

**FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE  
E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---



**Carlos Blanco de Morais\***

## **1 A luta pela juridicidade dos direitos e liberdades fundamentais**

1.1 A idéia moderna de Constituição nasceu como imperativo de limitação do poder político de um Estado, até então absoluto, pelo Direito.

Limitação que decorria a par do princípio de separação de poderes através das declarações de direitos fundamentais do homem, as quais procuravam, com um sentido predominantemente negativo, facultar às pessoas o poder de agir sem restrições, nos limites da lei, bem como de resistir ou reagir contra intromissões abusivas do Estado.

Nestes termos, desde os alvares do movimento constitucionalista, os direitos fundamentais, como estatuto dos cidadãos nas suas relações com o poder, constituíram um componente essencial da Constituição em sentido material.

1.2 A juridicidade dos direitos fundamentais encontra-se, antes de mais, dependente do grau de protecção que lhes é concedido por cada sistema jurídico.

E, no tempo presente, é o regime de aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias; é a reserva de lei que lhes é determinada; e é, ainda, a necessidade de que a sua restrição se faça por lei geral e abstracta em que o princípio da proporcionalidade respeite o núcleo do direito, que permitem qualificar os direitos, liberdades e garantias como direitos de primeiro grau, face aos direitos sociais.

Mas, no quadro do sistema de protecção dos mesmos direitos é impossível olvidar dois institutos primaciais, um dos quais constitui o ponto de partida desta comunicação.

---

\* Professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Na verdade, sufragamos a afirmação de Giancarlo Rolla, segundo a qual, os mais elevados *standards* de protecção de direitos fundamentais passam, essencialmente, pela respectiva positivação em constituições rígidas e pela sua garantia através de um sistema de Justiça Constitucional.

1.3 Ora, sem prejuízo de nos poder ser imputado algum reducionismo analítico consideramos que existem diferentes perspectivas de encarar os direitos fundamentais, antes e depois da criação dos sistemas jurisdicionais de fiscalização da constitucionalidade. Há, pois, um AC/DC, no domínio da juridicidade dos direitos fundamentais.

Para os Estados Unidos da América e o Brasil que, desde o século XIX, consagraram um sistema judicialista de fiscalização da constitucionalidade, verificou-se, desde cedo, embora com importantes hiatos, que a Constituição assumiu uma efectiva normatividade no seu todo.

Isso porque a violação de direitos civis e políticos pelo legislador pôde ser invocada em tribunal, no quadro de uma fiscalização difusa.

Na Europa, ao invés, quer a onipotência parlamentar de assembleia do jacobinismo revolucionário, quer o precário equilíbrio de legitimidades nas monarquias dualistas, criaram um sistema de fiscalização política que perdurou até ao século XX e que retardou a juridicidade tanto da Constituição, em geral, como dos direitos fundamentais, em particular.

Na realidade, a fiscalização política criou a ideia de uma Constituição transformada em ídolo de pés de barro; numa lei reverenciada, mas cujas violações eram, muitas vezes, ignoradas e desculpadas em razão dos equilíbrios políticos do momento; numa lei que, pese o fato de ser superior, carecia de um aparelho judicial que assegurasse essa sua supremacia.

Ora, os direitos fundamentais ressentiram-se deste déficit garantístico, pois a sua violação por condutas do poder político deixava a conseqüente reparação à mercê da boa vontade dos órgãos políticos e dos seus juízos de oportunidade.

Observe-se, aliás, que a própria conceptualização dos direitos fundamentais não era esboçada de modo a permitir o reforço das suas garantias, já que quando o Direito Constitucional começou a ser estudado como disciplina autónoma, na Universidade de Paris por mestres italianos, como Pellegrino Rossi, a sua teorização assumia um cunho mais filosófico do que jurídico.

E no universo germânico e italiano, a noção de "direito subjectivo público" de Von Gerber e Jellinek, assumia a natureza de uma outorga estatocrática, já que se defendia que a titularidade dos referidos direitos fundamentais decorreria, apenas, do facto de os respectivos titulares serem súbditos de um Estado.

Foi no século XX, com a introdução do sistema de Justiça Constitucional na Europa (em Portugal através da fiscalização difusa e na Áustria através da fiscalização concentrada), que se completou a quadratura do círculo do Direito Constitucional.

Com a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, foi abandonado um método histórico-político e empírico-sociológico que concebia a Constituição como

"jogo estratégico" da política e como um estatuto institucional do poder, distante, magestático e nominal.

A Constituição passou a ser concebida com um complexo de princípios e normas jurídicas carentes de um método jurídico-dogmático próprio, método esse não da Ciência Política mas sim da Ciência do Direito.

Método, afinal, inseparável da criação de um sistema jurisdicional próprio, susceptível de permitir que a Constituição passasse a ser concebida como Direito; Direito efectivamente hierarquizado, normativo, relacional, garantido por órgãos independentes e imparciais.

Daí que a protecção dos direitos fundamentais na sua dimensão subjectiva só tenha começado a ganhar sentido com o pontificado da Justiça Constitucional, o que demonstra que a luta pela juridicidade plena dos direitos fundamentais se liga à própria luta do Direito Constitucional pela sua autonomia jurídica, a qual resulta ser inseparável da obtenção de uma garantia jurisdicional própria e efectiva dos princípios e das normas constitucionais.

## **2 As metamorfoses do sistema de garantia jurisdicional subjectiva dos direitos e liberdades fundamentais**

### **2.1 A tutela jurisdicional subjectiva dos direitos fundamentais**

Adquirido o sistema de Justiça Constitucional pela grande maioria dos ordenamentos democráticos, observa-se que a nova requesta em prol de uma protecção jurisdicional efectiva e plena dos direitos fundamentais passou a residir na pugna pela consagração de meios de tutela das posições jurídicas subjectivas dos cidadãos em face dos poderes públicos, que sejam accionados pelos próprios interessados.

Na realidade, são muito distintos os meios processuais reconhecidos aos particulares de diversos Estados para tutelarem os seus direitos.

No plano do direito interno, enquanto em França, o exclusivismo da fiscalização preventiva deixa a iniciativa do controle de leis violadoras de liberdades públicas nas mãos de titulares do Estado, na Alemanha os particulares lesados por normas podem suscitar a sua inconstitucionalidade em fiscalização concreta, ou mesmo interpor um recurso directo de inconstitucionalidade, que abrange tanto actos normativos como actos singulares.

No plano do direito internacional, enquanto o R.U., que não dispõe de sistema de fiscalização da constitucionalidade, incorporou apenas no ano de 1998 a CEDH, na maioria dos restantes Estados Europeus, há muito que a mesma Convenção servia não só de base de referência ao TEDH, como, também, de parâmetro de suas jurisdições nacionais.

Observemos estas duas dimensões, interna e externa, com alguma detenção.

## 2.2 Dimensão interna da tutela jurisdicional

Relativamente aos Estados servidos por constituições rígidas, importa subdistinguir os modelos que consagram *uma tutela subjectiva máxima dos direitos fundamentais; uma tutela subjectiva média; e uma tutela subjectiva mínima.*

### 2.2.1 Tutela subjectiva máxima

Ocorre a mesma tabela em ordenamentos como o brasileiro, o alemão, o espanhol e o austríaco, nos quais, a par da fiscalização concreta ou incidental da constitucionalidade, se admite, igualmente, a existência de recursos directos de constitucionalidade.

Dentro deste conceito, haverá que posicionar o Brasil e a Alemanha num escalão superior.

Na verdade no Brasil a fiscalização concreta assume carácter difuso, o que permite a qualquer juiz desaplicar uma norma inconstitucional sem prejuízo de recurso para instâncias superiores, o que alarga e democratiza a iniciativa, o conhecimento e a decisão de inconstitucionalidade.

Mas, a par deste processo, existem outros institutos, muito concisa e claramente descritos pelo professor MGFF na sua obra *Direitos humanos fundamentais*, através dos quais os cidadãos podem requerer a tutela específica de certos direitos fundamentais: é o caso do *habeas corpus* (relativamente à garantia da liberdade de movimento); do mandado de segurança individual (que protege direitos líquidos e certos não amparados pelo *habeas corpus*); o mandado de segurança colectivo (que garante não só certos direitos corporativos, mas também alguns interesses difusos).

E o ordenamento vai mais longe ainda, consagrando mecanismos imperativos de controlo jurisdicional administrativo de omissões regulamentares lesivas de direitos e liberdade constitucionais e certos direitos políticos, como é o caso do mandado de injunção.

Na Alemanha o carácter concentrado da fiscalização concreta é compensado com um recurso directo de constitucionalidade, em via directa, susceptível de sindicar toda a espécie de actos de natureza pública, desde as leis às sentenças, as quais podem ser declaradas nulas pelo Tribunal Constitucional.

O sistema defende-se contra o uso extemporâneo deste instituto, adoptando uma posição restrigente, quer quanto ao seu residualismo em relação a outros meios contenciosos de tutela, quer no destaque da natureza pessoal, actual e imediata do direito fundamental ofendido.

A Constituição Austríaca, desde 1975, seguiu a alemã no que respeita ao alargamento do recurso directo: ele deixou de ter apenas por objecto os actos administrativos lesivos de direitos, para passar a abranger, também, leis e regulamentos que, em termos imediatos, os violem.

Já o ordenamento espanhol abrange mais circunscritamente o objecto do recurso de amparo a actos jurídico-públicos que não tenham valor de lei.

### **2.2.2 Tutela subjectiva média**

Portugal e Itália configuram-se como os ordenamentos integrativos deste tipo em exame, caracterizado pela instituição de uma fiscalização concreta, desacompanhada de recurso directo de inconstitucionalidade.

Entre as duas ordens constitucionais, a portuguesa é a que, em abstracto, oferece uma maior panóplia de garantias, por três razões fundamentais:

1.<sup>a</sup>) A fiscalização concreta em Portugal é difusa, dispersando por uma pluralidade de juizes a decisão de inconstitucionalidade sobre qualquer tipo de normas, enquanto que em Itália a fiscalização concreta, circunscreve-se à lei ou a actos com força de lei, e é concentrada no Tribunal Constitucional;

2.<sup>a</sup>) Na mesma fiscalização concreta existe sempre, no ordenamento português, reclamação para o Tribunal Constitucional de decisão do tribunal *a quo* que não admita a interposição de recurso de constitucionalidade para a primeira jurisdição; já em Itália, o juiz do tribunal *a quo*, no caso de ser suscitada por uma parte a inconstitucionalidade de uma lei, pode decidir não suspender o processo e não remeter o processo para o Tribunal Constitucional, se considerar que o pedido é manifestamente infundado.

Esta decisão é inapelável, funcionando o juiz como um “porteiro” do TC.

3.<sup>a</sup>) Pese o fato de em Portugal inexistir recurso directo de constitucionalidade. A CRP prevê, por via lateral, um expediente para o particular se defender em de leis singulares lesivas dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Assim, o n. 4 do art. 268 da CRP prevê que, se, por exemplo, uma lei singular ou um ato com forma legal cujo conteúdo material seja em tudo idêntico a um ato administrativo, violarem os direitos e interesses de um cidadão, este possa impugná-lo junto da jurisdição administrativa, como se de um ato administrativo se tratasse, sendo desconsiderada a referida forma legal.

A Itália não prevê semelhante tipo de sistema.

Nos dois ordenamentos, os actos administrativos e as sentenças ofensivas de direitos fundamentais podem ser apenas sindicados junto das jurisdições comuns, por ofensa à legalidade constitucional.

### **2.2.3 Tutela subjectiva mínima**

Trata-se do caso típico do ordenamento francês que evoluiu para um sistema jurisdicional de fiscalização das leis, em via exclusivamente preventiva.

Tentativas feitas em 1989 e 1993 em favor de um sistema de fiscalização concreta, à alemã, através da faculdade de os tribunais, a pedido das partes, remeterem o incidente para o CC, acabaram por não passar no Parlamento.

Ainda assim os tribunais administrativos são competentes para anular atos administrativos que violem os direitos fundamentais, inclusive os declarados no preâmbulo da Constituição.

### 2.3 A dimensão internacional da tutela jurisdicional

No período anterior à Segunda Guerra Mundial, o indivíduo era sobretudo objecto de normas jurídicas internacionais e o Estado, no plano externo, era o verdadeiro titular dos direitos individuais correspondentes, que se configuravam, assim, como objecto de um regime indirecto de protecção.

A verdadeira internacionalização da protecção dos direitos das pessoas ocorreu depois desse conflito, criando-se, gradualmente, um fenómeno de globalização dos direitos, em termos tais que, como alguém afirmou, “os direitos fundamentais já não são um assunto puramente interno do Estado”.

Ora, sobre esta força expansiva dos Direitos Fundamentais, a qual levou Bobbio a consagrar o século XX como o seu século (por ter sido aquele em que foram mais garantidos, mas também aquele em que se registraram as violações mais atrozés), gostaria de esboçar dois breves registos.

1.º) Como lembrou Paolo Ridola, verifica-se desde a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma geométrica expansão da protecção internacional dos direitos fundamentais.

Os Estados, gradualmente, ou conferem valor constitucional à mesma declaração (como sucede em Portugal); ou vinculam-se, simultaneamente, a outras convenções de carácter multilateral geral (como é o Caso dos Pactos da ONU de 1966, a Convenção do Genocídio de 1947, ou a Convenção de Roma que criou em 1998, o TPI); ou aderem a tratados de natureza regional, como a CEDH ou a Convenção Americana dos Direitos do Homem.

Embora as Constituições dos Estados continuem a ser, por regra, o vértice das ordens jurídicas, o facto é que existe uma circulação de modelos jurídico-internacionais de matriz ocidental, que influenciou no campo dos direitos fundamentais, não apenas as mesmas constituições, mas a legislação ordinária, situação paradigmática nas novas constituições do centro e leste europeu.

2.º) O fenómeno dos blocos regionais constitui um poderoso factor de circulação de paradigmas normativos e de reforço da protecção jurisdicional subjectiva dos Direitos do Homem.

Diversamente do que sucede com o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, que é, desde 1994, garantido no plano político por um comité da ONU, já em organizações regionais, como o Conselho da Europa, opera o TEDH, que, no respeito pela convenção do mesmo nome, profere sentenças declarativas e reparadoras, quando os Estados infringem direitos fundamentais.

Ora, neste Tribunal a tendência tem sido a da subjetivização da tutela.



Com a entrada em vigor, em 1998, do Protocolo 11, permitiu-se não só uma aceleração processual, mas o acesso direto das pessoas, individuais e coletivas, ao Tribunal.

Desde então, multiplicam-se os casos em que, por exemplo, Portugal tem sido condenado a indemnizar, mormente em razão da lentidão da Justiça.

## 2.4 Síntese

Sobre a tendência, interna e internacional, descrita, em matéria da evolução subjectivista da protecção jurisdicional dos direitos fundamentais, eu ousaria deixar, numa breve síntese, três pontos de reflexão.

1.º) O primeiro concerne ao facto de, nos ordenamentos internos, não ser possível apontar um modelo ideal, ou afirmar peremptoriamente que, quanto maior o número de procedimentos subjectivos de tutela de direitos, ou de de actos jurídicos sujeitos a essa tutela, mais perfeito será o sistema.

É certo que o reforço processual da subjectivação da garantia dos direitos fundamentais prossegue a um valor do Estado de Direito, que consiste na instituição de uma tutela jurisdicional efectiva, accionada pelos próprios cidadãos.

Com essa mesma tutela, caem e bem, as últimas e incompreensíveis imunidades de actos públicos, com especial relevo para a lei.

Contudo a importação de sistemas mais avançados exige poderação, sobretudo quando nesses sistemas se instalaram certas dúvidas de funcionamento.

Na Alemanha levantam-se vozes em favor de novos limites ao uso irrefreado do recurso directo, sendo já numerosos os indeferimentos liminares.

E em Espanha os recursos de amparo entopem o TC, subindo de 6.000 em 1996 para 27.000 em 1997, retirando sentido útil à fiscalização concreta, o que levou diversos autores a exigir a reforma do sistema.

Daí algum cepticismo instalado em Portugal e Itália.

Jorge Miranda considera que a fiscalização concreta difusa e o regime de amparo disfarçado do n 4 do art 268, são institutos suficientes para garantirem os direitos dos particulares, os quais têm sido beneficiados, enquanto administrados, a montante do processo constitucional, através de um contencioso administrativo de recorte crescentemente subjectivista.

E em Itália o discurso final de um dos seus maiores juristas, que foi Livio Paladin, desaparecido no ano de 2000, foi de cepticismo diante do instituto.

Antes de uma implantação do recurso directo importará avaliar o seu funcionamento prático, numa lógica de custo-benefício, nos sistemas onde em que foi implantado e aguardar, talvez, a sua reforma, para que o mesmo instituto possa ser útil e não um factor de apoplexia da Justiça Constitucional.

2.º) Não podemos deixar de encarar, sem reservas, as teses favoráveis à multiplicação de institutos cautelares que paralisam a eficácia de actos públicos,

tendo em vista a tutela de direitos de conteúdo indeterminado, de direitos sociais contidos em normas programáticas e de interesses difusos.

Uma marcha nesse sentido, sem avaliação de efeitos, poderia conduzir a decisões de mérito travestidas de juízos de legitimidade e à dissolução do interesse geral no mar encapelado e anómico de direitos, de pretensos direitos e meras expectativas jurídicas.

3.º) Os mecanismos jurisdicionais de tutela pelo DIP, pecam, algumas vezes, por sobreponibilidade e *excesso*.

A Carta Europeia dos Direitos do Homem constitui, a meu ver, um documento redundante, que só pode ser explicado como uma tentativa de criar uma Constituição federal europeia, através de uma declaração de direitos.

Portugal, por exemplo, ficará sujeito a um *puzzle* de regras internacionais sobre direitos fundamentais (Declaração Universal, Pactos da ONU, CEDH, e a Carta, quando esta tiver força jurídica) que, em caso de antinomias entre as suas normas, implicará o recurso a complexos critérios de hierarquia, competência e especialidade que complicarão ao invés vez de simplificar a tutela jurisdicional das posições subjectivas dos cidadãos.

Por outro lado, como bem sublinhou o Secretário do TC espanhol numa conferência em Siena, os tribunais internacionais, como é o caso do TEDH, decidem com frequência baseados em princípios indeterminados e com grande ou distância, desconhecimento dos factos que envolvem um dado litígio.

Enquanto que nas jurisdições constitucionais, que são tribunais de normas, os factos não são todavia irrelevantes na avaliação das situações e na motivação das decisões, nas jurisdições internacionais (TEDH e TJC) o parâmetro, para além do seu carácter vago, surge com frequência desligado do seu objecto.

Importa, pois, simplificar o parâmetro, aperfeiçoar os processos e articular as jurisprudências internas e internacionais.

**3** Exame crítico a novas modalidades de tutela dos direitos fundamentais em sede de controlo não-jurisdicional da constitucionalidade: a desobediência civil e o controlo da constitucionalidade de normas pela Administração Pública.

A evolução da garantia dos direitos para sistemas de fiscalização não-jurisdicionais da constitucionalidade tem sido defendida por sectores doutrinários, como um salto em frente, para uma posição superior de protecção.

Tal seria o caso da desobediência civil e da fiscalização difusa da constitucionalidade das leis pela Administração Pública.

### 3.1 A desobediência civil

A desobediência civil como forma de defesa da Constituição e de tutela dos direitos fundamentais começou por ser teorizada nos anos 60 e 70 do século pas-

sado por autores como Dworkin e Hannah Arendt, mas ganhou muito recentemente o interesse de muitos juspublicistas americanos e espanhóis.

Define-se, neste âmbito, a desobediência civil como uma acção colectiva de não-acatamento de actos de autoridade pública, de carácter consciente, voluntário, público, proporcionado e pacífico.

No campo específico da inconstitucionalidade, a desobediência fundar-se-ia no desacato de uma lei supostamente violadora de direitos fundamentais ou interesses difusos, com o objectivo de pressionar a sua eliminação.

E a ultrapassagem dos mecanismos institucionais de remoção ou invalidação da lei poderia derivar de factores diversos, tais como a abstenção do legislador em assegurar a participação dos destinatários na sua feitura; a ausência de mecanismos directos de fiscalização da constitucionalidade pelos cidadãos lesados nos seus direitos; e a quebra da legitimidade do TC como único guardião da Constituição numa sociedade plural de intérpretes.

Fora a situação em que a desobediência civil coincida com um quadro de estado de necessidade colectiva, alicerçado na defesa de bens nucleares (defesa da vida, defesa da independência nacional ou defesa do sistema democrático), não a aceitamos como meio de defesa dos direitos fundamentais, por três razões básicas.

1.<sup>a</sup>) Em primeiro lugar porque tal significaria reconhecer ao povo, em estado inorgânico e à margem da Constituição, formas de defesa da mesma Constituição, o que violaria a Lei Fundamental, pois criar-se-ia um novo poder soberano e a soberania, que é uma, só pode ser exercida nos termos da Constituição.

2.<sup>a</sup>) Em segundo lugar porque negaria o princípio do Estado de Direito Democrático, ao permitir a exclusão de culpa pela prática do ilícito da desobediência dos governados ante os governantes; a procedência de desafios colectivos à certeza do Direito; o primado da democracia participativa sobre a representativa; e a ruptura da tipicidade das formas de fiscalização da constitucionalidade das normas por órgão jurisdicionais.

3.<sup>a</sup>) Em terceiro lugar porque da desobediência civil à insurreição vai um simples passo, e a violência como forma de tutela de direitos fundamentais é ética e juridicamente inadmissível, independentemente dos motivos.

Falo conscientemente sobre este assunto num País-Irmão onde certas acções de protesto, com ocupações de propriedade pela força, não se quadram num cenário de admissibilidade jurídica.

### **3.2 A fiscalização da constitucionalidade das leis pela Administração**

Trata-se de um tema que, tendo uma receptividade circunscrita à Alemanha, onde a doutrina se divide, foi recentemente objecto de duas brilhantes dissertações de Rui Medeiros (onde figura de passagem) e no mestrado de André Salgado Matos.

Defendem os autores que, à luz da submissão da Administração Pública à Constituição, declarada a par da subordinação da mesma à lei, no art 266 da CRP, os operadores administrativos teriam competência, num conjunto delimitado de casos, para optar por desaplicar uma dada lei e aplicarem a Constituição se estimassem que a primeira violaria os parâmetros da segunda.

Esta desaplicação equivaleria a uma fiscalização concreta difusa da constitucionalidade, que não precludiria a possibilidade de uma ulterior intervenção da Justiça Constitucional, em processo abstracto e concreto, que teria sobre a contro- vérsia a última palavra.

Tive já a oportunidade no livro *Justiça constitucional* de me pronunciar contra a fiscalização da constitucionalidade das leis pela Administração.

Entendi, nessa obra, que o referido poder não lhe é cometido por nenhuma norma de competência; que existe uma reserva jurisdicional explícita e absoluta de controlo de constitucionalidade; que a lógica do ordenamento opera, como reafirma o TC, por patamares, devendo o operador administrativo dar aplicação à norma legal, porque de escalão imediatamente superior; que o princípio da tipicidade da lei impede, no art 112 CRP, a sua suspensão por actos administrativos; e porque a conversão de executores da lei em prováveis desaplicadores, guiados por critérios subjectivos, criaria um cenário de insegurança jurídica, contrário ao Estado de Direito.

Ainda assim, admito algumas situações muito circunscritas de desaplicação administrativa de lei inconstitucional, e como uma delas respeita à protecção de certos direitos fundamentais, será sobre a mesma que me pronunciarei.

Na CRP o art 18 determina que as normas que regulam direitos, liberdades e garantias têm aplicação directa.

Ora, acompanhando neste ponto idêntica posição do professor MGFF a propósito do ordenamento brasileiro, consideramos que as normas que têm aplicação directa apenas podem ser as que revestem natureza preceptiva e exequível por si própria, já que a aplicabilidade das restantes depende de necessária imediação legal para poderem ter exequibilidade.

Ainda assim, a aplicação directa de certas normas constitucionais não significam, como regra, que a Administração esteja, sem mais, autorizada a executar directamente uma dessas normas consagradoras de direitos, e a desaplicar uma lei que as discipline, com fundamento na sua suposta inconstitucionalidade.

Na verdade, no campo da organização do poder político, existem normas constitucionais preceptivas e essa preceptividade não autoriza o operador a executá-las directamente e desaplicar a lei interposta entre ambos.

O significado da aplicação directa é o de que o operador administrativo pode invocar imediatamente o preceito constitucional, se a lei inexistir; ou conjuntamente com a lei, se esta tiver sido editada.

Ainda assim, existem certos direitos fundamentais que a Constituição consagra como “absolutos”, já que são insusceptíveis de suspensão (n 6 do art 19); só são

restringíveis em casos muito excepcionais; e mostram-se insusceptíveis de supressão, mesmo por dupla revisão constitucional.

É o caso do direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, à não-retroactividade da lei penal incriminadora, à defesa dos argüidos, à liberdade de consciência e à liberdade de religião.

A hierarquia destes direitos sobre os restantes direitos, liberdades e garantias, bem como a sua aplicabilidade directa, conferem-lhes um *status* qualificado, que alguma doutrina designa como “preferência absoluta de aplicação”.

Como tal, considero que a Administração se encontra autorizada a aplicar directamente a norma constitucional que os consagra e a desaplicar eventual lei interposta que viole rotundamente a mesma norma constitucional.

A presença da mesma lei, que a Constituição, afinal, não reclama, é subsidiária em face da norma constitucional, sendo de aplicar directamente esta última, porque a mesma, à luz da mesma subsidiariedade, não sendo a mais próxima dos destinatários, é, contudo, em razão do seu regime e da hierarquia dos valores que tutela, a mais apta e adequada para assegurar a eficácia e a correcta aplicabilidade dos mesmos valores.

Em conclusão, salvo situações que decorrem, objectivamente, da lógica e da teleologia constitucional, e que conferem a título excepcional um poder e controle de constitucionalidade a órgãos não-jurisdicionais, temos que a garantia dos direitos fundamentais constitui uma reserva quase absoluta ou intangível de jurisdição, já que conflitos sobre a aplicação do Direito apenas podem ser solucionados por quem oferece institucionalmente garantias de imparcialidade e independência para os compor.

