A RECEPÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM PELA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA — UM FENÔMENO DE CONJUGAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL

JORGE MIRANDA[1]

I

1. Direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material

I — Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material — donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material[2].

Esta dupla noção — pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir — pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além, disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos.

Mas ela implica necessariamente dois pressupostos ou duas balizas firmes. Não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há ver-

1 Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica.

2 Seguimos o que escrevemos em A Constituição de 1976 — Formação, estrutura, princípios fundamentais, Lisboa, 1978, págs. 303 e segs.; e em Manual de Direito Constitucional, IV, 2ª ed., Coimbra, 1993, págs. 7 e segs.

dadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o.

II — Não custa apreender e acolher o conceito formal de direitos fundamentais. Não custa apreendê-lo e acolhê-lo à face do sentido formal de Constituição. E, porque não se afigura justificado desprender *a priori* qualquer preceito da Constituição formal da Constituição material — visto que esse preceito, mesmo quando aparentemente sem relevância constitucional, é parte de um todo, é passível da interpretação que possa ou deva fazer-se na perspectiva do sistema e, se recebe o influxo de outras disposições e princípios, também conta para o sentido sistemático que recai sobre outros preceitos e princípios[3] — deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental.

Participante por via da Constituição formal da própria Constituição material, tal posição jurídica subjectiva fica, só por estar inscrita na Constituição formal, dotada da protecção a esta ligada, nomeadamente quanto a garantia da constitucionalidade e a revisão. É inconstitucional uma lei que a viole e só por revisão (seja qual for o sistema de revisão constitucional adaptado) pode ser eliminada ou ter o seu conteúdo essencial modificado.

Ou seja: todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material[4]. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles.

III — Já algumas dúvidas poderão suscitar-se acerca do conceito de direitos fundamentais em sentido material, por sua neutralidade supor-se equivalente a um positivismo cego aos valores permanentes da pessoa humana e por a variação de concepções que toma em conta poder conduzir a um relativismo sem qualquer esteio seguro.

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão decerto e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, tanto da Europa dos anos 30 e 40 deste século como doutros continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas.

Julgamos não procedentes as dúvidas e as objecções, por vários motivos.

Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada

3 A Constituição de 1976..., cit., pág. 169.

4 Algo diversamente, VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1983, págs. 78 e 81.

pessoal[5], eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar.

Não excluímos — bem pelo contrário — o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito. Mas esse apelo não basta para dilucidar a problemática constitucional dos direitos fundamentais, porquanto o âmbito destes direitos vai muito para lá da fundamentação própria do Direito natural. Quer no século XIX quer, sobretudo, no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar (ou entroncar directamente) todos na natureza e na dignidade da pessoa. Apenas alguns (ou o conteúdo essencial da maior parte deles) são impostos pelo Direito natural; não, decerto — por importantes que sejam, e são — o direito de antena (art. 40º da Constituição portuguesa) ou o direito de acção popular (art. 52º, nº 3) ou os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54º, nº 5).

Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico colectivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá julgar-se que tal concepção, tal idéia ou tal sentimento não repouse num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto. O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menor autenticidade, a proclamação de direitos postulados pelo Direito natural — para quem a acolha — e de vocação comum a todos os povos.

De qualquer forma, quando, porém, tal concepção, tal idéia ou tal sentimento se traduza numa Constituição material pouco favorável aos direitos das pessoas, compressora deles ou negadora de direitos que, noutras partes do mundo, ou que, à luz de uma consciência universal, deveriam ser reconhecidos, o que está em causa não é o elenco dos direitos fundamentais em si; o que está em causa é a deficiência dessa Constituição material em confronto com outras, o carácter do regime político correspondente, a situação de opressão ou alienação em que viva certo povo. Uma noção como a proposta, longe de indiferente à realidade, permite, pois, submetê-la a um juízo crítico. Situando os direitos fundamentais no contexto da Constituição material, permite apercebê-los à luz dos princípios e dos factores de legitimidade de que dependem.

IV — A distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remonta ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em diversas Constituições — entre as quais a portuguesa.

Na verdade, lê-se nesse Aditamento que "a especificação de certos direitos pela

5 JOÃO DE CASTRO MENDES, Direitos, liberdades e garantias — Alguns aspectos gerais, in Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, I, Lisboa, 1977, pág. 102.

Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo". E, segundo o art. 16º, nº 1, da actual Constituição de Portugal, "os direitos fundamentais consagrados na constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional". Quer isto dizer que há (ou pode haver normas de Direito ordinário, interno e internacional atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais[6].

Debruçando-se sobre o texto norte-americano escreve KELSEN que ele consagra a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. E, a seguir, explica, no seu jeito de raciocinar característico, que o que isso traduz é que os órgãos de execução do direito, especialmente os tribunais, podem estipular outros direitos, afinal indirectamente conferidos pela Constituição[7].

Pois bem: pode acrescentar-se que, se indirectamente, a Constituição — a norte-americana, como a portuguesa — os prevê é porque adere a uma ordem de valores (ou ela própria encarna certos valores) que ultrapassam as disposições dependentes da capacidade ou da vontade do legislador constituinte; é porque a enumeração constitucional, em vez de restringir, abre para outros direitos — já existentes ou não — que não ficam à mercê do poder político; é porque, a par dos direitos fundamentais em sentido formal, se encontram, em relação constante, direitos fundamentais apenas em sentido material.

2. Do Estado Liberal ao Estado Social

I — Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge historicamente indissociável da idéia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstracta, de (no dizer de RADBRUCH) um "indivíduo sem individualidade"; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos os cidadãos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos econômicos; outros (*v.g.*, a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e sobretudo no século XX, reivindicados, e sucessivamente obtidos, direitos econômicos, sociais e culturais: direitos econômicos como garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como garantia de segurança na necessidade, direitos culturais como exigência de

6 Assim, também, CASTRO MENDES, op.cit., loc.cit. pág. 102; VIEIRA DE ANDRADE, op.cit., págs. 76 e segs.; GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, 1991, págs. 509 e 539-540.

7 General Theory of Law and State, Nova Iorque, 1961 (reimpr.), págs. 266-267.

acesso à educação e à cultura e, em último termo de transformação da condição operária[8].

II — A passagem para o Estado social irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes uma e outra categoria de direitos. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa[9] irá reforçar ou introduzir uma componente democrática, que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade-autonomia como uma liberdade-participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de BENJAMIN CONSTANT entre *liberdades dos antigos e liberdade dos modernos*).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos econômicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar sectores crescentes da sociedade. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime político pluralista, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos de liberdade se não esgotam no mero jogo de classes dominantes[10].

III — Fala-se, por vezes, em três gerações de direitos fundamentais: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; e a de novos ou novíssimos direitos, como os direitos ecológicos, os direitos dos povos à autodeterminação e aos recursos naturais, o direito ao desenvolvimento e o direito à paz.[11]

Conquanto esta tricotomia seja exacta de um prisma de localização cronológica do aparecimento destes ou daqueles direitos, já no plano conceitual não parece justificar-se: o direito ao ambiente — enquanto direito, e não enquanto interesse difuso — releva dos direitos sociais e, em parte ainda, dos próprios direitos de

8 No século XIX há textos constitucionais precursores da atribuição destes direitos: a Constituição francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23º) e, de certa maneira, mais modestamente, a Constituição portuguesa de 1822 (arts. 237º, 238º e 240º). E até já a Constituição francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21º).

9 V. A Constituição de 1976, cit., pág. 359 e segs.

10 Sobre esta evolução, cfr. por exemplo, PASSERIN D'ENTRÈVES, La Dottrina dello Stato, 2ª ed., Turim, 1967, págs. 281 e segs.; JORGE MIRANDA, Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, Lisboa, 1968, págs. 70 e segs.; HERMAN VAN IMPE, Les droits économiques et sociaux constituent-ils une catégorie spécifique de libertés publiques?, in Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX — Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, obra colectiva, III, Madrid, 1969, págs. 41 e segs; ERNST FORSTHOFF, Der Staat der Industriegesellschaft, trad. castelhana El Estado de la Sociedad Industrial, Madrid, 1975, págs. 249 e segs.; VITAL MOREIRA, A ordem jurídica do capitalismo, Coimbra, 1973, págs. 145 e segs.; AMÂNCIO FERREIRA, A conquista dos direitos sociais, in Fronteira, nº 5, janeiro-março de 1979, págs. 83 e segs.; PAULO BONAVIDES, Do Estado liberal ao Estado social, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1980, págs. 231 e segs.; JOSÉ VILAS NOGUEIRA, Igualdade juridica y Desigualdad exconomica en el Estado capitalista: los derechos sociales, in Revista de Estudios Políticos, nº 14, Março-Abril de 1980, págs. 11 e segs.; GÉRARD MARCOU, Refléxions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme, in Service Public et Libertés — Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier, Paris, 1981, págs. 635 e segs.; The Development of Welfare States in Europe and America, obra colectiva, ed. por Peter Flora e Arnold J. Heidenheimer, Novo Brunsvique e Londres, 1984; WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF e KARL DOEHRING, El Estado Social, trad., Madrid, 1986; JORGE NOVAIS, Contributo para uma teoria do Estado de Direito, Coimbra, 1987, págs. 213 e segs.

11 Cfr., por todos, PÉREZ LUÑO, Las generaciones de derechos humanos, in Revista del Centro de Estudios Constitucionales, set.-out. de 1991, págs. 203 e segs.

liberdade; e os direitos dos povos não podem, de modo algum, ser confundidos com direitos fundamentais (até porque, nos últimos trinta anos, houve regimes políticos que as invocaram precisamente para esmagar direitos fundamentais).

IV — Independentemente das profundas divergências que se sabe hoje existirem no domínio dos direitos fundamentais, ressaltam algumas tendências comuns:

— A diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas;

— A acentuação da dimensão objectiva dos direitos, como princípios básicos da ordem jurídica, sejam eles quais forem;

— A consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais;

— O reconhecimento de um conteúdo positivo, inclusive nos direitos de liberdade;

— A interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efectivação dos direitos;

— A complexidade de processos e de técnicas de regulamentação;

— A produção de efeitos não apenas verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação a particulares);

— O desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade.

3. A Constituição portuguesa actual e os direitos fundamentais

I — O processo que havia de conduzir à actual Constituição portuguesa — a de 1976[12] — partiu da idéia de Direito invocada pela revolução de 25 de Abril de 1974, que derrubou o regime autoritário-corporativo vigente desde 1926.

12 Sobre a Constituição de 1976, numa visão jurídica ou parajurídica, v. os escritos bastante diversos de JORGE MIRANDA, introdução a As Constituições Portuguesas, Lisboa, 1976, e A Constituição de 1976 — Função, estrutura, princípios fundamentais; GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Le origini della Seconda Repubblica Portoghese, Milão, 1977; MAURICE DOUVERGER, apresentação a uma tradução francesa da Constituição, Paris, 1977; MARCELLO CAETANO, A Constituição portuguesa de 1976, in R C.G.E., Porto Alegre 7 (17): págs. 45-73, 1977, e Constituições Portuguesas, Lisboa, 1978, págs. 123 e segs.; Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, 3 vols., Lisboa, 1977, 1978 e 1979; HEINRICH EWALD HÖRSTER, O Imposto Complementar e o Estado de Direito e Economia, 1977, págs. 37 e segs.; ANDRÉ THOMAS-HAUSEN, Constituição e realidade constitucional, in Revista da Ordem dos Advogados, 1977, págs. 471 e segs., e Verfassung und Verfassungswirklichkeit im neuen Portugal, Berlim, 1981; MÁRIO RAPOSO, Nota breve sobre a Constituição portuguesa, in Revista da Ordem dos Advogados, 1977, págs. 775 e segs.; GERHARD SCHMITT, Die portugiesische Verfassung von 1976, in Archiv des öffentlichen Rechts, 1978, págs. 204 e segs.; MANUEL DE LUCENA, O Estado da Revolução — A Constituição de 1976, Lisboa, 1978; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, 1ª ed., 1978; 2ª ed., 2 vols., 1984 e 1985, 3ª ed., 1993 e Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991; SOARES MARTINEZ, Comentários à Constituição Portuguesa de 1976, Lisboa, 1978; EMÍDIO DA VEIGA DOMINGOS, Portugal Político — Análise das Instituições, Lisboa, 1980; Alberto Martins, O Estado de Direito e a ordem política portuguesa, in Fronteira, nº 9, Janeiro-Março de 1980, págs. 10 e segs.; MARIA ISABEL JALLES, Implicações jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Européias — Alguns aspectos, Lisboa, 1980, págs. 67 e segs. e 243 e segs.; DOMINIQUE ROUSSEAU, La primauté présidentielle dans le nouveau régime portugais: mythe ou realité, in Revue

Essa idéia de Direito revelou-se claramente nas proclamações e nos primeiros actos concretos do poder revolucionário (a libertação dos presos políticos, o regresso dos exilados, o desaparecimento da censura, o feriado do 1º de Maio etc.) e manifestou-se logo nesse dia na convocação de uma Assembléia Constituinte a eleger por voto universal, directo e secreto.

Mas a legitimidade da revolução de 25 de Abril de 1974 teve igualmente como ponto de referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem, citada mais de uma vez pelos órgãos do poder revolucionário, e cujo império havia de contrastar com a situação da qual o país tinha saído. E, se as alusões se ofereciam bastante heterogêneas, elas vinham reconhecê-la como inspiração ou elemento definidor dos direitos fundamentais a garantir doravante em Portugal. Sem se aplicar directa ou preceptivamente, apesar disso era a idéia de Direito subjacente à Declaração que se acolhia.

II — Poucas Constituições darão tão grande relevo e impulso aos direitos fundamentais como a Constituição portuguesa, como resulta:

a) Da prioridade dentro do sistema constitucional (parte I) e do desenvolvimento da regulamentação (68 artigos), com princípios gerais comuns às grandes categorias de direitos previstos;

b) Da extensão do elenco, com cláusula de não tipicidade, e a interpretação e a integração dos preceitos de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º);

c) Da preocupação tanto de enumerar os direitos quanto de definir o seu conteúdo e fixar as suas garantias e as suas condições de efectivação;

d) Da contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, com raízes históricas e significado jurídico importante, embora difícil de explicar dogmaticamente por entre os direitos econômicos, sociais e culturais haver direitos com estrutura de direitos, liberdades e garantias (e daí o art. 17ª);

e) Da previsão entre os direitos, liberdades e garantias não só dos direitos clássicos mas também de direitos novos, como as garantias relativas à informática (art. 35º), o direito de antena (art. 40º) e a objecção de consciência (art. 41º, nº 5);

f) Da colocação da propriedade, não já a par das liberdades, mas sim dentre os direitos econômicos, sociais e culturais (art. 62º);

g) Do aparecimento como direitos fundamentais de direitos dos trabalhadores e das suas organizações (arts. 52º e segs.).

III — Distinguindo direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais

du droit public, 1980, págs. 1.325 e segs.; A Constituição de 1976 à luz duma reflexão cristã, obra colectiva, Lisboa, 1980; JOÃO MOTA DE CAMPOS, A ordem constitucional portuguesa e o Direito comunitário, Braga, 1981, *maxime* págs. 67 e segs.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição de 1976, Coimbra, 1982; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, cit.; Nos dez anos da Constituição, obra colectiva, Lisboa, 1987; LUCAS PIRES, Teoria da Constituição de 1976 — A transição dualista, Coimbra, 1988; o nº 60-61, abril-setembro de 1988 da Revista de Estudios Politicos (de que há trad. portuguesa. O sistema político e constitucional português, Lisboa, 1989); La Justice Constitucionnelle au Portugal, obra colectiva, Paris, 1989.

e culturais, a Constituição, do mesmo passo, estabelece a primazia ou uma maior relevância dos primeiros, firmando-os em pontos seguros e tornando claro que o seu respeito tem de ser incondicionado e que sem ele nenhuma incumbência do Estado pode ser realizada.

Essa maior relevância dos direitos, liberdades e garantias não se esgota, por isso, na sistematização adaptada na parte I da Constituição. Exibe-se também noutros importantíssimos aspectos:

a) Na decisão afirmada no preâmbulo de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos[13] e na referência do Estado democrático ao respeito e à garantia dos direitos e liberdades fundamentais (art. 2º), direitos e liberdades que correspondem essencialmente aos direitos do título II, já que os direitos econômicos, sociais e culturais bem podem associar-se melhor à decisão, também constante do preâmbulo, de "abrir caminho para uma sociedade socialista no respeito da vontade do povo português";

b) Na inserção dos "direitos, liberdades e garantias dos cidadãos" como limites materiais da revisão constitucional, ao passo que, dos direitos econômicos, sociais e culturais, os únicos que aí surgem são os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais [alíneas *d* e *e* do art. 290º, hoje 288º];

c) Na fixação de um regime dos direitos, liberdades e garantias, donde resulta o carácter preceptivo, de vinculação imediata para as entidades públicas e privadas, das normas constitucionais atributivas de tais direitos (arts. 18º e segs.);

d) Na reserva de competência legislativa do Parlamento sobre direitos, liberdades e garantias (arts. 167º e 168º);

e) Na necessidade de adaptação das normas atinentes ao seu exercício até ao fim da 1ª sessão legislativa (art. 293º, nº 3).

IV — Nesta ponência só nos iremos ocupar de um destes pontos: da recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no contexto das relações entre Direito constitucional e Direito interno.

II

4. Universalização e internacionalização dos direitos fundamentais

I — Nos séculos XVIII e XIX dir-se-ia existir somente uma concepção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas — legitimistas, socialistas, católicas — era o liberalismo (então, cumulativamente, filosófico, político e econômico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas — jusnaturalista, positivista, histórica — era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual.

13 E lê-se ainda no preâmbulo: "... a Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do País ...".

Já não assim no século XX: não tanto por causa da desagregação ou dissociação das três vertentes liberais (em especial, por o liberalismo político deixar de se fundar, necessariamente, no liberalismo filosófico) quanto por todas as grandes correntes — religiosas, culturais, filosóficas, ideológicas, políticas — se interessarem pelos direitos do homem e quase todas se afirmarem empenhadas na sua promoção e na sua realização. O tema dos direitos do homem cessou de ser, no nosso século, uma exclusiva reivindicação liberal.

Assiste-se, por conseguinte, a um fenômeno de universalização dos direitos do homem, não sem paralelo, com o fenômeno da universalização da Constituição, e que como este, se acompanha da multiplicidade ou da plurivocidade de entendimentos (reflectida depois, tantas vezes, na atribuição de sentidos discrepantes às mesmas declarações e disposições). Se se torna comum a todos os povos a crença na necessidade e no valor dos direitos do homem, o modo como ela se sente e como se pensa reflecte então todas as diferenças ou divergências de pressupostos religiosos, culturais e civilizacionais, de fundamentações filosóficas e de sistematizações jurídicas[14].

A uniformidade da técnica e a planetarização dos problemas políticos e econômicos não determinam, só por si, a unidade de regimes. Se pode antever-se uma "civilização do universal"[15] também no domínio dos direitos do homem — equivalente ao "ideal comum a atingir", de que fala a Declaração Universal — pelo menos por agora afiguram-se irredutíveis as sensibilidades e as valorações (com base religiosa ou não), que se sustentam nos diversos povos a respeito dos direitos e deveres do homem e do Estado[16].

II — A crença oitocentista na Constituição supusera que, onde esta existisse, estariam também garantidos os direitos fundamentais. Num contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isto levaria a que se não concebesse senão uma protecção interna dos direitos fundamentais.

Mas quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos direitos do Homem[17].

14 Cfr. LOUIS HENKIN, Rights: here and there, in Columbia Law Review, 1981, págs. 1.582-1.583; a obra colectiva Universalité des droits de l'homme devant un monde pluraliste, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1990; MARTIN KRIELE, L'universalità dei diritti dell'uomo, in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1992, págs. 3 e segs.

15 Esse o nome do célebre livro de RENÉ MAHEU, La Civilisation de l'Universel, Paris, 1966, evidenciando como a pluralidade de civilizações não implica a negação da continuidade e da solidariedade do futuro humano.

16 Daí as críticas à própria doutrina e a insistência até num "passivo dos direitos do homem", de, por exemplo, MICHEL VILLEY, Le Droit et les Droits de l'Homme, Paris, 1983, págs. 10 e segs. e 153 (o qual, todavia, reconhece que os direitos do homem protegem do abuso do governo e do arbítrio do "Direito positivo" — pág. 14).

17 V., em geral, PHILIPPE DE LA CHAPELLE, La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et

5. Valor jurídico-internacional da Declaração Universal dos Direitos do Homem

I — Em si, como acto de Direito internacional, o valor da Declaração Universal dos Direitos do Homem tem sido muito discutido.

Não é, por certo, um tratado ou convenção, pois foi aprovada sob a forma de resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, não vinculativa para os Estados (art. 10º da Carta). O que resta saber é se o conteúdo da Declaração não pode ser desprendido dessa forma e situado noutra perspectiva.

Parte da doutrina contesta tal possibilidade, por não atribuir às cláusulas da Declaração senão o valor de recomendação. Outra, pelo contrário, vê nela um texto interpretativo da Carta, pelo que participaria da sua natureza e força jurídica. E há ainda aqueles que prescrutam nas proposições da Declaração a tradução de princípios gerais de Direito internacional e até de *jus cogens*[18].

A tese de mera recomendação repousa na directa interpretação literal da Carta, bem como Na experiência da celebração de numerosas convenções sobre direitos do homem, que essas, sim, possuem eficácia jurídica própria e de que não haveria tanta necessidade se a Declaração tivesse tal eficácia.

A segunda tese parte da idéia de que tudo quanto há de essencial da Declaração se encontra já na Carta das Nações Unidas; ela é um enunciado de princípios gerais que apenas desenvolve e explicita a referência aos direitos do homem e às liberdades fundamentais que figuram na Carta. Se é verdade que, por si só, não se impõe aos Estados membros da ONU, vem reforçar as obrigações a que estes Estados, por virtude da Carta, estão sujeitos, tornando-as mais precisas.

Para a terceira tese os princípios contidos ou reflectidos nos artigos da Declaração constituem princípios gerais de Direito internacional[19], quer se entenda que se reduzem a meras fontes materiais quer se entenda que equivalem a fontes formais;

le Catholicisme, Paris, 1967; JORGE MIRANDA, A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem, Lisboa, 1977; Les Nations Unies et les Droits de l'Homme, obra colectiva, Nova Iorque, 1986; JOHN HUMPHEREY, The International Law of Human Rights, Paris, 1989.

18 Sobre o problema, v., entre tantos, MIRKINEGUETZÉVITCH, Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, in Recueil des Cours, 1953, II, págs. 302 e segs.; LOUIS B. SOHN, La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, in Revue de la Commission Internationale de Juristes, t. VIII, nº 2, dez. de 1962, pág. 24; ALFRED VERDROSS, Derecho Internacional Público, 4ª ed. castelhana, Madrid, 1963, págs. 14, 79 e 506; GIUSEPPE SPERDUTTI, Diritti umani, in Enciclopedia del Diritto, XII, 1964, págs. 809-810; J.C. BRIERLY, Direito Internacional, trad., Lisboa, 1965, pág. 297; SHIGERU ODA, The Individual in International Law, in Manual of Public International Law, obra colectiva, Londres, 1968, págs. 495 e segs.; RENÉ CASSIN, Droits de l'homme et méthode comparative, in Revue international de droit comparé, 1968, págs. 476 e segs.; M. DIEZ DE VELASCO, Instituciones de Derecho Internacional Público, I, 3ª ed., Madrid, 1976, pág. 343; VIEIRA DE ANDRADE, Declaração Universal dos Direitos do Homem, in Polis, II, págs. 11 e 12; CANÇADO TRINDADE, Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos de 1948 por ocasião do seu quadragésimo aniversário, in Revista de Informação Legislativa, nº 99, julho-setembro de 1988, págs. 11 e segs.; J.F. REZEK, Direito Internacional Público, 2ª ed., São Paulo, 1991, págs. 221 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, Manual de Direito Internacional Público, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 392-383.

19 Ou "princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas", como diz o art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

e eles projectam-se não apenas sobre os Estados-membros da ONU como também sobre quaisquer Estados.

II — Parece este último entendimento o preferível, por mais atento aos "sinais dos tempos", à convicção crescentemente generalizada da inviolabilidade dos direitos do homem e às repetidas referências à Declaração — umas vezes, sem significado, mas, muitas outras, a título de remissão ou de fundamentação — que se deparam em Constituições, tratados, leis e decisões de tribunais[20].

E não pode esquecer-se que foi a partir da Declaração Universal que os princípios atinentes aos direitos do homem se difundiram começaram a sedimentar-se na vida jurídica internacional, tanto em nível das Nações Unidas (através dos Pactos de 1966 e de numerosas Declarações e convenções sobre problemas sectoriais) como em nível das suas organizações especializadas (a Organização Internacional do Trabalho e a UNESCO, sobretudo) como por meio das organizações regionais (a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950; a Convenção Interamericana, de 1969; a Carta Africana, de 1981)[21].

III

6. A Declaração Universal dos Direitos do Homem como parte da Constituição formal portuguesa

I — O artigo 16º, nº 2, da Constituição estabelece que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem".

Este preceito não é uma norma de recepção material. Não sujeita os artigos ou proposições da Declaração Universal aos quadros da Constituição; conjuga, sim, a Constituição com a Declaração Universal no domínio dos direitos fundamentais, fazendo-a participar e depender do seu espírito numa necessária harmonia valorativa. É uma norma de recepção formal[22].

Traduzindo-se, como se traduz, a Declaração Universal em princípios gerais de Direito internacional — eles aplicar-se-iam, enquanto tais, na ordem interna por

20 Sobre o influxo da Declaração Universal sobre as Constituições de diversos países cfr. HENC VAN MAARSEVEN e GER VAN TANG, Written Constitutions — A Computerized Comparative Study, Nova Iorque e Alphen aan den Rijn, 1978, págs. 189 e segs.

21 V. o nosso Direito Internacional Público, Lisboa, 1991, págs. 363 e segs.

22 Como se sabe, a diferença entre recepção material e formal é a seguinte:

a) Na primeira tudo se resume a expediente de preenchimento de zonas de regulamentação jurídica; as normas recebidas são incorporadas como normas do sistema que as recebe ou nele enxertadas com o mesmo espírito que a este preside; e a sua interpretação, a sua integração e a sua vigência tornam-se dependentes de outras normas do novo sistema ou subsistema a que ficam pertencendo;

b) Na recepção formal, pressupõe-se a conservação da identidade dos princípios ou preceitos; pressupõe-se que eles valham com a qualidade que tinham; e a interpretação, a integração e a aplicação deles fazem-se nos exactos parâmetros da situação de origem.

virtude da cláusula de recepção do Direito internacional geral ou comum do art. 8º, nº 1 da Constituição e da cláusula aberta de direitos fundamentais do art. 16º, nº 1.

O art. 16º, nº 2, eleva-os, porém, directamente à categoria de princípios constitucionais, a par dos que estão inscritos no preâmbulo da Constituição e no articulado e de outros, ainda, que o legislador constituinte não tenha querido ou podido explicitar. E, desta sorte, integra a Constituição positiva portuguesa com "o ideal comum a atingir" ou a "concepção comum" de direitos e liberdades a que se reconduzem tais princípios; configura a Constituição em sentido formal e a constituição em sentido material de modo a aí abranger a Declaração[23].

A função do art. 16º, nº 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica estadual positiva, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais — e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa — têm de ser pensadas e postas em prática.

Aos princípios em que se desdobra a Declaração Universal estendem-se todas as características e implicações próprias dos princípios consignados na Constituição (arts. 207º, 277º, nº 1, e 290º, nº 2)[24].

II — Há quem vá mais longe do que nós, atribuindo à Declaração Universal não valor constitucional, mas sim supraconstitucional.

AFONSO QUEIRÓ sustenta que a Declaração, enquanto decide da interpretação a dar aos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, tem força jurídica superior à da própria Constituição, enquanto interpretada sem o subsídio dessa Declaração[25]. Outro Autor, PAULO OTERO, escreve que através do artigo 16º, nº 2, a Constituição auto-subordina-se em nível interpretativo, em matéria de direitos fundamentais, à Declaração, daí resultando o valor supraconstitucional desta — ainda que seja a Constituição o fundamento da vigência da Declaração no ordenamento português; e se a interpretação conforme à Constituição for menos favorável do que a mera interpretação de normas da Constituição, prevalecerá tal interpretação menos favorável[26].

Não aceitamos este entendimento.

Por um lado, o artigo 16º, nº 2, não deve ser considerado isoladamente, alçado a norma superior às demais; a recepção que ele opera dá-se no âmbito da Constituição

23 Contra, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição..., 3ª ed. cit., págs. 138. Diferentemente, embora sem qualificarem o fenômeno como recepção formal, VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais..., cit., Coimbra, 1983, pág. 37; ou JORGE CAMPINOS, Direito Internacional dos Direitos do Homem, Coimbra, 1984, págs. 10 e segs.

24 V. recentemente, considerando a Declaração Universal elemento relevante para a formulação de juízo de inconstitucionalidade, o Acórdão nº 222/90 do Tribunal Constitucional, de 20 de junho de 1990, in Diário da República, 2ª série, nº 215, de 17 de setembro de 1990. Cfr. também o Acórdão nº 63/85, de 16 de abril de 1985, ibidem, 2ª série, nº 133, de 12 de junho de 1985.

25 Lições de Direito Administrativo, policopiadas, Coimbra, 1976, págs. 325-326.

26 Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais, in O Direito, 1990, págs. 603 e segs., máxime 605, 609-610 e 612.

formal nuclear; e, assim, se, por hipótese, um qualquer norma constitucional originária for contrária à Declaração, então isso apenas significará que aí não funciona a recepção, que essa norma constitucional limita o alcance do artigo 16º, nº 2.

De resto, não aceitamos a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, de normas criadas pelo mesmo poder constituinte quer todas tenha decretado. Só admitimos a inconstitucionalidade de normas criadas por via de revisão constitucional, porque o poder de revisão é, ele, um poder constituído, subordinado à Constituição[27].

Por outro lado, muito menos se vê como poderia invocar-se a Declaração Universal para impedir a aplicação de norma constitucional que fosse mais favorável aos direitos fundamentais. O artigo 16º, nº 2, serve para reforçar a consistência e alargar o âmbito dos direitos, não para os diminuir ou restringir. Nem se contra-argumente com o artigo 29º, nº 2, da Declaração (sobre deveres e limites ao exercício dos direitos), pois tampouco ele nisso se projecta[28].

III — Além dos princípios constantes da Declaração Universal, há outros princípios de Direito internacional geral ou comum a que a Constituição se reporta e que *in primis* deveriam também aqui ser considerados: são os princípios por que Portugal se rege nas relações internacionais art. 7º, nº 1) e os princípios que, nos limites da lei interna, prevejam a punição criminal de acções e omissões (art. 29º, nº 2).

Nem uns, nem outros, no entanto, são, rigorosamente, objecto de um fenômeno de recepção assimilável ao estabelecido no art. 16º, nº 2.

Quanto àqueles primeiros princípios, é a própria Constituição que os enuncia: princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade. A Constituição enuncia-se, integra-os, directamente, no seu sistema. Não valem autonomamente.

Quanto aos segundos[29], trata-se de princípios a conjugar com o Direito ordinário português — com a lei interna, como se lê no art. 29º, nº 2 — e dotados, portanto, de força jurídica infraconstitucional[30].

IV — Observe-se que o art. 16º, nº 2 da Constituição portuguesa influenciou outras Constituições: pelo menos, a espanhola, de 1978 (art. 10º, nº 2), a de São Tomé e Príncipe, de 1990 (art. 17º, nº 1) e a cabo-verdiana, de 1992 (art. 16º, nº 3).

No tocante ao preceito espanhol, ele distingue-se do art. 16º, nº 2, português, sob três aspectos: 1º) por se referir a liberdade e, assim, parecer excluir os direitos

27 V. a demonstração em Manual de Direito Constitucional, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, págs. 318 e segs.

28 V. Manual..., IV, pág. 264 e segs.

29 Que tiveram por fontes o art. 7º, nº 1, da Convenção Européia dos Direitos do Homem e o art. 15º, nº 2, do pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

30 Neste sentido, parece, SOUSA BRITO, A lei penal e a Constituição, in Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, II, Lisboa, 1978, págs. 242. Diversamente, PAULO OTERO (op. cit. loc. cit., pág. 607, nota) fala em força hierárquico-normativa igual à das normas constitucionais.

econômicos, sociais e culturais; 2º) por só prever a interpretação, não já a integração; 3º) por em contrapartida, prever a interpretação também em conformidade com convenções internacionais de direitos do homem[31].

7. A interpretação e a integração de harmonia com a Declaração Universal

I — O art. 16º, nº 2, manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal. Incide, pois, a Declaração desde logo sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime[32].

Esta interpretação da Constituição conforme a Declaração torna-se tanto mais fácil quanto é certo que esta foi uma das fontes determinantes de regulamentação constitucional dos direitos fundamentais (ao lado de certas Constituições estrangeiras). A unidade da parte I pode estear-se na Declaração Universal e abundantes são os preceitos em que se reproduz quase literalmente o seu teor.

Mas ainda: para lá de correspondências mais ou menos claras que reforçam o preceituado na Constituição, deparam-se mesmo alguns artigos da Declaração que utilmente esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localizações ou de formulações, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto do Direito interno.

É o que sucede (ainda depois das três revisões constitucionais):

— com o art. 1º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e consciência de que todos os homens são dotados;

— com o art. 2º, 1ª parte, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo ("nomeadamente") e não a título taxativo;

— com o art. 2º, 2ª parte, ao parecer impor um tratamento por igual aos estrangeiros (completando os arts. 13º, nº 2, e 15º, nº 1, da Constituição);

— com o art. 7º, 2ª parte, ao atribuir direito a protecção igual contra qualquer discriminação (o que é um sentido mais activo do princípio da igualdade, a aproximar da regra do art. 18º, nº 1, da Constituição);

— com o art. 9º, ao estabelecer que ninguém pode ser arbitrariamente exilado (princípio subjacente ao art. 33º, nºs 2, 4 e 5, da Constituição);

— com o art. 16º, nº 1, ao falar em "direito de casar e de constituir família" (o que reforça o nexo entre casamento e família que, embora muito menos claramente, já pode vislumbrar-se no art. 36º, nº 1, da Constituição);

31 Sobre o art. 10º, nº 2, da Constituição espanhola, v. SILVIO BASILE, Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades publicas, in La Constitución Española — Estudio Sintetico, obra colectiva, 2ª ed., Madrid, 1981 (2ª reimpr., 1984), págs. 277 e 278; ENRIQUE ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución, Madrid, 1984, págs. 398 e segs.; FERNANDO REY MARTINEZ, El articulo 10, 2 de la Constitución como tecnica interpretativa para la conformación y garantia de los derechos fundamentales, policopiado, Valladolid, 1987.

32 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pág. 38.

— com o art. 16º, nº 2, ao estipular que o casamento exige o livre e pleno consentimento dos esposos (o que só está implícito no art. 36º, nº 1);

— com o art. 22º, 2ª parte, ao fazer depender a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais do esforço nacional e da cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos do país[33] (como está apenas pressupostos nos arts. 7º, 9º e 81º);

— com o art. 26º, nº 2, ao estabelecer que a educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (o que se compagina bem como os arts. 73º, nº 2, *in fine*, e 74º, nº 2, da Constituição);

— com o art. 26º, nº 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade do direito de escolha do gênero de educação a dar aos filhos (o que reforça a garantia contida nos arts. 36º, nº 5, e 67º, nº 1, alínea *c*), e não é sem conseqüências sobre os arts. 43º, 74º e 75º)[34].

II — O que significa a integração de preceitos constitucionais e legais pela Declaração universal? Significa que se pode e deve completar os direitos ou, porventura, os limites aos direitos constantes da Constituição com quaisquer direitos ou faculdades ou com limites aos direitos que se encontrem na Declaração? Ou significa que, admitida a possibilidade de lacunas na Constituição em sentido formal, haverá lugar à integração somente quando se reconheça, dentro do próprio sistema da Constituição, que há lacunas em sentido estrito, que nela não estão enunciados direitos que derivam desse mesmo sistema?

A favor do segundo entendimento poderia invocar-se o nexo existente em direito entre integração e lacuna ou situação não prevista em preceito determinado, mas que tem de ser juridicamente regulada no espírito do sistema; e poderia lembrar-se a rejeição pela Assembléia Constituinte de uma proposta para que no art. 16º, nº 1, se acolhessem também direitos "decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana"[35]

Parece mais plausível, no entanto, o primeiro significado do termo integração, embora menos rigoroso: primeiro, porque ele se coaduna melhor com a idéia de "âmbito" de direitos que inspira o art. 16º; em segundo lugar, porque, se o art. 16º, nº 2, coloca a interpretação da Constituição no quadro da Declaração, então o sistema de tutela dos direitos fundamentais abarca-a necessariamente e as lacunas da Constituição têm de ser recortadas nesse âmbito; finalmente, porque a referência ou não a "inviolabilidade da pessoa humana" não só não tem que ver com este problema como a sua falta é compensada largamente pela recepção dos princípios gerais da Declaração.

A questão é, aliás, quase acadêmica em face do texto da Constituição, a qual vai muito além tanto da Declaração Universal como, em regra, dos Pactos internacionais de 1966. Com efeito, tirando princípios de civilização tão incontestáveis que

33 Ou do desenvolvimento econômico (art. 45º da Constituição da Guiné-Bissau).

34 Antes da revisão constitucional de 1982, deveriam ainda ter-se em conta os arts. 14º (direito de asilo), 15º, nº 2, 1ª parte (garantia da cidadania), 16º, nº 3 (família) e 27º, nº 1 (fruição cultural).

35 Nesta linha, LEONOR BELEZA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Direito de Associação e Associações, in Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, III, Lisboa, 1979, pág. 175.

seria escusado a Constituição proclamá-los (como os dos arts. 4º e 6º da Declaração) e um princípio específico de Direitos internacional (como o do art. 15º, nº 1), poucas são as regras que tenham um conteúdo mais precioso que o das proposições constitucionais ou que nelas não tenham correspondência. São apenas: os arts. 10º (na medida em que abrange outras formas de processo além do processo penal), 15º, nº 2, 2ª parte (direito de mudar de cidadania), 17º, nº 2 (na medida em que a proibição de privações arbitrária da propriedade deve abranger quer a propriedade privada quer a propriedade comunitária e quaisquer outras que venham a existir), 18º (liberdade de pensamento), 24º (direito de todas as pessoas, e não só dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres) e os arts. 29º e 30º (deveres e limites dos direitos).

8. A abertura a novos direitos fundamentais

I — Vale a pena, antes de terminar, dedicar alguma atenção ao preceito imediatamente antecedente do preceito sobre a Declaração Universal — ao art. 16º, nº 1, a que aludimos no início desta ponência.

Como dissemos, o art. 16º, nº 1 aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material.

Não se depara, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Daí pode apelidar-se o art. 16º, nº 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais[36].

Não se trata somente dessa possibilidade de integração ou complementação do catálogo constitucional. Trata-se, mais do que isso, de uma manifestação — simétrica da regra do carácter restritivo das restrições de direitos, liberdades e garantias (arts. 18º, nºs 2 e 3) — de um princípio geral do ordenamento jurídico: o princípio da autonomia ou, antes, o princípio da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação da sua dignidade. E esse princípio tem por homólogo, em Direito privado, o princípio da tutela geral da personalidade (art. 70º do Código Civil), aproximável ou não (como se entenda) do direito geral à proteção da personalidade de que fala certa doutrina[37].

II — O atrás evocado 9º Aditamento à Constituição dos Estados Unidos é a primeira e a mais importante das cláusulas abertas e não deixa de ser significativo surgir em referência à primeira Constituição moderna, que é também o modelo talvez mais conseguido de Constituição liberal.

36 O art. 32º, nº 1, e o art. 269º, nº 2, por seu lado, podem qualificar-se de cláusulas abertas especiais.
37 Cfr., por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, A Constituição e os direitos de personalidade, in Estudos sobre a Constituição, II, 1978, págs. 194-195; ou VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., cit., pág. 87.

Não são muitas as Leis Fundamentais que, na sua esteira, consagram fórmulas semelhantes[38], embora alguns textos recentes contemplem um direito ao livre desenvolvimento da personalidade[39]. Curiosamente, contudo, em Portugal, depois de introduzida pela Constituição de 1911 (art. 4º), ela transitaria para a Constituição autoritária de 1933 (art. 8º, § 1º), antes de chegar à Constituição actual[40].

Com ou sem preceitos constitucionais expressos[41], certo é que não só nos Estados Unidos mas também noutros países a jurisprudência tem construído novos direitos ou novas faculdades ou especificações de direitos para além daqueles que se encontram nas Constituições escritas[42].

III — Vale a regra também no concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais?

Poderia supor-se que não, por os direitos sociais inculcarem intervenções do Estado, compressivas dos direitos de liberdade para além da constituição (e da lei), não outros interesses e aspirações; só faria sentido procurar cada vez maior limitação do poder público, não estimular maior acção desse mesmo poder[43].

Não seguimos tal opinião. Em nosso entender, porque vivemos, não em Estado liberal, mas sim em Estado social de Direito, os direitos econômicos, sociais e culturais (ou os direitos que neles se compreendam) podem e devem ser crescentemente dilatados ou acrescentados para além dos que se encontrem declarados em certo momento histórico — precisamente à medida que a solidariedade, a promoção das pessoas, a consciência da necessidade de correcção de desigualdade (como se

38 Art. 50º, da Constituição venezuelana; art. 28º da Constituição da Guiné-Bissau; art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira; art. 94º da Constituição colombiana; art. 16º, nº 1, da Constituição cabo-verdiana. Menos claramente, art. 2º da Constituição italiana.

39 Assim, art. 2º da Constituição alemã, art. 43º da Constituição venezuelana, art. 48º da Constituição paraguaiana (de 1967), art. 5º da Constituição grega, art. 17º da Constituição angolana, art. 10º, nº 1, da Constituição espanhola, art. 16º da Constituição colombiana.

40 Recorde-se ainda a proclamação do art. 2º da Constituição de 1822 (e retomada pelo art. 145º, § 1º, da Carta Constitucional, pelo art. 9º da Constituição de 1838 e pelo art. 3º, nº 1, da Constituição de 1911) segundo o qual a liberdade consistiria em ninguém ser obrigado "a fazer o que a lei não manda, nem deixar de fazer o que a lei não proíbe". Quase todas as Constituições do século XIX de outros países dispunham o mesmo.

41 Sobre a cláusula aberta, v., além do já citado passo da general Theory of Law and State, C. SCHMITT, Teoria de la Constitución, trad., Madrid, 1934, págs. 203 e segs.; FLOYD ABRAHMS, What are the rights guarented by the Ninth Amendment?, in American Bar Association Journal, nº 53, Novembro de 1967, págs. 1.033 e segs.; ALLAN-BREWER-CARIAS, Les garanties constitutionnelles des droits de l'omme dans les pays de l'Amérique Latine (notamment en Venezuela), in Revue internationale de droit comparé, 1977, pág. 34; LOUIS HENKIN, Rights: here and there, cit., loc. cit., pág. 1.587; WILLIAM F. HARRIS II, Bonding World and Polity: the Logic of American Constitutionalism, in The American Political Science Review, 1982, pág. 44; TÉRCIO SAMPAIO FERRARZ JÚNIOR, Constituinte — Assembléia, Processo, Poder, 2ª ed., São Paulo, 1986, págs. 13 e segs.; HENRIQUE MOTA, Le principe de la "liste ouverte" en matière de droits fondamentaux, in La Justice Constitutionnelle au Portugal, págs. 177 e segs.

42 V., por exemplo, quanto à Itália e à França, MARIE-CLAIRE PONTHOREAU, La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours Constitutionnelles italienne et française, Paris, 1994.

43 Neste sentido, criticando o artigo 16º, nº 1, HENRIQUE MOTA, op. cit., loc.cit., págs. 197 e segs. Em favor da aplicação aos direitos econômicos, sociais e culturais, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos da Constituição, cit., 1991, págs. 116-117.

queira) vão crescendo e penetrando na vida jurídica. E porque esses direitos (ou grande parte deles) emergem como instrumentais em relação aos direitos, liberdades e garantias, não há então que temer pela liberdade: desde que não se perca, em nenhum caso, o ponto firme representado pelos direitos, liberdades e garantias assegurados pela Constituição, quanto mais solidariedade mais segurança, e quanto mais condições de liberdade mais adesão à liberdade.

Um exemplo basta para o comprovar. O art. 74º (nº 3, alínea *a*), da Constituição incumbe o Estado de assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito. Ora, não só a duração do ensino básico tem sido alargada ao longo da vigência da Constituição[44] como não poderia considerar-se inconstitucional a obrigatoriedade do ensino secundário ou da educação pré-escolar se, por lei ordinária, viesse a ser decretada.

Aliás, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas do Estado. Depende também de comunidades, grupos, associações, da capacidade de organização dos próprios interessados e do empenho participativo que ponham na acção. Pedir mais direitos não é o mesmo que reclamar mais interferência do Estado ou mais burocracia. Pelo contrário, pelo menos na lógica da Constituição portuguesa, pedir novos ou mais extensos direitos económicos, sociais e culturais equivale a pedir mais direitos de participação das pessoas e dos grupos sectoriais dentro da sociedade civil.

IV — De todo o modo, o problema que assim fica aflorado é real: quando é criado ou atribuído um novo direito, tal nunca deixa de ter implicações nos direitos já existentes da mesma pessoa ou categoria de pessoas ou nos das outras pessoas; não podem ser previstos por lei ordinária tantos e tais direitos que briguem com os direitos constitucionalmente consagrados; não podem ser aditados novos direitos indefinidamente.

Este problema não se suscita, contudo, apenas a propósito dos direitos económicos, sociais e culturais; suscita-se nas relações entre eles e os direitos, liberdades e garantias, assim como se suscita nas relações entre estes e aqueles direitos, liberdades e garantias. É um problema que se reconduz à temática geral da colisão de direitos, a prevenir ou a resolver, em todos os casos, de harmonia com os critérios gerais e tendo em conta, em última análise, que uma norma legal ou de Direito internacional convencional que institua um direito contrário ou, na prática, subversivo de um direito constante de uma norma constitucional não pode proceder e deve ser julgada inconstitucional pelos tribunais.

Uma coisa é a ilimitabilidade da personalidade humana, outra coisa a ilimitabilidade da lista de direitos em que se concretize. Nenhum direito é absoluto ou ilimitadamente elástico e cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade (aliás, mais valorativa do que lógica) do sistema.

V — Nenhum obstáculo existe em admitir direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias apenas previstos na lei ou em fontes de Direito internacional): desde que sejam direitos fundamentais para efeito do art. 16º, também o podem ser para efeito do art. 17º.

44 Hoje, em Portugal, é de nove anos (art. 6º da Lei 46/86, de 14 de outubro).

Mas participam os direitos, liberdades e garantias criados por lei ou convenção internacional do estatuto, especialmente consistente, dos arts. 18º, 19º e 21º da Constituição?

A resposta parece-nos dever ser mitigadamente positiva.

Por uma banda, mal se concebe que um direito criado por lei não possa ser extinto por lei[45] ou tratado, se bem que a extinção de um direito criado por lei careça de motivação particularmente exigente, não desproporcionada em relação ao interesse público invocado para o justificar[46].

Porém, por outra parte, enquanto subsistir, não se vê por que motivo não se lhe deva estender — se de natureza análoga à dos direitos do título II da parte I da Constituição — o regime dos direitos, liberdades e garantias[47]. Por menos exigente que se seja quanto à medida que o regime constitucional é aplicável aos direitos análogos de origem legal, sempre restará como um mínimo irremissível a proibição de restrições injustificadas ou desproporcionadas[48].

VI — Questão distinta consiste em saber se pode haver regras — obviamente, apenas regras materiais — sobre direitos fundamentais constantes apenas da lei.

Sem dúvida, podem existir, contanto que, também elas, não contradigam as normas constitucionais. É o caso da responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos por ofensa de direitos, liberdades e garantias, hoje constante da Lei nº 34/87, de 16 de julho, de resto com base no art. 120º da Constituição.

Quanto a regras constantes de normas internacionais, obrigam, entre outras, o Estado português, as respeitantes ao acesso dos indivíduos à Comissão Européia dos Direitos do Homem (Convenção Européia) e ao Comitê de Direitos do Homem (Pacto de Direitos Civis e Políticos e 1º Protocolo Adicional).

VII — Lei, para efeito do art. 16º, nº 1, corresponde a qualquer dos tipos constitucionais de actos legislativos do art. 115º: nem mais, nem menos. Só terá de ser lei da Assembléia da República quando a criação de um novo direito se repercutir, directa ou indirectamente, em algum dos direitos, liberdades e garantias do título II da parte I da Constituição.

Por regras de Direito internacional entendem-se normas jurídico-internacionais vinculativas do Estado Português abrangidas pelo art. 8º, designadamente de Direito internacional convencional e de Direito derivado de organizações internacionais[49].

Não podem, entretanto, ser considerados direitos fundamentais todos os direitos, individuais ou institucionais, vindos de leis ou de fontes internacionais. Apenas

45 Contra, HENRIQUE MOTA, op. cit., págs. 205 e segs. Invoca, até como argumento de maioria de razão, a regra do não retorno quanto a direitos sociais, mas não reparando em que aqui se trata de direitos constantes da Constituição e do conferir de exeqüibilidade às correspondentes normas.

46 Assim, acórdão nº 109/85, do Tribunal Constitucional, de 2 de julho de 1985, in Diário da República, 2ª série, nº 208, de 10 de setembro de 1985; acórdão nº 78/86, cit., loc. cit.; acórdão nº 51/87, de 4 de fevereiro de 1987, ibidem, 2ª série, nº 83, de 9 de abril de 1987.

47 Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., págs. 79 e 80; e, de certo modo, ALBINO DE AZEVEDO SOARES, Lições de Direito Internacional Público, 4ª ed., Coimbra, 1988, pág. 101.

48 Acórdão nº 109/85 do Tribunal Constitucional, cit., loc. cit., pág. 8.455.

49 Quanto ao Direito comunitário, assim, LUISA DUARTE, A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário, Lisboa, 1989, pág. 134.

alguns desses direitos o podem ser: apenas aqueles que, pela sua finalidade, pela sua conjugação com direitos fundamentais formais, pela sua natureza análoga à destes (cfr. ainda o art. 17º), ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem em nível da Constituição material[50] [51].

VIII — Entre estes direitos fundamentais materiais (não formais) no actual ordenamento português provenientes de convenção internacional indiquem-se:

— O direito de não sujeição a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio (art. 7º, 2ª parte, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos); os direitos relativos ao regime penitenciário (art. 10º), a proibição da prisão por dívidas (art. 11º e art. 1º do Protocolo Adicional nº 4 à Convenção Européia dos Direitos do Homem), o direito ao conhecimento da língua em processo penal (art. 14º, nº 3, alíneas *a* e *b*, e arts. 5º, nº 2 e 6º, nº 3, alíneas *a* e *e*, da Convenção Européia), o direito a decisão em prazo razoável em processo civil (art. 6º, nº 1, da Convenção Européia), o direito dos pais de assegurar educação e ensino aos filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (art. 2º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Européia).

E tal como noutros países tem outrossim a jurisprudência constitucional contribuído para o aditamento de novos direitos ou decorrências de direitos:

— O direito de recurso ou de 2º grau de jurisdição (acórdão nº 31/87); o direito ao conhecimento e ao estabelecimento da paternidade (acórdão nº 99/88); o direito de se opor à utilização do próprio cadáver, por razões éticas, filosóficas ou religiosas (acórdão nº 130/88)[52].

50 Ou, como se dizia no citado art. 4º da Constituição de 1911, aqueles que sejam "resultantes da forma de governo que a Constituição estabelece ou dos princípios que consagra".

51 Neste sentido, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., págs. 87-88.

52 A doutrina vai propondo ainda a integração como direitos fundamentais dos direitos relacionados com a biomédica ou de defesa da vida perante a engenharia genética.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS