

Direitos e Deveres Fundamentais do Homem

Prof. Doutor Jorge Miranda

1. Direitos do homem e direitos fundamentais

Na linguagem corrente, fala-se principalmente em direitos do homem. E não é por acaso que isso sucede: não apenas porque da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 à Declaração Universal dos Direitos do Homem se desenvolve o percurso decisivo na aquisição jurídica dos direitos fundamentais como porque a expressão traduz bem a ideia de direitos do homem, só por ser homem, e direitos que, por isso mesmo, são comuns a todos os homens.

Todavia, apesar da constante referência de direitos fundamentais a direitos do homem (e vice-versa), contra a adopção deste termo em Direito constitucional milita o que acabámos de dizer acerca dos direitos fundamentais em sentido material.

Para lá de qualquer profissão de fé nos direitos do homem, do que se cura aqui é de direitos assentes na ordem jurídica, e não de direitos derivados da natureza do homem e que subsistam sem embargo de negação ou de esquecimento da lei. Que a ordem jurídica não seja ou não deva ser apenas a dos preceitos positivos, não se discute; mas tem de ser sempre através de normas positivas, ainda que de Direito natural positivado — como são tantas das Constituições e da Declaração Universal — que tais direitos têm de ser captados e estudados.

Repetimos: os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito natural (ou, se se preferir, em valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária), de tal sorte que devem ser tidos como *limites transcendentales* do próprio poder constituinte material (originário) e como *princípios axiológicos fundamentais*. Não se esgotam, porém, no Direito natural.

Nestas condições, embora já usada no século XIX, a locução «direitos fundamentais» tem vindo, desde a Constituição de Weimar de 1919, a generalizar-se nos textos constitucionais e na doutrina.

Explicam esse fenómeno não só o enlace entre direito e Constituição mas também outras razões: a ligação a outras figuras subjectivas e objectivas, a consideração do «homem situado» e o aparecimento do direito das pessoas colectivas e até de grupos não personalizados.

Já em Direito Internacional, tende a prevalecer o termo *direitos do homem* — ou o termo *protecção internacional dos direitos do homem* — em parte por, assim, ficar mais clara a atinência dos direitos aos indivíduos, e não aos Estados ou a outras entidades internacionais, e em parte por ser menos extenso o desenvolvimento alcançado e procurar-se um «mínimo ético» universal ou para-universal.

2. Os direitos na história

I — Somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas — por isso mesmo — não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra.

Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades. E, do mesmo modo, as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe.

Eis o que resulta com toda a nitidez, desde logo, do conspecto histórico que temos de brevemente fazer, na sequência do que ficou resumido no tomo I deste *Manual*, e que também fica comprovado numa perspectiva de evolução de crenças, filosófica e ideológica.

II — São bem conhecidas quatro grandes diferenciações de compreensão e extensão dos direitos das pessoas, as quais revertem em sucessivos períodos de formação.

A primeira consiste — adoptando a expressão célebre de BENJAMIN CONSTANT — na distinção entre *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos*, na distinção entre a maneira de encarar a pessoa na Antiguidade e a maneira de a encarar a partir do Cristianismo. Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida da Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal.

A segunda refere-se à *tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental* e à *tutela dos direitos própria do Estado moderno*, mais particularmente do Estado constitucional. Ali, direitos (ou melhor, privilégios, imunidades, regalias) de grupos, de corporações, de ordens, de categorias; aqui direitos comuns, ou universais, ligados a uma relação imediata com o Estado, direitos do homem e do cidadão (ainda que sem excluir alguns direitos de categorias particulares).

A terceira contraposição dá-se entre *direitos, liberdades e garantias* e *direitos sociais* e patenteia-se nas grandes clivagens políticas, ideológicas e sociais dos séculos XIX e XX. Se o Estado liberal se oferece relativamente homogéneo, já o Estado social recolhe concretizações e regimes completamente diferentes.

A quarta e última distinção prende-se com a *protecção interna* e a *protecção internacional dos direitos do homem*. Até há cerca de cinquenta anos, os direitos fundamentais, concebidos contra, diante ou através do Estado, só por este podiam ser assegurados; agora também podem ser assegurados por meio de instâncias internacionais.

Donde, o seguinte quadro:

Liberdade dos Antigos	Liberdade dos Modernos		
1.ª fase	Direitos estamentais	Direitos universais	
	2.ª fase	Liberdades	Liberdades e Direitos sociais
		3.ª fase	4.ª fase
		Protecção interna	
			Protecção internacional
			5.ª fase

Em rigor, a primeira e a segunda fases são de pré-história e apenas a terceira, a quarta e a quinta de história dos direitos fundamentais.

3. A evolução até ao Estado moderno

I — Avultam como principais marcas dessa evolução até aos séculos XV e XVI:

— A prevalência do factor pessoal sobre o factor territorial, como elemento definidor da comunidade política na Grécia e em Roma (apesar de não se reconhecer ao homem, só por ser homem, necessariamente personalidade jurídica);

— A reflexão e a criação cultural da Grécia clássica, quando questionam o poder estabelecido, afirmam a existência de leis que lhe são superiores e reivindicam um direito de desobediência individual, de que fica sendo emblemática a atitude de ANTÍGONA;

— A análise filosófica do conceito de justiça — distributiva e cumulativa — feita por ARISTÓTELES e a análise técnico-jurídica subsequente feita pelos juristas romanos;

— A distinção de poder público e poder privado e, correlativamente, de Direito público e Direito privado, em Roma, acompanhada, porém, da completa prevalência da família sobre a personalidade individual;

— A formação, em Roma, do *jus gentium* como complexo de normas reguladoras de relações jurídicas em que interviessem estrangeiros (*peregrini*) e a atribuição progressiva aos habitantes do Império de direitos e até da cidadania romana;

— O reconhecimento, com o cristianismo, da dignidade de cada homem ou mulher como filho de Deus, do destino e da responsabilidade individual, da unidade do género humano e da autonomia do espiritual perante o temporal;

— A condenação da escravatura pela patrística e a doutrina da lei injusta e do direito de resistência formulada pela Escolástica medieval;

— A conquista de algumas garantias básicas de liberdade e segurança pessoal, na Inglaterra, a partir da *Magna Carta* de 1215;

— O aparecimento também de algumas garantias da propriedade e até de participação política das pessoas e dos grupos, conexas com a intervenção das

assembleias estamentais na criação de impostos (precursoras do princípio, mais tarde proclamado, *no taxation without representation*).

II — É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

«Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus» (Evangelho segundo S. Mateus, XXII, 21).

«Bem-aventurados vós os pobres, porque vosso é o reino de Deus. Bem-aventurados os que agora tendes fome, porque sereis saciados» (Evangelho segundo S. Lucas, VI, 20 e 21).

«Levantou-se entre eles uma disputa sobre qual deles devia ser considerado o maior. Jesus disse-lhes: «Os reis das nações fazem sentir o seu domínio sobre elas e os que exercem autoridade tomam o nome de benfeitores. Entre vós não seja assim: quem quiser ser o maior entre vós seja como o mais pequeno; e aquele que manda seja como o que serve... Eu estou no meio de vós como o que serve» (*ibidem*, XXII, 24 a 27).

«O Senhor é espírito e onde está o Espírito do Senhor há liberdade» (2.^a Epístola aos Coríntios, III, 17).

«Não há judeu, nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo» (Epístola aos Gálatas, III, 26).

«Vós, Irmãos, fostes chamados à liberdade; convém somente que não façais desta liberdade um pretexto para viver segundo a carne, mas servi-vos uns aos outros pela caridade do Espírito» (Epístola aos Gálatas, V, 13).

«Não há poder que não venha de Deus» (Epístola aos Romanos, XIII, 1).

«Velaí e procedei como pessoas que devem ser julgadas segundo a lei da liberdade. Porque será julgado sem misericórdia aquele que não usar de misericórdia. A misericórdia triunfará do juiz» (Epístola de S. Tiago, II, 12, 13).

A liberdade é, essencialmente, a liberdade interior, espiritual, dos filhos de Deus. Não é a liberdade política — que não teria sentido no contexto em que o Cristianismo se difundiu, primeiro no meio adverso do Império Romano pagão, depois no cesaropapismo constantiniano e bizantino, a seguir na insegurança provocada pelas invasões bárbaras e, por último, na nova sociedade homogénea, a Cristandade ocidental, resultante da reconstrução e da fusão dos elementos latinos e germânicos.

Nem, durante os séculos de formação da Europa, poderia surgir a própria noção de direitos fundamentais como interesses, pretensões ou direitos subjectivos frente ao Estado (inexistente, de resto, em quase toda a Idade Média, por quase toda a parte), porque se procurava, antes de mais, firmar uma ordem objectiva — moral, religiosa e jurídica — ao serviço do bem comum. Eram, simultaneamente, os deveres de realização do bem comum e um diversificado sistema de garantias no interior de uma sociedade policêntrica que haviam de assegurar a protecção da pessoa.

4. Da centralização do poder ao constitucionalismo

I — A sociedade política medieval era, com efeito, como se sabe, uma sociedade complexa, feita de grupos, de ordens, de classes, de múltiplas unidades territoriais ou sociais. Os direitos aí eram direitos das pessoas enquanto membros desses grupos ou estamentos, direitos de acentuado cunho institucional e concreto, por vezes em concorrência uns com os outros. O único direito comum parecia ser o de petição e queixa.

Mas o Estado *estamental* cedo seria substituído pelo Estado *absoluto*, o qual, afirmando o princípio da soberania, não mais aceitaria qualquer interposição a separar o poder do príncipe e os súbditos. Ora, desaparecendo as ordens e as classes (enquanto portadoras de faculdades políticas), perante o poder soberano todos os grupos e todos os homens são iguais. O rei atinge todos e todos estão sujeitos ao rei. Sob este aspecto, o Estado absoluto — que, aliás, se pretende *legítimo*, e não *tirânico* — viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades.

Além de criar condições jurídicas de igualdade, o Estado absoluto suscitaria objectivamente (ou, se se quiser, dialecticamente) condições de luta pela liberdade. Os seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súbditos tornar-se-iam cada vez menos admissíveis no «século das luzes». E também a burguesia ascendente reclamaria zonas de liberdade económica,

carecidas de justificação sem uma nova referência global a direitos e liberdades individuais.

II — Um lugar de especial relevo deve ser conferido à conquista da liberdade religiosa.

A quebra da unidade da Crístandade, a Reforma e a Contra-Reforma abriram profundas fissuras individuais e políticas, perseguições e guerras político-religiosas que, num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado uma religião, a do Príncipe (*Cujus Regio Ejus Religio*). Todavia, também a muitos mostraram que a possibilidade de professar sem constrangimentos a sua própria fé e de praticar os respectivos actos de culto era algo de insubstituível que, quando posto em causa, poderia ser procurado noutras paragens: foi o que aconteceu no século XVII na América do Norte.

JELLINEK chegou mesmo a escrever que a ideia de consagrar legislativamente os direitos naturais do indivíduo não era uma ideia de origem política, mas antes uma ideia de origem religiosa. O que se julgava ser obra da Revolução, não teria sido, na realidade, senão um produto da Reforma e das lutas por ela engendradas.

III — As duas linhas de força mais próximas — não únicas, nem isoladas — dirigidas à formação e ao triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da *Magna Charta* ao *Act of Settlement*) e a concepção jusracionalista projectada nas Revoluções americana e francesa.

Embora tenham de ser inseridas num fundo de valores e de experiências que radicam no cristianismo e no humanismo renascentista, são elas que determinam o aparecimento das declarações de direitos setecentistas. E embora tenham de ser tomadas como contribuições complementares que se reforçam mutuamente e, ao longo do século XIX, se interinfluenciam, elas correspondem a visões bem diversas de irradiação e defesa dos direitos do homem: empiricamente e com base nas decisões dos juízes, em Inglaterra e nos países da sua família constitucional; dedutivamente e por meio da lei

escrita, em França e nos países continentais; participando de uma e doutra, nos Estados Unidos.

5. A evolução desde o Estado liberal

I — Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia 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, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; 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 no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais — direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. Nenhuma Constituição posterior à primeira guerra mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão.

Sabe-se, porém, que são diversas — muito mais diversas de que os do Estado liberal — as configurações do Estado social. Os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país.

II — Num resumo da evolução dos direitos fundamentais, indicam-se, correntemente, três ou quatro gerações: a dos direitos de liberdade; a dos direitos

sociais; a dos direitos ao ambiente, à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias, ligados à sociedade de *informação* e à sociedade de *risco*.

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras — quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.

Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.

Tão pouco as pretensas gerações correspondem a direitos com estruturas contrapostas: um caso paradigmático é o do direito à intimidade ou à privacidade só plenamente consagrado no século XX. E há direitos inseridos numa geração que ostentam uma estrutura extrema complexa: é o caso do direito ao ambiente.

Finalmente, direitos como os direitos à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento nem sequer entram no âmbito dos direitos fundamentais, porque pertencem a outra área — a dos *direitos dos povos*. Eis o que adiante se mostrará.

III — 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 económico) 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.

A situação muda no século XX: não tanto por 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, nessa altura, uma exclusiva aspiração liberal.

Assiste-se, por conseguinte, a um fenómeno de universalização dos direitos do homem, não sem paralelo com o fenómeno da universalização da Constituição, e que, como este, se acompanha da multiplicidade ou da plurivocidade de entendimentos — porque a uniformidade das técnicas não determina a unidade das culturas e das concepções políticas.

Se pode antever-se uma «civilização do universal» também no domínio dos direitos das pessoas — 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. Isso não impede (nem tem impedido) que se atinjam patamares e convergências de garantia e de efectivação.

6. Direitos fundamentais e regimes políticos nos séculos XX e XXI

I — A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos — bem como o progresso científico, técnico e económico (que permite satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas).

Do Estado liberal ao Estado social de Direito o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando, de maneiras bastante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos económicos, sociais e culturais. Já não assim no Estado soviético, no Estado fascista e

autoritário de direita e em muitos dos regimes da Ásia e da África de diferentes tendências. Ainda que com formulações semelhantes, são (para não ir mais longe) bem diversos esses direitos na Constituição de Weimar e na *Carta del Lavoro*, na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e na Constituição argelina de 1976.

II — Considerando em especial o princípio da liberdade, vale a pena lembrar a conhecida tricotomia de *regimes liberais, autoritários e totalitários*. Embora muitas vezes acenada com finalidades de guerra ideológica (de todo em todo estranhas a este livro), ela afigura-se correcta nas suas bases essenciais e não encontramos denominações alternativas mais adequadas para os três tipos de regimes.

Não se trata tanto, quantitativamente, do grau de liberdade reconhecida ou deixada às pessoas (máximo nos regimes liberais e mínimo ou inexistente nos regimes totalitários) quanto, qualitativamente, dos seguintes factores:

a) De a liberdade — no sentido de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei — valer como princípio fundamental da ordem jurídica (regimes liberais), ainda que com desvios (regimes autoritários), ou não valer (regimes totalitários);

b) De serem garantidas e promovidas quer as liberdades civis quer as liberdades políticas (regimes liberais); só as primeiras, sendo negadas ou obliteradas as liberdades políticas (regimes autoritários); ou nem umas nem outras serem admitidas, salvo em intenso regime de restrição (regimes totalitários);

c) De o abuso da liberdade ou de outros direitos estar apenas sujeito a medidas repressivas (regimes liberais) ou estar também sujeito a controlos preventivos, de grau variável (regimes autoritários e totalitários);

d) De o Estado ser neutro (regimes liberais); de não ser neutro, mas tolerar ideologias diferentes ou respeitar o direito de as perfilhar, sem quebra da primazia da sua concepção (regimes autoritários); de o Estado ter uma concepção total da vida, que pretende impor a todas as pessoas (regimes totalitários);

e) De o Estado acolher a diversidade de interesses, grupos e instituições no interior da sociedade civil (regimes liberais); de o ascendente das forças políticas dominantes não impedir a subsistência e a relevância de alguma ou algumas instituições presentes

na sociedade civil (regimes autoritários); ou de o Estado ou as forças dominantes não consentirem quaisquer instituições ou grupos autónomos à sua margem (regimes totalitários);

f) De a organização política e social assentar na divisão do poder (regimes liberais); na concentração do poder político (regimes autoritários); e na concentração do poder político e social, com absorção, no limite, da sociedade pelo Estado (regimes totalitários);

g) De se admitir direito de oposição (regimes liberais) ou, embora, porventura, sob diversas formas, não se admitir direito de oposição (regimes autoritários e totalitários).

Olhando à experiência conhecida, verifica-se que os regimes liberais actuais vêm na continuidade dos regimes políticos liberais do século XIX — sem embargo da profunda transformação que estes sofreram, quer no plano da fundamentação, quer no dos condicionalismos políticos, económicos e sociais; que os regimes autoritários têm paralelo nas numerosas autocracias de todas as épocas; e que, pelo contrário, os regimes totalitários constituem fenómeno específico do nosso tempo, ligado à conjugação de messianismos ideológicos com partidos de massas e à utilização de processos de domínio da comunicação social.

7. Os direitos fundamentais no Estado social de Direito

I — A passagem para o Estado social de Direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa 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 CONSTANT).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar á generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo

como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos económicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes.

II — Independentemente das divergências a nível de formulações, teorizações e fundamentações, ressaltam algumas tendências comuns:

- A diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas;
- A consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais;
- A acentuação da dimensão objectiva e a irradiação para todos os ramos de Direito;
- A aceitação da natureza de princípios da maior parte das normas de direitos fundamentais;
- O reconhecimento da complexidade de estrutura;
- A dimensão plural e poligonal das relações jurídicas;
- A produção de efeitos não só verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação aos particulares);
- A dimensão participativa e procedimental, levando a falar em *status activus processualis* (HÄBERLE);
- A ideia de aplicabilidade directa;
- A interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efectivação dos direitos;
- O desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da legalidade e da constitucionalidade;
- O enlace com o Direito internacional.

8. Direitos fundamentais e deveres fundamentais

I — Simétricos dos direitos fundamentais apresentam-se os deveres fundamentais — quer dizer, as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder político ou, por inferência de direitos ou interesses difusos, a certas pessoas perante outras.

Tal como os direitos, os deveres fundamentais pressupõem a separação entre poder e comunidade (ou entre Estado e sociedade) e uma relação directa e imediata de cada pessoa com o poder político. Mas essa relação pode configurar-se de duas maneiras:

a) Em geral, são deveres de natureza política ou homóloga de direitos políticos (*maxime* nos domínios tributário, eleitoral ou militar).

b) Em alguns casos, são deveres ligados à vida económica, social e cultural que assumem relevância constitucional, por, sem o seu cumprimento, se frustrarem a efectivação de direitos fundamentais ou de interesses difusos e as correspondentes incumbências do Estado (v. g., os deveres de escolaridade básica ou de defesa do ambiente, incidíveis dos direitos e das incumbências respeitantes à educação e ao ambiente).

Se seria forçado afirmar que as normas prescritivas de deveres equivalem, no fundo (ou equivalem sempre), a normas permissivas de intervenção do Estado, seguro é que, numa forma ou doutra, acarretam (ou podem acarretar) limites e restrições de direitos. Por isso, a sua interpretação e a sua aplicação não podem fazer-se em termos idênticos aos da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais e requerem particularíssimos cuidados.

II — O constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a história da aquisição de direitos fundamentais. É a história da conquista de direitos — depois de séculos de absolutismo e, no século XX, em contraste com regimes políticos totalitários e autoritários de várias tendências.

Não implica isto, porém, uma desconsideração ou subalternização dos deveres. Não a implica no plano jurídico, porque, mesmo quando são poucos os deveres consignados nas Constituições, ficam imprejudicados os vastíssimos deveres nas relações das pessoas entre si. E não envolve desconsideração no plano ético, até porque a

reivindicação de direitos bem pode fundar-se na necessidade ou na vontade de cumprimento de deveres.

9. Os direitos fundamentais para além do Estado

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 protecção interna por vários sistemas de protecção 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 e manifestada, em seguida, em numerosíssimos documentos e instâncias a nível geral, sectorial e regional.

Naturalmente, não-de ser fortíssimas as relações entre o Direito constitucional e este Direito internacional de direitos do homem com a sua dupla função de garantia e prospectiva: de garantia de direitos já consagrados a nível interno, e prospectiva, tendente à atribuição de novos direitos. Seja qual for o sistema de incorporação das normas de Direito internacional na ordem interna, elas, mesmo quando não habilitam os cidadãos a invocá-las em juízo, pelo menos vinculam directamente as autoridades públicas e prevalecem sobre as normas das leis ordinárias.

O desenvolvimento das organizações internacionais de integração e de entidades supranacionais, com faculdades de autoridade – a par da erosão ou da chamada crise do Estado, levanta a necessidade de protecção das pessoas que possam ser por elas atingidas e, portanto, de direitos perante ou contra essas organizações e entidades.

É o que sucede, especificamente, no âmbito da União Europeia, em que foi elaborada uma Carta de Direitos Fundamentais, agora declarada vinculativa pelo recente Tratado de Lisboa, ainda que publicada como seu anexo.

Parece, no entanto, ainda cedo para transpor para fora do Estado toda a problemática dos direitos fundamentais.

10. As Igrejas Cristãs perante os direitos do homem

I — A despeito da coincidência no essencial — hoje acolhida generalizadamente — entre a visão cristã das relações da pessoa com o poder público e o propósito de garantia dos seus direitos, foi patente nos séculos XVIII e XIX o grave conflito que opôs os defensores deste propósito e a Igreja Católica.

O conflito proveio de circunstâncias históricas não difíceis de identificar: o enciclopedismo e as fundamentações nominalistas e laicistas dos direitos «naturais, invioláveis e sagrados» do homem (bem como os equívocos provocados pelo indiferentismo religioso), o modo revolucionário como o liberalismo se implantou no Continente e a inserção constantiniana da Igreja desse tempo. Mas iria desaparecer ou atenuar-se à medida que iam sendo ultrapassadas estas circunstâncias e que os direitos fundamentais e as correspondentes instituições jurídico-objectivas adquiriam dinamismo próprio (até devido a violações e negações nunca antes conhecidas) e, por outro lado, à medida que também a Igreja se procurava libertar das amarras do poder e abrir em missão cada vez mais para o mundo.

A Doutrina Social da Igreja, as intervenções dos últimos Papas perante os problemas concretos contemporâneos, o Concílio Vaticano II, a acção dos bispos em numerosos países, a iniciativa de diversas comunidades, a oposição de vários grupos a regimes autoritários e totalitários, revelam o reencontro dos católicos com os direitos e liberdades fundamentais, assim como importantes contribuições para a mudança de mentalidades e de estruturas em numerosos países, sobretudo na América Latina.

II — Em resumo, a doutrina católica dos direitos do homem afirma:

— O reconhecimento da consciência de liberdade e dignidade dos homens do nosso tempo;

— A igual dignidade de todas as pessoas, mesmo quando chamadas a serviços diferentes;

— O primado das pessoas sobre as estruturas;

— A conexão entre direitos e deveres e entre justiça e caridade;

— A opção preferencial pelos pobres;

— A relação necessária entre libertação humana e liberdade cristã;

— A relação também necessária, na perspectiva do bem comum, entre os princípios da solidariedade (de todas as pessoas) e da subsidiariedade (do Estado);

— A função social da propriedade;

— A relação ainda entre o desenvolvimento integral de cada homem e o desenvolvimento solidário de toda a humanidade.

III — As outras Igrejas cristãs, designadamente as ortodoxas e as protestantes, têm seguido caminhos, em parte, diferentes.

As Igrejas ortodoxas — Igrejas nacionais muito ligadas aos respectivos Estados — têm sido bastante mais tímidas na adesão aos princípios da liberdade política e até da liberdade religiosa.

Ao invés, importantíssima foi a participação de algumas das confissões protestantes (embora não de todas) ao longo do século XVIII na defesa dos direitos do homem e na sua formulação, à margem (como aconteceria em França) de concepções laicistas ou agnósticas. A ética protestante, muito mais individualista que a católica, e, porventura também, o facto de o capitalismo ter desabrochado, primeiro, nos países da Europa do Norte explicarão estas diferenças. Em contrapartida, por vezes, certas Igrejas protestantes caíram em sectarismos ou adoptaram atitudes menos compatíveis com os direitos do homem ou menos sensíveis à justiça social.

Grande importância tem tido a actividade do Conselho Ecuménico das Igrejas, através de conferências, documentos e diferentes formas de intervenção.

11. Outras religiões e outras áreas civilizacionais

I — Se o cristianismo professa, embora historicamente com hiatos e desvios, o princípio da autonomia (ao menos, relativa) do temporal em relação ao espiritual e hoje, mais ou menos claramente, a regra de que cabe aos leigos (e não aos clérigos) agir na construção política, o islamismo — a outra grande religião monoteísta presente um pouco por toda a parte — reitera uma visão oposta, uma visão de integração das duas esferas.

No islamismo, não é possível separar o temporal do espiritual, o jurídico do moral, a comunidade política da comunidade religiosa, os direitos do homem da lei divina. Não se trata de organizar o poder, trata-se também de incrementar a virtude. O poder islâmico é tanto um poder político como um poder religioso, é um poder em que se combinam teocracia e democracia — teocracia, porque assente na soberania de Deus, e democracia, porque o direito de governar não tem sentido senão no âmbito da comunidade e da vontade dos crentes.

O Islão proclama a dignidade inerente a todos os homens e a unidade entre eles, reforçada pela relação com Deus; acredita na dimensão social da vida humana; demonstra uma particular sensibilidade perante o direito à honra, o direito de desobediência à lei injusta e a igualdade económica; procura realizar a justiça distributiva; e respeita as minorias étnicas e religiosas. Todavia, não confere os mesmos direitos aos homens e às mulheres, bem como aos muçulmanos e aos não muçulmanos, nem admite liberdade fora do contexto da comunidade religiosa e política.

Daqui a não identificação das concepções islâmicas com as concepções ocidentais, consideradas individualistas e profanas; e isto manifesta-se inequivocamente quer nas Constituições dos vários Estados actuais de religião oficial muçulmana (desde a Arábia Saudita ao Irão fundamentalista) quer na «Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem».

II — É necessário ainda ter em cuidadosa conta, além da área árabo-muçulmana, civilizações e áreas geográfico-culturais como a Índia, a China e a África Negra. Não só as identidades culturais correspondentes aos diversos povos que aí se inserem são muito

ricas como seria contraditório pensar num mundo de direitos do homem ignorando-as ou destruindo-as.

O que oferecem de comum essas civilizações, a despeito de todas as diferenças que existem entre elas, é uma intensa vivência grupal e comunitária, com muito menor relevo prestado à personalidade individual; é uma situação de muito mais forte necessidade de segurança física e espiritual do que na Europa; é uma muito mais vincada homogeneidade colectiva; e é a quase completa prevalência do sentido dos deveres sobre o sentido dos direitos.

Esta a razão por que não pode, em rigor, dizer-se que nesses países tenha surgido uma noção jurídico-política de direitos fundamentais — não obstante, em todos, de uma maneira ou doutra, se manifestarem o respeito pela pessoa humana, a corresponsabilização dos diversos membros do grupo uns pelos outros, a regra da ajuda mútua e o esforço de preservação da liberdade familiar.

III — Na Índia entende-se que as liberdades humanas requerem virtudes humanas. São cinco as liberdades sociais: a liberdade frente à violência, a liberdade frente à necessidade, a liberdade frente à exploração, a liberdade frente à desonra, a liberdade frente à morte e à doença. E são cinco também as virtudes individuais: a ausência de intolerância, a compaixão ou sentimento de solidariedade, a sabedoria, a liberdade de pensamento e consciência, a liberdade frente ao medo, à frustração e ao desespero. Na tradição hindu, não existe distinção mutuamente exclusiva entre o espiritual e o mundano e entre o religioso e o secular. A vida no mundo é apenas um reflexo incompleto e nebuloso do espiritual, que é absoluto, perfeito e total.

Na China, o que importa, antes de mais, é o cumprimento dos deveres para com os vizinhos, em espírito de simpatia e companheirismo. Na ideia de obrigações recíprocas revela-se o ensinamento fundamental do confucionismo.

Na África tradicional, as sociedades, fortemente hierarquizadas, são unificadas pela crença mística. A inviolabilidade da vida e a entajuda dos membros da comunidade são os valores fundamentais da ordem colectiva. Procura-se, acima de tudo, a vida em harmonia com os outros, com a natureza e com os espíritos que a povoam e animam.

IV — A difusão dos modelos jurídico-políticos europeus, a necessidade de criar ou de manter espaços económicos viáveis (no interior de fronteiras, na maior parte das vezes vindas dos impérios coloniais), a necessidade, portanto, de quebrar laços tribais ou locais adversos, os antagonismos ideológicos e de famílias constitucionais, em suma todos os factores que levam à emergência do Estado moderno na Ásia e na África são os mesmos que suscitam aí a colocação da problemática dos direitos fundamentais no sentido ocidental do termo — porque diante dos novos poderes públicos fortemente centralizados e concentrados deixam de ser anteparas suficientes as antigas comunidades.

Alguns dos dirigentes políticos dos novos Estados têm sustentado, se não a inadequação da doutrina dos direitos do homem às suas realidades políticas, culturais e sociais, pelo menos a sua subordinação aos imperativos de desenvolvimento económico, pois só através deste se alcançariam a independência nacional e as condições de efectivação dos direitos. Todavia, a experiência de não poucos desses países tem demonstrado que uma coisa é a transplantação pura e simples destes ou daqueles modelos institucionais europeus e outra coisa a salvaguarda de direitos básicos de integridade, liberdade e segurança pessoal consignados, em textos constitucionais e internacionais.

Em compensação, também é de supor que, em face de certos factores de crise observados no Ocidente, da Ásia e da África possam provir sinais significativos de humanização e transformação: a redescoberta do lugar das crianças e dos velhos na comunidade, a revitalização dos laços familiares, a reabertura à natureza, o apelo a uma maior solidariedade na vida quotidiana.

V — Também no interior das sociedades ocidentais, com vastas comunidades de imigrantes da Ásia e da África, se observam contrastes de concepções de vida, que se projectam no domínio dos direitos fundamentais, em especial quanto à igualdade do homem e mulher e a algumas liberdades.

Tudo está então em assegurar, simultaneamente, o respeito pela identidade cultural das pessoas que compõem esses grupos — sem cair em certos excessos de multiculturalismo — e em garantir-lhes o exercício dos mesmos direitos de que gozam os

cidadãos originários dos países de acolhimento, sem discriminação. A convivência entre uns e outros requer a aceitação por todos, nas suas relações, dos princípios básicos de ordem constitucional democrática, únicos propiciadores de integração a prazo.

Como escreve HABERMAS, no contexto de uma Constituição de Estado de Direito democrático, diversas formas de vida podem coexistir beneficiando de direitos iguais. Importa, porém, que se revejam numa cultura política comum aberta a impulsos vindos das formas de vida comum.

12. As atitudes filosóficas subjacentes às concepções de direitos do homem

I — Os pressupostos filosóficos são inelimináveis em qualquer posição relativa aos direitos fundamentais — assim como, reciprocamente, não se depara sistema filosófico que não encare, directa ou indirectamente, a pessoa, o seu valor e a sua circunstância.

Entre os que se confessam favoráveis à existência de direitos fundamentais do homem perante o Estado, são diversíssimas (repetimos) as maneiras de os encarar, relacionar e sistematizar. As grandes concepções filosófico-jurídicas que se manifestam a respeito da Constituição ou a respeito do Estado fazem-se outrossim sentir no concenente aos direitos do homem.

Encontram-se, por conseguinte, com maior ou menor nitidez:

a) Concepções *jusnaturalistas* (os direitos do homem como imperativos de Direito natural, anteriores e superiores a vontade do Estado) e concepções *positivistas* (os direitos do homem como faculdades outorgadas e reguladas pela lei positiva);

b) Concepções *idealistas* (os direitos do homem como ideia que se projecta sobre o processo histórico) e concepções *realistas* (os direitos do homem como expressão da experiência ou das lutas políticas, económicas e sociais);

c) Concepções *objectivistas* (os direitos do homem como realidades em si ou como valores objectivos ou decorrências de valores) e concepções *subjectivistas* (os direitos do homem como faculdades da vontade humana ou como manifestações de autonomia);

d) Concepções *contratualistas* (os direitos do homem como resultado do contrato social, como a contrapartida para o homem da sua integração na sociedade) e concepções *institucionalistas* (os direitos do homem como instituições inerentes à vida comunitária).

13. Direitos do homem e valores

I — O característico das concepções filosóficas consiste em conferir uma fundamentação aos direitos do homem no plano dos fins últimos da pessoa, da sociedade e do Estado, em integrar o sistema de direitos numa *Weltanschauung*, em descobrir um sentido para eles conforme com o sentido de vida e de valores que procuram reflectir.

Porém, diante da variedade e até dos contrastes de pressupostos e sistemas filosóficos e filosófico-jurídicos, pode perguntar-se se o apelo que se lhes faz não é estéril ou se, no âmbito dos regimes pluralistas da actualidade, não se apresenta contraproducente ou contraditória uma unidade de valores.

Bem significativa desta perspectiva é a posição de NORBERTO BOBBIO, para quem não pode existir um fundamento absoluto de direitos historicamente relativos e estruturalmente diversos e para quem a pluralidade de concepções religiosas e morais determina um insuperável relativismo — mas, para quem, precisamente, esse pluralismo constitui o mais forte argumento a favor de alguns direitos como a liberdade de religião e a liberdade de pensamento.

A fundamentação absoluta, continua BOBBIO, não só é ilusória como, algumas vezes, é um pretexto para defender posições reaccionárias. Não se trata, pois, de a encontrar, mas de procurar os vários fundamentos possíveis dos direitos fundamentais. O problema de fundo dos direitos do homem é hoje não tanto o de os *justificar* quanto de os *proteger*: e este é um problema não filosófico, mas sim político.

II — Admitimos os riscos de intolerância de uma visão demasiado rígida ou fechada dos direitos do homem, a indeterminação de muitos dos conceitos com eles

conexos e os custos de uma qualquer plataforma doutrinal (eventualmente precária) ou de um qualquer sincretismo — em detrimento do trabalho em comum pela realização dos direitos.

Nem desconhecemos a contradição em que caem muitos daqueles que, invocando constantemente o Direito natural, no concreto ignoram ou ficam indiferentes a graves violações da liberdade de expressão ou da liberdade de emigração, das garantias de processo penal, do direito ao trabalho ou do direito ao salário.

Assim como tão pouco negamos os progressos alcançados em tantos campos, apesar de todos os obstáculos e apesar das divergências de culturas jurídicas e políticas — até porque, como notava há mais de meio século JACQUES MARITAIN, homens mutuamente opostos nas suas concepções teóricas podem chegar a um acordo prático e, assim, contribuir para que se dê um «crescimento vegetativo do conhecimento moral e do sentimento moral, uma espécie de desenvolvimento vital em si mesmo», independentemente dos sistemas filosóficos (ainda que, secundariamente, estes entrem em acção recíproca com esse processo espontâneo).

Todavia, a conveniência e, mais do que a conveniência, a necessidade de perscrutar os fundamentos ou, se se preferir, as referências éticas subjacentes aos direitos historicamente consignados em cada Constituição material revela-se iniludível quer no plano estritamente abstracto e teórico, quer no plano da interpretação jurídica, quer no da política legislativa.

Primeiramente, reduzir a problemática dos direitos do homem à da sua positivação e garantia como direitos fundamentais poderia equivaler a uma atitude conservadora, alheia às aspirações das pessoas concretas e às transformações sociais; poderia acarretar, para muitos, a resignação perante as leis decretadas ou perante as contingências da sua aplicação; poderia traduzir a recusa de qualquer dimensão utópica ou idealista, ou a perda da universalidade destes direitos num mundo cada vez mais próximo e globalizado.

Em segundo lugar, a consciência jurídica é sempre uma consciência formada segundo certos valores e sem um consenso básico acerca das relações entre a pessoa e o Estado não existe princípio de legitimidade. Não terá de ser, um fundamento último em termos filosóficos, mas terá de ser, certamente, um requisito mais sólido do que o

simples equilíbrio de forças políticas, económicas e sociais. E nenhum regime pluralista poderá subsistir, a prazo, sem a crença arreigada no valor da liberdade política.

Ao invés, quando ocorre crise a respeito de valores justificativos de determinados direitos fundamentais são estes direitos que ficam postos em causa. A chamada doutrina da «segurança nacional», surgida em alguns países da América Latina nos anos 60 e 70 deste século, traduz a sobreposição de interesses de classe, alçados a interesses nacionais, aos valores democráticos. Afiguram-se contraditórias a luta pela abolição da pena de morte e a reivindicação da legalização da interrupção voluntária da gravidez. A indiferença perante a exclusão social corrói os direitos económicos, sociais e culturais, assim como o abstencionismo eleitoral corrói os direitos de participação política.

Finalmente, mesmo à face do Direito positivo, é inultrapassável o problema da unidade de sentido dos direitos fundamentais. Até porque pode haver diferentes leituras das Constituições e das declarações de direitos, é necessário tentar raciocinar em coerência sistemática. Nem com isto se abre caminho ao subjectivismo do intérprete, porque este, enquanto tal, tem de se mover no contexto do sistema, tem de interpretar e integrar os preceitos relativos aos direitos fundamentais à luz dos princípios que o enformam, tem de se inspirar na ideia de Direito acolhida na Constituição. Só tal unidade de pensamento jurídico permite apreender o âmbito de cada direito e definir o seu conteúdo essencial, relacionar os vários direitos e as diversas faculdades compreendidas em cada um, evitar ou resolver colisões, propiciar a todos uma adequada harmonização.

III — Um papel extraordinariamente importante está reservado à história na verificação da variedade de condições de realização dos direitos da pessoa, dentro da unidade do género humano; no confronto de experiências, ora de sedimentação, ora de crise; e no descobrir de novos percursos e de novos avanços.

Não basta, contudo, observar passivamente a história. É preciso reflectir sobre ela e ligá-la ao destino do homem ou da mulher em concreto, à consciência que tenha de si mesmo, à consciência que tenha dos seus direitos ou da necessidade de os adquirir e alargar em todos os domínios da vida social e política.