.

## Organização Económica

A Organização Económica (Parte II da CRP) é construída sobre a dicotomia Estado/mercado à luz de um modelo de economia mista assente na coexistência dos sectores de propriedade e de iniciativa económica (arts. 80.º, alíneas b), c), d) e f)). O mercado é, sobretudo, presumido quando se encarrega o Estado de assegurar o seu funcionamento eficiente (art. 81.º, alínea f)). O papel do Estado é, em contrapartida, densamente explanado em obediência ao princípio fundamental do “*planeamento democrático do desenvolvimento económico e social*” (art. 80.º, alínea e)). As incumbências prioritárias do Estado são enunciadas no art. 81.º, combinando quatro tipos de tarefas: i) as relativas à efectivação dos direitos fundamentais, prolongando funções decorrentes dos Títulos II e III da Parte I como a promoção do bem-estar e da justiça social ou a defesa dos consumidores; ii) a promoção do desenvolvimento e da coesão social e territorial; e iii) a promoção da solidariedade por meio da correcção das desigualdades; e iv) políticas públicas “transversais” nos domínios da ciência e tecnologia, energia e água.

Falta, cremos, um conceito agregador apto a desenhar o papel do Estado de uma forma socialmente apreensível e mobilizadora: desde logo, como Estado Social e como Estado Ambiental: a responsabilidade hoje vital de proteger a natureza e o ambiente deve atravessar toda a acção pública. Estes meta-princípios deveriam, no nosso entender, figurar como fundamentos explícitos do próprio Estado no art. 2.º.<sup>2</sup>

A crise financeira e económica trouxe consigo um reavivar do debate sobre o papel económico do Estado obrigando a repensar a complementaridade entre Estado e mercado. Nas últimas décadas, a privatização e liberalização das actividades económicas reafirmaram o Estado como regulador não apenas nos mercados

<sup>2</sup> Cremos ser insuficiente reconhecer a relevância jurídico-constitucional do Estado Social de natureza interpretativa, como fazem Canotilho e Moreira (2007, p. 211).

emergentes, mas também da concorrência de uma forma mais geral, bem como dos riscos ambientais, de saúde pública, de segurança. O actual paradigma do Estado regulador não se traduziu, no entanto, no texto constitucional (Santos, Gonçalves e Marques, 2011).<sup>3</sup> O planeamento perdeu, por seu lado, actualidade como princípio fundamental da organização económica. Actualmente, a função do(s) plano(s) é ordenar a promoção do desenvolvimento económico pelo Estado, não propriamente “planear” esse desenvolvimento. A ênfase no planeamento deixa, além disso, na penumbra a influência do Estado sobre o mercado, o que verdadeiramente importa fazer transparecer. A nossa sugestão de alteração do art. 80.º procura superar esse desajustamento.

Finalmente, o enunciado das políticas públicas na esfera económica (agrícola, comercial, industrial) reflecte uma visão porventura demasiado convencional, sectorizada, da economia. Domínios transversais presentemente de relevância decisiva como a política de ambiente (referida na versão actual da CRP a propósito do direito fundamental ao ambiente) e, eventualmente, uma política do mar, mereceriam ser discriminadas enquanto políticas públicas com efeitos estruturantes da actividade económica.

#### Artigo 2.º (Estado de direito democrático, **social e ambiental**)

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, **social e ambiental** baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de 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.

#### Artigo 80.º (Princípios fundamentais)

e) Planeamento democrático das políticas públicas de desenvolvimento económico e social;

f) **Regulação pública da actividade económica; (nova)**

#### Artigo 81.º (Incumbências prioritárias do Estado)

g) Regulação pública da prestação dos serviços de interesse geral, competindo ao Estado velar pelo seu funcionamento regular nas melhores condições de quantidade e qualidade da oferta e pela garantia do acesso e igualdade de tratamento de todos os cidadãos. (nova)

<sup>3</sup> O termo “regulação” é referido apenas uma vez pela CRP, a respeito da comunicação social (art. 39.º).

## Bibliografia

- Canotilho, J. G. e Vital Moreira (2007), *Constituição da República Anotada* – Vol. I, Coimbra: Almedina.
- Feldman, Sandra (2009), *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press
- Novais, J. Reis, (2006), *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra editora.
- Santos, A.C., M. E. Gonçalves e M. M. Leitão Marques (2011), *Direito Económico*, Coimbra: Almedina. (6.<sup>a</sup> edição, no prelo)
- Teubner, Gunther (2004), *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*, Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School, [http://www.jura.uni-frankfurt.de/1\\_Personal/em\\_profs/teubner/dokumente/societal\\_constitutionalism.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/1_Personal/em_profs/teubner/dokumente/societal_constitutionalism.pdf)

**Maria Eduarda Gonçalves** LL.M, Harvard Law School, Doctorat d'État en Droit, Universidade de Nice, é professora catedrática no ISCTE-IUL do DINÂMIA-CET, ISCTE-IUL, tem coordenado e participado em diversos projectos de investigação apoiados pela FCT ou pela Comissão Europeia e publicado em Portugal e internacionalmente em especial nos domínios do direito da economia e da informação, da regulação do risco e das relações entre ciência, política e direito, privilegiando perspectivas transdisciplinares sobre a realidade jurídica. Tem participado em diversos conselhos e grupos de trabalho quer no plano académico, quer no âmbito das Nações Unidas e da UE.