

## Texto condensado do “Direitos e deveres fundamentais do homem”.

Autor do texto original publicado em ANIMA II: Prof. Catedrático Jorge Miranda

Condensador desta versão publicada em ANIMA III: Prof. Pós-Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini

### 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 atenção 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 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.

### 3. Direitos fundamentais e deveres fundamentais

I - Simétricos dos direitos fundamentais apresentam-se os deveres fundamentais - quer dizer, as situações jurídicas de necessidade ou de adstricção 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, duma 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.

#### 4. 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 arraigada 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