

Que direitos fundamentais temos? Protecção interna e protecção internacional¹

LUÍSA NETO, Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE-FDUP

lneto@direito.up.pt

Sumário

I. A ratio dos direitos fundamentais; I.1. O sentido dos direitos fundamentais; I.2. O sentido português dos direitos fundamentais; II. A protecção interna dos direitos fundamentais; II.1.A sistematização dos direitos fundamentais na CRP; II.2. Os desafios intraestaduais; II.3. Dos direitos fundamentais aos direitos humanos; III. A protecção internacional dos direitos humanos

I.A ratio dos direitos fundamentais

I.1. O sentido dos direitos fundamentais

Ainda que com outra referência no IX aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, é em França que pela primeira vez aparece a expressão ‘direitos fundamentais’, em 1760, no domínio do movimento político que trinta anos depois levaria à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Mas a ideia destas posições subjetivas remonta - ainda que de forma distinta - à Antiguidade Clássica, recolhe dos sofistas e estóicos o apelo à igualdade e à universalidade, beneficia da distinção medieval aquiniana entre *lex positiva*, *lex natura* e *lex divina*, banha-se na desdivinização e secularização do direito natural como fonte de legitimação, deslumbra-se com a racionalidade que não cria direitos *ex novo* - mas antes se limita a reconhecer os direitos que cabem ao Homem pelo facto de o ser e oferece ao Estado um novo arrimo de legitimação.

Acrescerá ainda o fundamento na dignidade da pessoa humana como núcleo valorativo e a perspectiva da lei geral emanada do contrato social como decorrendo da vontade de todos - ou melhor dizendo, e para quem opere a distinção -, da vontade geral.

O artigo 16.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 4 de Julho de 1789 veio cristalizar as duas ideias básicas de qualquer constituição: separação de poderes e

¹ Este texto corresponde a mero suporte da intervenção oral de 8 de Junho de 2018 na Formação *Temas de Direito Administrativo*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários no Porto. Trata-se, portanto, de texto corrido, sem indicação acrescida de específicas referências bibliográficas.

garantia de direitos fundamentais. E são estas precisamente as duas linhas fundamentais de evolução dos direitos fundamentais até ao século XVIII, *id est*, a positivação dos direitos fundamentais - na sequência do movimento racionalista de formalização nas grandes declarações formais de direitos - e a ideia de que os direitos fundamentais constituem a base de limitação do poder político.

Ainda assim, a ideia de universalidade era até então algo restrita à burguesia dominante e só viria a ser alargada no século XIX, para abandonar uma marca individualista e acolher também direitos fundamentais de expressão colectiva.

As duas linhas de evolução tradicionalmente identificadas – ou de geração, como alguns se lhe referem, em termos que apontam aliás já para uma hodierna quarta geração – assentam na distinção tradicional entre os direitos, liberdades e garantias - que exigem do Estado liberal um pendor matricialmente abstencionista - e os direitos económicos, sociais e culturais, que exigem do Estado Social de Direito uma actividade de intervenção. A síntese é feita para o espaço europeu em 1919, com a constituição de Weimar, densificando-se no segundo pós guerra.

Não esquecemos que ao longo do tempo as declarações de direitos fundamentais procuraram que o Homem e as suas posições jurídicas fundamentais procuraram encontrar esteio para a distinção entre a ‘liberdade dos antigos’ e a ‘liberdade dos modernos’ indicada por Constant e depois desenvolvida por Jellinek no ‘status libertatis’, ‘status civitatis’ e ‘status activae civitatis’ – a que se agregou o designado ‘status activus processualis’.

Ancorados em uma teoria liberal – os direitos de defesa de matriz fortemente individualista face ao poder estadual -, em uma teoria dos valores - realçando princípios objectivos da sociedade -, em uma teoria (democrático) funcional – de risco para a dimensão meramente subjectiva, que ficaria subordinada a princípios objectivos institucionais de organização social -, ou em uma teoria social – com tripartidas dimensões individual, institucional e processual -, o certo é que na sua última tentativa formulação os direitos fundamentais poderiam até ser concebidos como direitos a uma organização do Estado, de forma tal que sejam asseguradas as prestações subordinadas

aos direitos, liberdades e garantias, ou condicionando direitos económicos sociais e culturais.

Repare-se que se em termos puros estas teorias são inconciliáveis, hoje em dia podemos falar de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Ainda assim, haveremos de encontrar um qualquer ponto de apoio, um princípio de unidade interna que relaciona os direitos previstos numa constituição que resulta compromissoriamente de um emaranhado de princípios diferentes que acentua a sua multivalência.

É este o contexto da dicotomia entre as dimensões objectiva e subjectiva – o inevitável ‘radical subjectivo impostergável’ – destas posições jurídicas subjectivas assentes na lei fundamental.

1.2. O sentido português dos direitos fundamentais

De acordo com o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), o nosso Estado ancora-se em dois princípios basilares: o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. São estes dois também os pilares inevitáveis da construção dogmática dos direitos fundamentais, que sempre se considerou equivalerem a um sismógrafo constitucional em que mais claramente se apreende a relação entre o Estado e a sociedade.

Não obstante a sua estrita valia de discussão cívica, pedagógica e disciplinadora de práticas arreadas, impõe-se fazer uma leitura optimista – e realista – das soluções do ordenamento constitucional português quanto às suas mais essenciais posições jurídico-subjectivas.

Ora, acentuando uma vocação de multidimensionalidade, haverá que assinalar aos direitos fundamentais:

- a) uma dimensão declarativa de síntese de outros subprincípios e concretizações normativas;
- b) uma dimensão constitutiva que expressa uma compreensão global da ordem constitucional;
- c) uma dimensão impositiva que vincula os órgãos do Estado ao respeito e concretização do seu precipitado e programa normativo.

Fundamentalmente, importa considerar que a evolução das previsões normativas constitucionais não é isenta de significado e, por outro lado, quais as formas irradiantes de tais previsões. Isto porque em muitos casos a constituição assim o exige, tanto mais que entre nós vigora o princípio da cláusula aberta.

Acresce a complexificação da estrutura de muitos dos direitos – para além do óbvio reconhecimento de uma eficácia horizontal a acrescer a uma eficácia vertical. É que se reclama hoje a intervenção do Estado mesmo para a protecção dos direitos liberdades e garantias, já não entendidos apenas como direitos de defesa. Hoje a tutela dos direitos faz-se não só pela constituição, mas também *per legem*. Numa mudança substancial em relação àquilo que se exige do Estado, a tarefa do Estado deixa de ser só legislativa para ser também administrativa.

Mas neste ‘tempo dos direitos’ de que nos fala Norberto Bobbio², a discussão sobre a prevalência – ou coexistência - de uma perspectiva política ou jurídica ou da justificação de previsão ou protecção implica em última análise trazer à liça a dimensão axiológica-jurídica da Constituição e do Estado de Direito.

II. A protecção interna dos direitos fundamentais

II.1.A sistematização dos direitos fundamentais na CRP

É certo que a sistematização dos direitos fundamentais na CRP não deixa, no entanto, de seguir a tradição de distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais, sofrendo a influência da pormenorização dos pactos internacionais que densificaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Note-se que este catálogo muito alargado de direitos fundamentais não resulta de um máximo denominador comum entre todas as propostas apresentadas – o que aliás resulta evidente dos trabalhos preparatórios da CRP de 1976 - mas sim de um aparente somatório do que havia sido proposto. Ou seja, foi a tensão que dominou o procedimento constituinte em 1975 que se reflectiu no catálogo da CRP, sem necessário consenso de síntese. Dê-se por exemplo nota da discussão marcadamente ideológica – na Assembleia Constituinte – da ordenação a fixar no texto constitucional bem como,

² Utiliza-se aqui a expressão no sentido cunhado por este autor na obra *The Age of Rights*, Cambridge, Polity Press, com primeira publicação em 1991.

hoje, da discussão sobre a aplicação da dogmática unitária dos direitos fundamentais, negando a existência de regimes aparentemente específicos que mais não são do que afloramento de subprincípios do Estado de Direito Democrático que nos rege.

Assim, a extensão e pormenorização da parte I da CRP e respectiva dificuldade de delimitação - a que acresce o princípio da cláusula aberta a que se aludiu já - quase tornam impossível a fixação de uma fundamentalidade material diversa da fundamentalidade formal.

Por outro lado, se tradicionalmente o princípio da dignidade da pessoa humana se associava sobremaneira ao debate discursivo dos direitos e liberdades ditos de 3ª e 4ª geração que surgiram ao longo do séc. XX, o século XXI parece ser por excelência o tempo de escarpelizar a conexão daquele princípio com a concretização dos direitos sociais, como tem sido patente na jurisprudência nacional e internacional sobre o direito a um mínimo de existência condigna.

II.2. Os desafios intraestaduais

Os desafios para a teoria do Estado emergem de forma evidente da dificuldade na conciliação entre os direitos e as exigências de protecção dos bens da comunidade, bem como de uma controversa delimitação dos direitos numa ordem plural e aberta, seja pela não sobreposição entre Estados e Nações, seja pela multiplicidade de relações entre os Estados e as Religiões, seja ainda pela reivindicação de redefinição do vínculo de cidadania com base num conceito inclusivo de diferentes realidades e culturas.

É que a Constituição tem que ser mais que mero repositório de *têtes de chapitre*, devendo assegurar a compatibilização entre coesão social e Estado plural num contexto de multifuncionalidade, multinormatividade e multidimensionalidade. Mas o bloco de fundamentalidade aplicável inclui diferentes ordens normativas e apela a vários poderes de decisão aplicativa, que concatenam os princípios concretizadores da interpretação conforme, da proporcionalidade e razoabilidade e da concordância prática e ponderação, com relevo evidente para o relevo do resultado da decisão.

Para as entidades públicas, a tarefa é a de perceber que os direitos fundamentais consubstanciam bens protegidos que reclamam do legislador (e da administração e da

jurisdição) um dever de proteção e promoção (e não meramente de respeito), articulando aqui o regime aplicável da responsabilidade e mesmo da fundamentalidade dos deveres. Esta discussão implica discutir as formas de acesso dos cidadãos aos órgãos jurisdicionais de protecção – possível por exemplo quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos mas não possível quanto ao Tribunal Constitucional senão por forma mediata.

Para os particulares, a necessidade de concretizar a eficácia vertical verte-se processualmente em mecanismos como o da intimação – em um contencioso administrativo que caminha para a pretensão de plena jurisdição - para protecção dos direitos, liberdades e garantias. E impõe a consideração do princípio da proibição do défice ou da proibição da insuficiência de inspiração alemã, que faz relevar a teoria dos mínimos e a visão dos direitos fundamentais como *indirizzo* de optimização que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a densificar como verdadeiro princípio, direito e garantia de tutela (não apenas jurisdicional) efectiva.

II.3. Dos direitos fundamentais aos direitos humanos

A comparação entre o texto constitucional português e a previsão internacional universal garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos ou em outros instrumentos regionais de protecção – mesmo sem consideração do já referido princípio da cláusula aberta ou da não tipicidade – resulta na evidência de uma sobreposição sem espaços vazios de protecção.

Mas nestes tempos de modernidade líquida há que buscar novos pontos de apoio para uma construção que harmonize os direitos fundamentais - tradicionalmente pensados e dogmaticamente construídos na e para a ordem interna – e os direitos humanos³ – vocacionados para um esquema de protecção internacional.

Num quadro de sobreposição de ordenamentos, a necessidade de imbricação humana nos espaços sociais obriga à conceção da constituição normativa como esquema principiológico a ser testado na resolução de problemas reais e percebendo de forma clara o atual movimento de rotação e as emergentes forças centrípetas e centrífugas.

³ Recomenda a Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013 a adopção por entidades públicas e privadas da expressão universalista para referenciar os direitos humanos.

Assim, não se trata já apenas da reserva da expressão ‘direitos humanos’⁴ para as posições jurídicas subjetivas pacificamente aceites por todos os Estados: o *quid* distintivo das considerações agora expendidos resulta não tanto da problemática da sobreposição de ordenamentos para abordar igualmente a mutação dos objetos passíveis de protecção.

Numa dimensão objectiva estática, importa identificar os elementos de identidade de uma dada comunidade. Mas ao mesmo tempo que os direitos fundamentais se assumem como veículos para um aprofundamento dos consensos, essa mesma vocação parece frustrada pela necessidade de compatibilização com o princípio da subsidiariedade, à interpretação pluralista e ao mecanismo da margem de apreciação. Tal remete-nos para a dimensão dinâmica da designada ‘protecção multinível’, que se aparta hoje da perspectiva conseguida através da protecção diplomática, humanitária ou dos refugiados, para se centrar numa unidade de protecção internacional dos direitos fundamentais (do indivíduo que passa a ser sujeito de direito internacional a par dos Estados e das organizações internacionais).

Assim, estas constatações reclamam e exponenciam a importância da explanação dos princípios e da metódica dos direitos fundamentais na internormatividade trans(neo)constitucional que o *judicial dialogue* exige para resolução de colisões multiníveis entre ordenamentos.⁵ E há aqui que encontrar outro critério para além da dignidade da pessoa humana – ainda assim multimodamente entendida em vários ordenamentos jurídicos.

III. A protecção internacional dos direitos humanos

⁴Neste ponto, veja-se, por todos, Kai Möller, *From constitutional to human rights: On the moral structure of international human rights*, in *Global Constitutionalism*, Volume 3, Issue 03, novembro 2014, pp 373 – 403, Cambridge University Press, 2014, <http://dx.doi.org/10.1017/S2045381714000124>, Published online: 22 setembro 2014

⁵Vejam-se, por todos Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011 e Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa, UCP Editora, 2015. Em sentido paralelo, leia-se Maria Luísa Duarte, *União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006 e *O direito da união europeia e o direito europeu dos direitos do homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, VIII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2003 (on line). Ainda antes da atual configuração internormativa v.g. europeia, vejamos António Vitorino, *Protecção Constitucional e Protecção Internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementaridade?*, Lisboa, AAFDL, 1993 e Paulo Rangel, *Uma teoria da “interconstitucionalidade”: pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires*, in *O estado do Estado. Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*, Alfragide, Dom Quixote, 2009.

Como conseguir que estes direitos fundamentais – transmutados em direitos humanos no ordenamento jurídico internacional – se apartem da mera consideração como *nonsense upon stilts*, na conhecida expressão de Jeremias Bentham⁶?

As origens da protecção internacional dos direitos humanos, bem como a dependência da evolução da própria Organização das Nações Unidas e de outras organizações internacionais regionais – não raro olvidadas quando fora da órbita europeia -, evidencia uma relação estreita entre a institucionalização da comunidade internacional e a protecção internacional dos direitos cuja vindicação internacional impõe a superação do dogma da soberania estadual e do modelo de Vestefália para se centrar na discussão e reconhecimento de normas de *ius cogens* e da legitimidade da possibilidade de imposição e ingerência.

Se desde a Convenção de Helsínquia de 1975 que a ideia de ingerência é discutida e aceite, há hoje novas formas de relacionamento internacional que podem fazer perigar direitos: terrorismo, direitos fundamentais face à devassa da vida privada que as tecnologias permitem, direitos fundamentais face ao ambiente e no campo da manipulação genética.

Por outro lado, a verdadeira protecção internacional reclama – a par de formas de protecção institucionais (relatórios, inquéritos, queixas de Estados e de indivíduos) e não institucionais (informações recíprocas de Estados, processos diplomáticos de comunicação de violações de DF) - uma jurisdição internacional, evidência que impõe discutir o princípio do esgotamento prévio dos meios ou recursos internos, salvo prazo razoável e o carácter supletivo ou subsidiário da protecção internacional dos direitos humanos.

Esta protecção internacional dos direitos humanos há-de ser necessariamente multilateral, de geometria variável, e com expressões mundiais (v.g. a da ONU) e regionais (para o caso português, o sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e de alcance geral ou sectorial.

⁶ O autor desenvolveu-a em *Anarchical Fallacies* in J. Bowring (ed.) *Works* vol. 2 (1843).

Diga-se, no entanto, que a proliferação de textos normativos de protecção podem ser óbice à própria sustentação da posição do indivíduo no plano internacional, desde logo pelas divergências quanto a um possível mínimo denominador comum e pela dificuldade de concatenar um sistema de vocação universal e especificidades regionais ou nacionais, a que crescem conflitos – políticos e jurídicos – negativos de jurisdição ou decisões v.g. inconciliáveis. O potencial do juízo incidental concreto ilumina a abstração da norma, mas os mecanismos de cooperação impõem também atenção à fragmentação e reacção contra possibilidade de reenvio.

Parece eventualmente que as ‘stilts’ de Bentham se deslocam da norma para o caso reclamando-se uma ideia de *global judicial review*, e impondo uma função prospectiva ou directiva e uma capacidade integradora dos desafios do cidadanato de dimensões múltiplas e de geometria variável. A aplicação do direito em rede deve ser iluminada pelo princípio do mais elevado *standard* de protecção e de promoção da reflexão sobre a participação na *res publica*.

Dir-se-á que é sempre ilusório crer que o mero *aleluia* formal possa disciplinar as práticas arreadas a que se aludiu. Mas acreditemos em instrumentos normativos e não semânticos, que sejam proclamação com sustentação de tutela. Neste sentido, a construção de uma nova metodologia há-de promover um metacritério que ofereça uma protecção constitucional adequada da alteridade, numa cultura de proximidade.