

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa

JORGE BACELAR GOUVEIA

SUMÁRIO

1. O artigo 16º, nº 2, da Constituição Portuguesa. 2. O âmbito normativo de aplicação. 3. A função interpretativo-densificante. 4. A função integrativo-complementadora. 5. A incorporação constitucional, de tipo funcional. 6. Da escassez prática ao elevado significado político.

1. O artigo 16º, nº 2, da Constituição Portuguesa

Com a instauração de um Estado de Direito Material, trazido pela Revolução de 25 de Abril de 1974, uma das preocupações fundamentais dos parlamentares constituintes de então foi a da efectiva protecção dos direitos fundamentais.

A experiência traumática de 48 anos de regime ditatorial (dito de Estado Novo), em moldes de um regime de tipo fascista, nunca poderia ser esquecida. Inúmeros foram os atropelos cometidos aos direitos fundamentais, essencialmente os de coloração mais política, tendo-se utilizado dois principais mecanismos na consecução dessa prática opressora das liberdades¹:

– ou através da cláusula de remissão para a lei da regulação do exercício de certos direitos, como a liberdade de reunião, a liberdade de ma-

¹ Para uma síntese a respeito do sistema de direitos fundamentais na vigência da Constituição Portuguesa de 1933, correspondente ao Estado Novo fascizante, v. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, 1983. p. 30; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.1. 5. ed. Coimbra, 1996. p. 301-302, e La Constitution portugaise et la protection internationale des droits de l'homme. *Archiv des Völkerrechts*, 34-1, p. 72 e segs. März

Jorge Bacelar Gouveia é Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Texto nos padrões do português europeu.

nifestação ou a liberdade de imprensa, assim se distorcendo pela via infraconstitucional aquilo que se tinha consagrado, com acentuada plenitude, no texto constitucional (defraudando-se portanto o seu espírito)²;

– ou através da directa violação dos direitos fundamentais que ainda pudessem lograr alguma efectividade, tudo devidamente enquadrado no secretismo e desconfiança que são apanágio das ditaduras, de direita ou de esquerda.

Não é assim de admirar a profusão de propostas, nos projectos de Constituição apresentados na Assembleia Constituinte (1975-1976), a respeito dos direitos fundamentais³, todas com o comum objectivo de esconjurar este passado recente do constitucionalismo português:

– ora dilatando o número de direitos consagrados, não só no domínio de alguns direitos políticos tão somente referenciados como também nos direitos chamados de “terceira geração”;

– ora positivando determinados âmbitos de protecção apenas aflorados ou imprecisamente formulados, com o escopo de se evitar o recurso à intervenção da legislação infra-constitucional de índole criadora e eventualmente constringente;

– ora cuidando, de um modo particular, do regime geral dos direitos fundamentais, em termos de exercício e sobretudo das vicissitudes de restrição e de suspensão dos mesmos.

1996; CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991. p. 95, e *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1993. p. 103; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa, 1995. p. 279 e segs.

² O bem conhecido § 2º do art. 8º da Constituição de 1933: “Leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão do pensamento, de ensino, de reunião e de associação, devendo, quanto à primeira, impedir preventiva ou repressivamente a perversão da opinião pública na sua função de força social, e salvaguardar a integridade moral dos cidadãos, a quem ficará assegurado o direito de fazer inserir gratuitamente a rectificação ou defesa na publicação periódica em que forem injuriados ou infamados, sem prejuízo de qualquer outra responsabilidade ou procedimento determinado na lei”. MIRANDA. *As Constituições portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição*. 3. ed. Lisboa, 1992. p. 272.

³ Com uma proveitosa análise comparativa desses projectos de Constituição em matéria de direitos fundamentais, MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4, 2. ed. Coimbra, 1993. p. 121 e segs.

Foi em sintonia com essa tendência que o legislador constitucional português reconheceu a necessidade de não enclausurar o sistema normativo de direitos fundamentais e, bem ao contrário, arejá-lo com os ventos das soluções concretas insertas em documentos pertencentes ao Direito Internacional dos Direitos do Homem.

Tendo por base as preocupações de certeza jurídica trazidas pelo movimento constitucionalista⁴, quase todas as Constituições que, a partir do século XIX, foram aprovadas incluíam tipologias de direitos fundamentais. Mas estas nunca seriam insensíveis às mudanças e, à distância de duas centúrias, percebe-se que elas foram sendo progressivamente enriquecidas no número e na qualidade dos direitos obtidos.

Aceitando as limitações do legislador constitucional positivo, é frequente, na segunda metade do século XX, a invocação de textos normativos insuspeitos, também eles fortemente empenhados na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, segundo uma perspectiva internacional, de cariz universalista.

É que, sendo muitas vezes o produto de concessões e compromissos inevitavelmente impostos pelas maiorias qualificadas que normalmente acompanham as aprovações das Constituições, nem sempre estas podem ser o espelho de um sistema integral e eficazmente protector dos direitos fundamentais.

Essa preocupação específica esteve presente na elaboração da Constituição de 1976, nela se aprovando um preceito, sob a epígrafe

⁴ GOUVEIA, op. cit., p. 61: “A regulação dos direitos fundamentais pelo recurso ao método tipológico é, deste modo, mais um valioso trunfo a jogar nas garantias propiciadas desde o Constitucionalismo, que fez surgir esta categoria jurídica, juntamente com todos os restantes fenómenos constitucionais que hoje são já indiscutíveis. Essa efectiva protecção tem sido tradicionalmente associada apenas ao próprio facto de se realizar a sua positivação através de uma Constituição formal: por ela, os direitos fundamentais lograriam ser incluídos em textos de Direito Positivo, em grande medida reflectindo o Direito Natural, tornando-se seguro o seu reconhecimento pelo Estado; além disso, a força jurídica dessa positivação seria suprema e destinar-se-ia a evitar a sua modificação ou revogação ao sabor das circunstâncias ou flutuações de cada momento. Mas é igualmente de salientar esta outra não menos relevante: a opção pela tipificação representa mais uma batalha vitoriosa no combate ao formalismo e ao arbítrio do poder, que se agrupa à sua consagração escrita e na Constituição formal”.

“Sentido dos direitos fundamentais”, com um apelo expresso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos seguintes termos⁵:

“Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶”.

Tratou-se de um contributo que se ficou a dever ao projecto de Constituição do Partido do Centro Democrático Social⁷, embora o projecto de Constituição do Partido Popular Democrático também lhe fizesse uma referência, mas unicamente a propósito do direito de asilo⁸.

E certo é que, apesar das quatro revisões constitucionais a que o texto inicial da Constituição Portuguesa já se submeteu (em 1982, 1989, 1992 e 1997), ela é ainda a redacção originária⁹. O facto de ter sido imune a qualquer alteração constitucional testemunha, a seu modo, o consenso político que granjeou no firmamento doutrinário e jurisprudencial português¹⁰.

⁵ É o art. 16º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de Abril de 1976.

⁶ V. o respectivo texto, na versão oficial portuguesa, em GOUVEIA. *Textos fundamentais de Direito Internacional*. Lisboa, 1993. p. 21 e segs.

⁷ Que tinha o seguinte teor, correspondente ao art. 11º, nº 2, do projecto de Constituição proposto: “Portugal adopta como sua a Declaração Universal dos Direitos do Homem, devendo todos os preceitos constitucionais e legais ser interpretados, integrados e aplicados de harmonia com essa Declaração, cujo texto em português é publicado em anexo a esta Constituição e dela faz parte integrante”. MIRANDA. *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*. Lisboa, 1978. p. 236. v. 1.

⁸ Idem. *Manual...* v. 4, p. 122, nota nº 1.

⁹ A única alteração ocorrida no art. 16º da Constituição Portuguesa até hoje a assinalar respeitou à nova epígrafe que a revisão de 1982 lhe trouxe, substituindo a antiga expressão *Extensão dos direitos*.

Quanto aos reflexos gerais das revisões constitucionais em matéria de direitos fundamentais, v. CANOTILHO, MOREIRA. *Fundamentos...* p. 95 e segs e *Constituição...* p. 103 e segs.; MIRANDA, *Manual...* v. 1, p. 354 e segs., 378-379, 385-386.

¹⁰ Isso não impediu que algumas sugestões de revisão desse preceito tivessem sido apresentadas, em 1982 e em 1989.

Na revisão de 1982, concomitantemente à alusão à Declaração Universal, chegaria a ser proposto o acrescento da referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cfr. o art. 16º, nº 2, da Constituição segundo o projecto de revisão constitucional

Ela está longe de ser, nos dias de hoje, uma cláusula isolada no panorama constitucional estrangeiro, verificando-se a sua adopção, com maior ou menor fidelidade, noutras latitudes¹¹, o que também comprova a respectiva capacidade de influência em textos estrangeiros¹².

No contexto europeu, a Constituição Espanhola de 1978, também aprovada na sequência do derrube de uma ditadura de direita de muitas décadas, adoptaria um preceito bastante próximo do português, nele se dizendo, no princípio da parte respeitante aos “Direitos e deveres fundamentais”, o seguinte¹³:

“As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece interpretam-se em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha”.

As maiores parecências regulativas são, no entanto, registáveis no espaço jurídico-consti-

apresentado pela Aliança Democrática, em *Separata nº 6/II ao Diário da Assembleia da República*, de 26 de Junho de 1981, p. 33.

Na revisão de 1989, seria proposta precisamente pelo partido político de onde tinha nascido a iniciativa de avançar com a referência à Declaração Universal, nem mais nem menos do que a respectiva supressão (ideia que depois não teria seguimento). Cfr. o art. 16º da Constituição de acordo com o projecto de revisão constitucional nº 1/V, apresentado pelos Deputados do Partido do Centro Democrático Social, em *Trabalhos preparatórios da revisão constitucional: segunda revisão*. Lisboa, 1989. v. 5, p. 4375. Comentando-a em termos mordazes, MIRANDA. *Manual...* v. 4, p. 47, nota nº 3.

¹¹ Afirmando MIRANDA. *Manual...* v. 4, p. 147, que nenhum desses textos constitucionais teria levado tão longe quanto o português a interpenetração da Declaração Universal nas normas constitucionais.

¹² E até há mesmo quem consiga vislumbrar neste preceito constitucional português — como é o caso de Paulo Otero, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais, *O Direito*. 1990. v. 3/4, p. 603: um extremo alcance no âmbito do Direito Constitucional Comparado, dizendo que “...constitui um dos preceitos mais originais e revolucionários do direito constitucional português”.

¹³ É o art. 10º, nº 2, da Constituição do Reino de Espanha, de 27 de Dezembro de 1978. V. o respectivo texto em José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, Juan José González Rivas, Joaquín Huelin Y Martínez de Velasco e José Luís Gil Ibáñez, *Constitución española*. Madrid, 1993. p. 34.

tucional lusófono, a partir da observação das Constituições dos Estados Africanos onde se fala o Português, antigas colónias de Portugal que lhe permanecem ligadas por laços culturais.

Para a maioria desses textos constitucionais, a redacção escolhida para aludir à Declaração Universal dos Direitos do Homem é praticamente idêntica à da Constituição Portuguesa: assim aconteceu com as Constituições de São Tomé e Príncipe, de Cabo Verde e da Guiné-Bissau¹⁴.

Noutros casos, estes textos constitucionais não se limitam a frisar a simples relevância hermenêutico-constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Constituição de São Tomé e Príncipe mostra, para além da necessidade da interpretação e integração dos respectivos preceitos segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a adesão ao respectivo texto em termos gerais para todo o ordenamento jurídico são-tomense:

“A República Democrática de São Tomé e Príncipe proclama a sua adesão à Declaração Universal dos Direitos do Homem e aos seus princípios e objectivos da Organização da Unidade Africana e da Organização das Nações Unidas¹⁵”.

A Lei Constitucional de Angola, em matéria de sistema de direitos fundamentais, acolhe ainda os contributos interpretativos que sejam trazidos por outros textos internacionais relativos aos direitos do homem:

“As normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e dos demais instrumentos internacionais de que Angola seja parte¹⁶”.

Não seria preciso esperar muito tempo para que em Portugal se ressaltasse o alcance desta cláusula de uma perspectiva jurídico-constitucional, ao logo interessar a jurisprudência e a doutrina, que em diversas ocasiões e por diversos motivos – puramente teóricos ou com fins de aplicação prática – sobre este ponto se pronunciariam.

¹⁴ Cfr., respectivamente, os arts. 17º, nº 2, 16º, nº 3, e 29º, nº 2. GOUVEIA. *As Constituições dos Estados Lusófonos*. Lisboa, 1993. p. 290, 384 e 560.

¹⁵ Art. 12º, nº 2, da Constituição de São Tomé e Príncipe. (Ibidem, p. 289).

¹⁶ Art. 21º, nº 2, da Lei Constitucional de Angola. (Ibidem, p. 328).

Ao nível jurisprudencial, tem sido o órgão especializado na fiscalização da constitucionalidade – o Tribunal Constitucional – produtor de algumas decisões neste domínio, acórdãos que equacionaram a consideração de alguns direitos fundamentais¹⁷: ora em acréscimo ao sentido do texto da Constituição – o Acórdão nº 6/84 para o direito geral de personalidade¹⁸, o Acórdão nº 63/85 para a presunção de inocência do arguido¹⁹ e o Acórdão nº 222/90 para o direito de audiência pública e prévia no processo civil²⁰ – ora apenas confirmando direitos fundamentais já nele consagrados – o Acórdão nº 14/84 para o direito de propriedade²¹.

Da óptica dos esforços doutrinários, sem dúvida que se assinalam elucubrações abundantes, cristalizando-se a doutrina²², numa polémica que não tem fim à vista, em torno de duas questões cruciais: o tipo de intervenção que a Constituição faculta à Declaração Universal, se apenas sendo mais favorável aos cidadãos ou se também permitindo cláusulas de limitação dos respectivos direitos; a natureza da força jurídi-

¹⁷ COUTINHO, J. L. Pereira, MEIRIM, José Manuel, TORRES, Mário, et al. *Constituição da República Portuguesa*: 2ª revisão constitucional. Lisboa, 1989. p. 35.

¹⁸ De 18 de Janeiro de 1984, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. v. 2, Lisboa, 1984. p. 259-260.

¹⁹ De 16 de Março de 1985, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. v. 5, Lisboa, 1985. p. 510-511.

²⁰ De 20 de Junho de 1990, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. v. 16, Lisboa, 1990. p. 641 e segs.

²¹ De 8 de Fevereiro de 1984, em *Acórdãos...* v. 2, p. 350.

²² A respeito da relevância constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em termos doutrinários, v. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo*. v. 1, Coimbra, 1976. p. 325-326; MIRANDA. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa, 1977. p. 23 e segs., *A Constituição de 1976*: formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa, 1978. p. 186 e segs., *Manual...* 3. ed. Coimbra, 1991. p. 37 e segs., Ibidem, v. 4, p. 146 e segs., e *La Constitution portugaise...* p. 76 e segs.; ANDRADE, op. cit., p. 37 e segs.; MORAIS, Isaltino, ALMEIDA, José Mário F. de, PINTO, Ricardo L. Leite. *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*. Lisboa, 1983. p. 42-43; OTERO, op. cit., CANOTILHO, MOREIRA. *Fundamentos...* p. 143, e *Constituição...* p. 138-139; GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 145 e segs.

ca obtida pela Declaração Universal no seio do Direito Português, por referência ao valor supremo que é característico das normas formalmente constitucionais.

A comemoração, no ano de 1998, do quinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo não se olvidando ter sido a Constituição Portuguesa, no contexto constitucional internacional, a pioneira no papel, a vários títulos único, que lhe reservou, são aspectos que naturalmente dão um maior interesse e actualidade a este tema. A ele dedicaremos estas nossas modestas reflexões, em que tentaremos alcançar resultados novos.

Só temos de discordar dos termos por que a questão tem sido tradicionalmente tratada em Portugal, ainda que neles refulja o inegável esplendor que os diversos autores indiscutivelmente lhe emprestaram. São por vezes detectáveis nalgumas apreciações “inversões metodológicas” que obliteram a persuasão e o alcance que deveriam brotar da investigação²³. O que muitas vezes acontece é que, olhando-se simplesmente para a referência constitucional à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a doutrina logo com isso se basta, concluindo que o correspondente texto tem valor constitucional, e chegando-se a um conjunto de ilações que surgem como manifestamente excessivas

²³ É isso o que acontece, em geral, com as construções normativas que, seguindo uma ideia pré-concebida acerca da Declaração Universal, primeiro qualificam-na como texto de valor constitucional e só depois é que avaliam do significado e extensão das funções para as quais ela está reservada. Disso se ressentem a tese, aliás brilhantemente propugnada, de Paulo Otero, que pretende encontrar na Constituição Portuguesa exemplos de normas constitucionais inconstitucionais. É assim que vemos, primeiro, o reconhecimento da força supra-constitucional da Declaração Universal (p. 609), depois a aceitação da existência de contradições entre a Declaração Universal e a Constituição, com prevalência daquela (p. 613-614), e, finalmente, a aplicação dessa conclusão a um caso concreto, assim se comprovando a justeza da teoria de que, afinal, haveria casos de inconstitucionalidade de normas constitucionais (p. 614 e segs.).

A verdade é que a explicação dessa superioridade, a nosso ver, não pode resultar de uma qualquer análise de tipo conceptual, mas antes só deve surgir após vistas e apreciadas as funções de que a Declaração Universal é incumbida no contexto constitucional. O percurso escolhido, no nosso modesto ponto de vista, seria exactamente o inverso e, como tentaremos mostrar, também com consequências assinalavelmente divergentes.

em face da função que a Constituição quis atribuir à Declaração Universal.

Repudiamos um caminho que, partindo da adopção de um conceito de recepção constitucional, possa redundar, a seguir, numa série de resultados práticos que nem sequer testados foram pela observação hermenêutica da correspondente cláusula.

Sem ter que prestar tributo ao positivismo jurídico, privilegiaremos uma visão mais dogmática – porque sobretudo preocupada com os vectores que animam o sistema de direitos fundamentais na Constituição Portuguesa – e menos conceptualista e exegética – que unicamente interessada estivesse em aplicar conceitos, sem cuidar de que a realidade normativa por vezes não se lhes adequa de todo, indo muito para além deles.

Estamos em crer que, seguindo a metodologia de inicialmente perceber o alcance hermenêutico da cláusula constitucional e só depois concluir sobre o tipo de vinculação do texto constitucional ao texto da Declaração Universal, o percurso que propomos deve ser outro²⁴:

i) analisar, segundo os elementos normativos disponíveis, o sentido constitucional da referência que se faz à Declaração Universal, aquilatando que sectores desses dois blocos normativos entram em contacto entre si;

ii) densificar, de acordo com a formulação constitucional, o significado das funções que a Declaração Universal é chamada a desempenhar, primeiro na tarefa interpretativa e a seguir na tarefa integrativa;

iii) determinar, a partir dos resultados que estas duas prévias análises proporcionam, a posição constitucional que a Constituição Portuguesa reservou à Declaração Universal, em termos da respectiva força jurídica;

iv) avaliar, numa perspectiva eminentemente prática e não já normativa, do papel da Declaração Universal no contexto geral do sistema português de direitos fundamentais, descobrindo até que ponto a mesma se considera

²⁴ Para o qual já tínhamos, aliás, alertado em escrito anterior, quando considerámos ser necessário, na determinação do alcance da cláusula de recepção de direitos fundamentais extradocumentais, separar os planos do “...objecto do preceito e o da função que o mesmo confere à DUDH”. Somente depois dessa apreciação nos pronunciámos a respeito da qualificação a dar à Declaração Universal no âmbito do Direito Constitucional Português. Cfr. GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 147- 148.

útil, nele introduzindo algo de acréscimo valioso.

2. O âmbito normativo de aplicação

A primeira questão que hermeneuticamente se coloca na procura de um sentido normativo-constitucional para a cláusula referente à Declaração Universal dos Direitos do Homem diz respeito ao sector do ordenamento jurídico português em que faz sentido a função ordenadora específica que se quer oferecer a partir deste documento internacional.

O texto da Constituição Portuguesa, no seu afã de explicitar, de uma forma assaz completa, a utilidade desta cláusula, apressa-se a dizer que tal invocação se realiza a respeito dos “...*preceitos constitucionais e legais* relativos aos direitos fundamentais...”.

Essa é uma expressão que levanta diversas dúvidas cuja dilucidação se resume, no essencial, nisto: a natureza dos preceitos aos quais se aplica, na posição hierárquica e na contextura ordenadora; o objecto material de regulação a respeito do qual esse universo de preceitos se recorta.

A opção que a Constituição Portuguesa definitivamente tomou para os “...preceitos constitucionais e legais...” relacionados com os direitos fundamentais assume-se como bastante abrangente. Este é, portanto, o primeiro sinal de que a Constituição quis, na matéria da relevância constitucional da Declaração Universal, uma máxima efectividade da mesma, não importando os planos de posicionamento na ordem jurídica interna perante os quais vai operar²⁵.

A verdade é que nos parece que a dicotomia entre preceitos constitucionais e preceitos legais se apresenta como errada. Admiti-se que a relevância da Declaração Universal seja directamente aferível em razão das normas formalmente constitucionais; as normas meramente legais devem ser, simplesmente, consideradas despicendas²⁶.

²⁵ Incluindo ainda o facto de a expressão *preceito*, tal como a de *disposição*, abranger simultaneamente as normas e os princípios jurídicos, tendo não obstante em conta a sua diversa operacionalidade jurídica. (Ibidem, p. 147).

²⁶ Já nesse sentido, Gouveia (*Os direitos fundamentais...* p. 147), aí se dizendo, quanto aos preceitos legais, “...sendo no entanto esta parte dispensável porquanto os preceitos infraconstitucionais necessariamente estariam já vinculados àqueles”.

A eficácia que se alia à Declaração Universal já se obteria caso essa especificação não tivesse sido feita. Devido à subordinação das normas legais às normas constitucionais, se a Declaração Universal opera por referência às normas constitucionais, o mesmo inevitavelmente acontece com as normas legais sem necessidade de expressamente o dizer-se. Trata-se de uma especificação nitidamente redundante, porque de si já incluída na vinculação das normas constitucionais às funções exercidas pela Declaração Universal.

A apreciação concreta das matérias que poderiam vir a beneficiar do auxílio interpretativo e integrador da Declaração Universal, perante o contexto da mesma e das respectivas normas, só ganha sentido no âmbito das normas constitucionais. É no seu seio que aquele tipo de problemas se coloca; o Direito infraconstitucional – felizmente – prende-se com outro tipo de considerações, normalmente de índole executória, que não são pertinentes no plano material onde a Declaração Universal se vai mover, não dando assim uma utilidade prática às funções que o texto constitucional quer que por ela venham a ser exercidas.

Melhor seria dizer, por exemplo, em termos singelos, “preceitos constitucionais” ou, simplesmente, “preceitos relativos aos direitos fundamentais”, como muito bem fez a Constituição de São Tomé e Príncipe na redacção de disposição equivalente – “preceitos relativos a direitos fundamentais”²⁷.

Relativamente à delimitação dos preceitos constitucionais que importam à aplicação da Declaração Universal, a alusão que se efectua aos “...preceitos (...) *relativos aos direitos fundamentais...*” não poderia ser mais natural, tratando-se de um texto especificamente incidente na temática dos direitos humanos. Do ponto de vista da Constituição Portuguesa, nem sequer se apresentaria como discutível a localização, na respectiva sistemática, deste apelo constitucional à Declaração Universal. Se compulsarmos o texto constitucional português, logo vislumbramos que a sua parte I, onde o mesmo reside, é toda ela dedicada aos direitos fundamentais, tendo por epígrafe “Direitos e Deveres Fundamentais”.

Bem vistas as coisas, porém, uma resposta cabal à questão colocada não pode bastar-se com a mera invocação dos preceitos que, no

²⁷ Cfr. o art. 17º, nº 2, primeira parte, da Constituição de São Tomé e Príncipe.

plano constitucional, se inserem sistematicamente nesta parte I da Constituição.

Evidentemente que aqui se descobre uma intenção de fundo de a Constituição, no âmbito de aplicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, se não contentar com a visão limitada de circunscrevê-la aos lugares onde se propala a existência de direitos fundamentais. Assenta-se neste ponto num conceito de direito fundamental que vai muito para além dos apertados horizontes que se descobrem nas divisões de tipo sistemático que a Constituição possui²⁸. A chave para a identificação deste núcleo de normas constitucionais gira em torno do conceito de direito fundamental que seja constitucionalmente adequado e, por isso mesmo, também relevante.

Essa não vem a ser uma tarefa fácil: não só a Constituição se coíbe de fornecer um critério seguro para essa definição, como ainda é certo que, por força da sobreposição histórico-regulativa dos diversos direitos fundamentais que foram sendo acrescentados desde o início do século XIX até aos nossos dias, se perdeu unicidade nas teorias explicativas dos mesmos, sendo elas, cada vez mais, o compromisso (*trade-off*) entre diversas teorias que coexistem, mais ou menos serenamente, entre si.

Uma verdadeira solução só a partir do texto constitucional se pode tornar realmente operativa. Com a análise de preceito a preceito se chega à descoberta das linhas comuns às várias disposições, assim se consolidando tal conceito na submissão a diversas características idênticas. Mais do que estudar teorias importadas do estrangeiro, importa descobrir a síntese que o texto constitucional português houve por bem fazer.

Julgamos que ela assenta na combinação, para além dos aspectos formais de carácter mais óbvio, das posições subjectivas que traduzem, em primeiro plano, as teorias liberal e social, mas também, num segundo nível, as teorias democrática e marxista, todas elas presentes, ainda que com diversas intensidades, no texto constitucional português²⁹.

Levando as observações de teor material a um nível de maior profundidade, a conclusão de

²⁸ Dessa opinião, mencionando a existência de uma relação com os direitos fundamentais "...na sua totalidade...", GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 147.

²⁹ *Ibidem*, p. 402 e segs.

que a acção da Declaração Universal dos Direitos do Homem atinge os direitos fundamentais é ainda pouco explicativa, sendo certo que o texto constitucional português não concebeu esta categoria somente como um conjunto de direitos fundamentais de tipo material, exigindo ou forçando determinada conduta do Estado em favor dos cidadãos. Também a viu diversificadamente de um modo mais formal: quer em termos de regras objectivas que dão indicações quanto à actuação do Estado no domínio dos direitos fundamentais; quer em termos de reconhecimento de direitos fundamentais de sobreposição, de tipo processual ou procedimental, através dos quais se confere aos cidadãos "duplos" direitos fundamentais para protecção de primários direitos de cariz puramente material.

A pertinência das normas constitucionais que se relacionam mais de perto com a posição dos direitos, liberdades e garantias não oferece muitas dúvidas, até porque é relativamente a elas que se criam os laços de ligação mais directa. É porém inevitável admitir, em face da natureza das normas incluídas no sistema de direitos fundamentais com estas posições subjectivas fundamentais, duas outras conexões, que nem sequer são³⁰, do ponto de vista literal, dificilmente ajustáveis:

– com as normas que, não consagrando direitos fundamentais, realizam uma missão ordenadora específica nesta sede, integrando-se portanto no seu regime, qualquer que ele seja e podendo contemplar normas materiais, organizatórias de competência, ou de cariz funcional;

– com as normas que, não positivando direitos fundamentais materiais, têm que ver com os direitos fundamentais que integram o regime daqueles, melhor concebendo a sua defesa contra as intervenções agressivas da legislação, da administração ou da jurisdição.

³⁰ Indirectamente reconhecidas, de resto, por Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 139), quando, em sede de densificação do sentido integrador do texto constitucional pela Declaração Universal, referem, no tocante aos direitos fundamentais, "...as lacunas de previsão de certos direitos, como para as lacunas de regulamentação".

Expressamente referindo, para além dos preceitos atribuidores dos mesmos, "preceitos reguladores as suas vicissitudes" e "preceitos pertinentes ao seu exercício", GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 147.

3. A função interpretativo-densificante

A primeira função que a Constituição Portuguesa entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem deve levar a cabo no sistema de direitos fundamentais é a de lhe servir de bitola interpretativa – os “...preceitos (...) relativos aos direitos fundamentais devem ser *interpretados*...”.

Trata-se de uma incumbência hermenêutica que se localiza no momento da determinação do sentido normativo subjacente às disposições constitucionais, actuando sobre o conjunto de fontes jurídicas fornecidas pelo legislador constitucional, mas que por si só não podem implicar a extracção instantânea de um sentido ordenador plausível.

É nesse contexto que a invocação da Declaração Universal aparece revestida de uma particular proeminência interpretativa.

O significado jurídico-constitucional desta função interpretativa jamais pode implicar, em primeiro lugar, a desconsideração dos diversos elementos que nela se apresentam disponíveis, no Direito Constitucional como aliás em qualquer outro sector normativo³¹.

Os elementos interpretativos literais são os que surgem como o ponto de partida, pois são eles que – mal ou bem – transmitem o sentido ordenador que a lei pretendeu no momento em que foi promanada. Estes elementos literais representam, deste modo, o código comunicacional que tem o propósito de transmitir aspectos de dever-ser que se entendeu por bem impor.

Essa tarefa ordenadora só fica, contudo, completa através do recurso a elementos extra-literais, que – não tendo já que ver especificamente com a letra da fonte constitucional – também contribuem, nas suas múltiplas facetas, para a obtenção do seu sentido normativo: os elementos histórico, sistemático e teleológico, respectivamente, atinentes à formação da fonte, à sua localização no acto legislativo de que fazem parte e ao escopo que com o mesmo se pretendem alcançar.

O esteio interpretativo que no Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais é vivificado pela utilização da Declaração Universal dos Direitos do Homem só se torna compreensível se devidamente contextualizado no âmbito destes elementos literais e extra-literais. As normas e princípios da Declaração Universal não são

logicamente o único elemento interpretativo, mas um dos vários elementos interpretativos disponíveis.

Nem poderia ser de outro modo. Não se aceitaria que um texto constitucional só fosse interpretado por referência à Declaração Universal, com o resultado de não poder, as mais das vezes, resultar em algo de útil – seja porque a Declaração Universal é escassa relativamente ao texto constitucional; seja porque o texto constitucional, como fonte de índole legislativa que é, oferece outros elementos interpretativos que é impossível descurar.

Igualmente não podemos cair no extremo oposto de pensar que o recurso à Declaração Universal, sendo um dos elementos interpretativos operativos, se “banaliza” ao ponto de, no confronto com os outros que referenciámos, não deter uma qualquer especificidade na formação do resultado final da interpretação jurídica. Se a Constituição Portuguesa não concedeu o exclusivo à Declaração Universal para se ocupar da hermenêutica dos seus preceitos relativos aos direitos fundamentais, também não é de crer que lhe tivesse reservado um lugar de modesto relevo em comparação com esses outros elementos.

É assim que, para essa tarefa interpretativa, se afirma que a mesma deve ser efectuada “...de harmonia com a Declaração Universal...”, querendo isto implicar que se escolheu uma posição de prevalência sobre os restantes elementos interpretativos. O critério da “conformidade” com a Declaração Universal assume-se, deste modo, com uma vinculatividade específica, na busca de um sentido ordenador para as fontes constitucionais. Em termos práticos, havendo diversos contributos possíveis dados pelos elementos literais e extra-literais, é necessário conferir um certo protagonismo ao elemento interpretativo que se obtém por intermédio da Declaração Universal³².

É precisamente na determinação dos termos por que se afirma esta prevalência interpretativa da Declaração Universal que se concentra a maior dificuldade normativo-constitucional da cláusula constitucional portuguesa: algures entre a exclusividade do sentido dessa Declaração – que manifestamente se não quis, porque

³¹ *Ibidem*, p. 148.

³² CANOTILHO e MOREIRA (*Constituição...* p. 138) referem, sugestivamente, a existência do “princípio da interpretação em conformidade com a Declaração Universal”.

sobretudo impraticável – e a indiferenciação de tal elemento no conjunto dos outros elementos interpretativos presentes – que não se adequa ao especial papel que a Constituição Portuguesa vê na Declaração Universal, com a qual a interpretação das fontes constitucionais (e, por maioria de razão, a das fontes infraconstitucionais) se deve articular.

Tornando-se impossível a fixação de esquemas rígidos, só a apreciação parcelar de algumas circunstâncias nos permite fazer alguma luz sobre esta intrincada questão, que em grande medida só pode ser beneficiada através da análise de cada situação concreta³³.

Eis os possíveis pressupostos desse itinerário lógico-intelectual:

1) haver, primeiro, uma margem de incerteza interpretativa que dê azo à aplicação da Declaração Universal;

2) encontrar-se, de seguida, apoio interpretativo sobre a questão, em abstracto, em norma pertinente da Declaração Universal;

3) caber, por fim, o sentido interpretativo da Declaração Universal na margem de incerteza interpretativa da fonte constitucional.

O primeiro passo que devemos dar respeita aos condicionalismos de fundo que possibilitam colocar a hipótese abstracta do funcionamento desta cláusula. O apelo à função interpretativa da Declaração Universal deve começar por atender ao modo como surge a fonte constitucional ao abrigo da qual se pretende uma sua perspetivação.

É neste âmbito que se deve verificar uma incerteza interpretativa na fonte constitucional. Se da interpretação dos elementos, literais e extra-literais, que a respeito dela se disponham

³³ Em rigor, portanto, as fontes constitucionais sobre as quais se exerce a acção interpretativa da Declaração Universal manifestam-se provisoriamente mais como verdadeiros preceitos — de onde se pretende extrair um sentido normativo — e não tanto como normas acabadas — relativamente às quais a Declaração Universal nunca se constituiria como um adicional factor interpretativo. Bem assim andou a Constituição Portuguesa quando se referiu a “preceitos” e não a “normas” constitucionais, ao contrário do que podemos ler nas Constituições de Espanha, Angola e Cabo Verde, que identificam as respectivas fontes constitucionais objecto daquela função interpretativa como normas jurídicas, sendo certo que estas só se atingem depois de completada a operação interpretativa, na qual participa previamente a Declaração Universal.

não deriva qualquer dificuldade, não há motivo para recorrer à Declaração Universal.

Este vem assim a configurar um caso em que o recurso à Declaração Universal é, simultaneamente, desnecessário e impossível: desnecessário porque apenas pela análise dos elementos directamente relativos à fonte já se consegue saber o seu sentido; impossível porque não existe qualquer margem de incerteza perante a qual possa o apelo interpretativo à Declaração Universal realisticamente funcionar.

O recurso a este texto, não se inferindo da fonte constitucional uma qualquer margem de hesitação interpretativa, não é viável porque nesse cenário nunca poderia prestar o seu contributo. Não integra o tipo de apelo constitucional à Declaração Universal a sua função contraditante de um certo unanimismo interpretativo alcançado por todos os outros elementos aplicáveis. E como diziam os romanos, *in claris non fit interpretatio*.

A operação seguinte é dada pela análise da Declaração Universal, desta feita da óptica da incerteza interpretativa que reine no texto constitucional a este propósito. Impõe-se procurar um nexo de utilidade geral no chamamento da Declaração Universal para o esclarecimento de uma controvérsia interpretativa.

Pode suceder que, a respeito da interpretação de determinado preceito constitucional de direitos fundamentais, se não encontre preceito que naquele texto internacional possibilite a invocação de norma que possa ser pertinente. A hipótese mais provável é a de não haver preceito sequer equivalente àquele que no texto constitucional se pretende interpretar, por a Declaração Universal não ter contemplado esse assunto. Mas igualmente pode dar-se a inadequação funcional e valorativa de um preceito da Declaração Universal ao correspondente preceito constitucional, não permitindo a utilização deste parâmetro internacional.

Nesse caso, ainda que exista uma esfera de incerteza interpretativa, a Declaração Universal não pode fornecer qualquer meio de resolução da mesma. A solução tem de ser procurada sem o concurso da Declaração Universal. É assim que, em aditamento à incerteza interpretativa da fonte constitucional, é imperioso que se lhe associe a conexão de um critério interpretativo constante da Declaração Universal, que lhe é deste modo aplicável.

O terceiro momento de observação é referenciado pela especial configuração do valor

interpretativo da Declaração Universal no contexto dos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais. Interessa ainda averiguar se a Declaração Universal, como achega interpretativa, é ela mesma concretamente aplicável, podendo assim estabelecer um sentido prevalente. Já não se trata de uma oportunidade abstracta de a mesma agir, mas de uma idoneidade concreta de poder resolver o dissenso interpretativo em causa.

Tal pode, na verdade, não vir a acontecer no caso de se considerar o elemento pertinente da Declaração Universal como não podendo ter um mínimo de correspondência verbal no texto da Constituição. Tal decerto aconteceria se o recurso à Declaração Universal se revelasse intoleravelmente conflituante com os termos literais trazidos pelas fontes constitucionais. É claro que se admite a utilização de outros elementos – mas o limite de um mínimo de correspondência verbal não pode ser ultrapassado³⁴.

Outra situação em que essa idoneidade não se verifica é a que decorre da existência de um sentido incompatível com a interpretação que se atinge a partir da conjugação dos outros elementos lógicos de cariz interpretativo. O uso da Declaração Universal não é aceitável se o sentido que dela se retira se mostrar conflituante com a combinação desses outros elementos³⁵.

A bem dizer, os casos em que se antolha verosímil a utilização da Declaração Universal são limitados, devendo o universo das possibilidades lógicas que se revelam admissíveis ter que ver com duas eventualidades³⁶: por um lado,

³⁴ Nisso é claro o art. 9º, nº 2, do Código Civil, preceito por muitos considerado de validade geral em termos de técnica interpretativa: “Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”.

³⁵ Como afirmam neste ponto Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 138), o “...recurso à Declaração, como base interpretativa e integrativa dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais, não dispensa o intérprete e aplicador do direito da necessidade de recurso, em primeiro lugar, de acordo com as regras hermenêuticas, à ordem constitucional dos direitos fundamentais”.

³⁶ Conforme assinalam Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 138). Ou, como propõe Miranda (*Manual...* v. 4, p. 148), o facto de a Constituição ser interpretada conformemente à Declaração Universal determina que, “...para lá de correspondências mais ou menos claras que reforçam o preceituado na Cons-

a escolha, no caso de polissemia, do sentido interpretativo que se apresente como mais próximo do que se colha da Declaração Universal; por outro lado, o preenchimento dos conceitos constitucionais relativamente indeterminados. Há ainda quem vá mais longe e refira que a Declaração Universal se “...constitui um referencial axiológico de enquadramento unitário de todas as normas (legais e constitucionais) sobre direitos fundamentais³⁷”.

A margem de incerteza interpretativa só pode ser convenientemente resolvida pela Declaração Universal se da aplicação deste não resultar uma situação que extravase dos limites que delimitem aquela. Não podemos portanto, a este propósito, acompanhar aqueles que afastam as soluções interpretativas fornecidas pelo texto constitucional que estejam em contradição com as equivalentes fontes da Declaração Universal. A interpretação de harmonia com a Declaração Universal postula que o sentido que dela se retire possa ser funcionalmente integrável na margem interpretativa existente na fonte constitucional. A Declaração Universal jamais pode ser usada para violar esses limites.

Esta é, aliás, uma consequência que não tem nada de extraordinário se nos lembrarmos do raciocínio que preside a um critério interpretativo parente deste – o da interpretação conforme à Constituição. Trata-se de um critério que só pode ser aplicado quando as fontes infraconstitucionais tenham abertura suficiente para compreender no seu seio o sentido que se extrai da Constituição e que, através deste princípio, se torna obrigatório. Mas ainda ninguém se lembrou de dizer que do princípio da interpretação conforme à Constituição deriva a imposição, sem mais nem menos e como que “à força”, do sentido constitucional sobre o sentido que, resolutamente, se retira daquela fonte legal³⁸. A questão, assim posta, deixa de pertencer aos qua-

tituição, deparam-se mesmo alguns artigos da Declaração que utilmente esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localizações ou de informações, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto de Direito interno”.

³⁷ É o caso de OTERO, op. cit., p. 609.

³⁸ Não podemos, por isso, acompanhar ANDRADE p. 38, op. cit., e *Pólis*. Lisboa, 1984, p. 12: Declaração Universal dos Direitos do Homem. Quando este autor ainda acrescenta que, em sede interpretativa, as soluções escolhidas não podem colidir com a Declaração Universal.

dros da interpretação conforme à Constituição e passa a integrar os domínios da inconstitucionalidade³⁹.

Problema particular que aqui se põe é ainda o de saber se a Declaração Universal, nesta sua dimensão interpretativa⁴⁰, pode ser utilizada para se obter um resultado interpretativo que seja menos favorável aos cidadãos.

O tipo de apelo interpretativo que se faz à Declaração Universal não consente qualquer orientação que finalisticamente conduza a resposta só na vertente de considerar admissível o recurso à mesma para obtenção de resultados mais favoráveis do que aqueles que, de outro modo, seriam alcançados.

Constituiria uma construção plausível se houvesse paralelamente no texto constitucional português a consagração de um princípio geral de interpretação jurídico-constitucional segundo o qual, em matéria de direitos fundamentais, as disposições se interpretariam sempre no sentido mais favorável aos cidadãos (*in dubio pro libertate*)⁴¹. Só que, perante a ausên-

³⁹ Não podiam ser mais eloquentes, neste esclarecimento, as palavras de Karl Larenz (*Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa, 1989. p. 411): “Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. (...) A interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultem do sentido literal possível e do contexto significativo da lei”.

⁴⁰ Pronunciando-se contra, Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 139), embora noutra ocasião só colocando a questão dessa alternativa, sem nesse momento tomar posição (*Fundamentos...* p. 143).

Claramente a favor desse entendimento, Otero, op. cit., p. 610.

MIRANDA. *Manual...* v. 2, p. 39-40, depois de criticar a posição de Paulo Otero, ao revelar-se desfavorável aos cidadãos, vem a admitir que da Declaração Universal se tirem resultados que possam limitar os direitos fundamentais, como acontece com a cláusula do art. 29º, nº 2, dessa Declaração, que considera, no entanto, estruturalmente diversa de uma qualquer hipotética cláusula sobre restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais implicados.

⁴¹ Reconhecendo esse princípio, em ligação com o princípio da interpretação conforme à Constituição, CANOTILHO, MOREIRA. *Fundamentos...* p. 143.

cia de indicações expressas desse jaez, não é possível descortinar semelhante princípio.

O problema, diga-se, perde muito da utilidade que eventualmente pudesse ter, dada a impossibilidade de configurar em termos tão lineares a tarefa interpretativa – porque se é favorável aos cidadãos num ponto, pode ser desfavorável noutro.

Em resumo: não parece que se deva limitar, de uma perspectiva teleológica, a acção interpretativa da Declaração Universal. Esta não tem de ser necessariamente concebida para favorecer os cidadãos.

4. A função integrativo-complementadora

A outra missão que o texto constitucional português solicita à Declaração Universal dos Direitos do Homem é a de possibilitar a integração dos seus preceitos alusivos aos direitos fundamentais – os “...preceitos (...) relativos aos direitos fundamentais devem ser (...) *integrados...*”.

Esta segunda função que lhe é reconhecida situa-se já em diferente plano do da anterior: não encontrar um sentido lógico para os preceitos, mas ir mais longe, buscando respostas onde elas não podem ser fornecidas pela via interpretativa.

O sentido fundamental a atribuir à palavra “integração” tem que ver com a idêia de que o texto constitucional, muito humildemente aliás, aceita não ter soluções para todos os problemas que se coloquem à protecção constitucional dos direitos fundamentais.

A operatividade desta tarefa integrativa assenta no postulado da existência de lacunas normativas no sistema de direitos fundamentais, visto como um todo e para cada uma das respectivas áreas – atribuição de direitos fundamentais materiais, processuais e procedimentais ou regras objectivas de limitação do poder estadual concernentes ao respectivo regime.

O sentido de lacuna jurídica com que aqui se trabalha é, pois, o da ausência de critério decisório, que contraria o plano da ordem constitucional para este seu sector. Para que esta situação lacunar se verifique, deve preencher-se dois requisitos: 1º) não haver norma da Constituição aplicável; 2º) tratar-se de uma situação que, da óptica do sistema de direitos fundamentais gizado pela Constituição, merece regulação des-

ta, não sendo uma situação extra-jurídico-constitucional.

A ausência de uma solução no plano da norma aplicável tem, no entanto, de ser restrita ao próprio sistema constitucional, pois só nele é que tem lógica o particular conceito de lacuna jurídica que aqui se utiliza. O respectivo recorte tem de assumir uma direccionalidade própria – permitir que, na falta de norma directamente aplicável, se lance mão dos parâmetros da Declaração Universal⁴².

Em face da verificação dessa lacuna, a função integrativa desempenhada pela Declaração Universal pode desincumbir-se de um papel inestimável. É para o efeito mister que, perante a situação lacunar do ordenamento constitucional, a Declaração Universal contenha, em termos abstractos, norma sobre a situação em apreço.

Mas essa análise geral não basta. Sabemos da Teoria Geral do Direito que é igualmente exigível que a solução concreta seja conforme ao espírito do sistema. Ora, é precisamente neste aspecto que o apelo à Declaração Universal joga o seu papel autónomo. Através da alusão que lhe faz, o legislador constitucional português considera que a Declaração Universal se adequa sempre ao espírito do sistema, preferindo-a, mesmo se contra outras eventuais soluções.

Isso acontecendo, é assim que o intérprete-aplicador deve obrigatoriamente actuar. O sentido normativo da situação que se pretende regular passa a constar, por este esquema, de um texto perene, que “...dá unidade ao quadro de valores que deve presidir à descoberta das soluções para as do ordenamento nesta matéria⁴³”. Quer isto dizer que o texto constitucional português, quando a Declaração Universal possa desempenhar esta função integrativa, adoptou um método de integração das suas lacunas através do qual a transformou numa espécie de “Direito subsidiário especial⁴⁴”.

⁴² A lacuna normativa é assim restrita à lacuna do sistema constitucional, não se identificando com a lacuna do sistema jurídico considerado na sua totalidade. Sobre estas perspectivas do conceito de lacuna normativa, v. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 9. ed. Coimbra, 1995. p. 426 e segs.

⁴³ ANDRADE. *Os direitos fundamentais...* p. 38.

⁴⁴ GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 148. Direito subsidiário que se define, nas palavras de J. Dias Marques (*Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. Lisboa, 1986. p. 177), do seguinte modo: “Trata-

A enorme vantagem que se propicia com este especial método de integração de lacunas de Direito Interno vê-se na sua caracterização como processo de raiz normativa, na medida em que, a partir desse momento, a lacuna deixa de existir – a nova norma da Declaração Universal fica a reger o caso⁴⁵. Não é isso o que normalmente sucede com os diferentes métodos de integração de lacunas que se concebem, extra-sistemáticos ou intra-sistemáticos⁴⁶: o método de teor judicialista confina-se ao caso e, este resolvido, a lacuna reaparece para outros casos; a via administrativa é restrita à limitação da aplicação individual e concreta feita a partir de actos administrativos.

A adopção deste “Direito subsidiário especial” determina que a Declaração Universal se torne no primeiro dos critérios constitucionalmente usados para preencher as lacunas do sistema de direitos fundamentais. Uma vez esta dando-se por verificada, a prioridade absoluta vai para a Declaração Universal. Só se neste texto se não encontrar resposta, é que entram em acção os outros possíveis critérios de natureza sistemático-valorativa, de tipo subsidiário ou não.

Com especial interesse na doutrina portuguesa se apresenta a matéria da introdução de regras da Declaração Universal que, não tendo qualquer paralelo na Constituição, nela desempenham uma função de limitação dos direitos humanos que prevê. Cumpre avaliar, de uma forma geral, a função de complementação que a Declaração Universal pode desenvolver numa perspectiva de ablação da esfera dos cidadãos, qual paralelo da pergunta que se fez a respeito da viabilidade de uma interpretação, por recurso à Declaração Universal, que fosse menos favorável aos cidadãos.

A posição doutrinária que se exprime contra a sua admissibilidade avança com quatro principais argumentos: a) o sentido constitucional

se de um processo técnico-legislativo frequentemente usado, o qual consiste em regular uma dada matéria apenas nos aspectos que lhe são específicos e remeter, em tudo o mais, para o regime mais completo de uma outra matéria, que é suposto haver adquirido, através do tempo, uma elaboração legislativa e doutrinal mais apurada”.

⁴⁵ GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 148.

⁴⁶ Colocando diversas hipóteses de preenchimento de lacunas normativas, em sede de Teoria Geral do Direito, v., por todos, ASCENSÃO, op. cit., p. 433 e segs.

é o de alargar – e não diminuir – a “cobertura constitucional dos direitos fundamentais”; b) a Constituição é explícita, em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias, na afirmação de a respectiva possibilidade só poder ser conferida por autorização expressa, não sendo esse o caso; c) a Declaração Universal não refere nenhuma hipótese de restrição de direitos, liberdades e garantias, apenas prevendo uma cláusula geral de limitação do exercício dos direitos; d) a Declaração Universal não estabelece directamente quaisquer restrições, apenas o permitindo através da livre opção dos ordenamentos constitucionais⁴⁷.

Diferentemente, já se tem defendido a possibilidade desse tipo de cláusulas, especificamente utilizando a do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal, sem qualquer símile na Constituição Portuguesa. Segundo um dos autores que abraça esta teoria⁴⁸, esta lacuna deve ser vista não apenas à luz do sistema constitucional português⁴⁹, mas igualmente de acordo com a perspectiva sistemática dada pela própria Declaração Universal, que na sua globalidade incluí o correspondente regime de direitos fundamentais. E depois são apresentados diversos argumentos nesse sentido: 1º) os preceitos da Constituição não se reportam apenas a preceitos atributivos, mas também a preceitos do regime, podendo estes ser eventualmente limitativos; 2º) os receios de uma limitação abusiva dos direitos nunca se revelariam, com probabilidade, num texto de natureza internacional, feito precisamente no escopo de fazer esquecer, de uma vez por todas, o trágico passado da 2ª Guerra Mundial, de espezinhamento dos mais elementares direitos do homem; 3º) tratando-se de limitações ao exercício, e não de restrições ao conteúdo-objecto dos direitos fundamentais, não se compreenderia o porquê da sua proibição, nada tendo que ver com os limites que a Constituição estabelece em matéria de restrições⁵⁰.

⁴⁷ Como a de CANOTILHO, MOREIRA. *Constituição...* p. 139.

⁴⁸ MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 151. Cfr. também ANDRADE. *Os direitos fundamentais...* p. 232; OTERO, op. cit., p. 610-611.

⁴⁹ Como propõem, por exemplo, Maria Leonor Beza e Miguel Teixeira de Sousa, *Direito de associação e associações*. MIRANDA (coord.). Estudos sobre a Constituição. v. 3, Lisboa, 1979. p. 175.

⁵⁰ MIRANDA, *Manual...* v. 4, p. 266.

5. A incorporação constitucional, de tipo funcional

Este modo diferenciado como a Declaração Universal dos Direitos do Homem se afigura relevante na ordem jurídica portuguesa tem propiciado o respectivo enquadramento no âmbito da hierarquia das fontes normativas que em Portugal se estabelece.

O entendimento comum que neste aspecto se tem gizado acena para a discussão da relevância constitucional da Declaração Universal pelo facto de ser mencionada no próprio texto constitucional. Se isso acontece, é porque, de algum modo, ainda que em termos não muito claros, a Constituição Portuguesa admite que ela possa ombrear, nalguns dos seus aspectos, com a disciplina constante do estalão supremo do ordenamento jurídico-positivo português.

Simplesmente, para além desta plataforma mínima e algo vaga, não se obteve ainda qualquer acordo nos vários pontos de vista expendidos quanto à intensidade da relevância constitucional da Declaração Universal.

A posição que menos relevância atribui à Declaração Universal no contexto do Direito Constitucional considera que da alusão que à mesma ali se faz não resulta qualquer efeito específico de constitucionalização. A Declaração Universal, olhando para as respectivas funções interpretativa e integrativa, apenas desempenharia um papel auxiliar do texto constitucional, numa visão ampliativa e garantística do sistema de direitos fundamentais⁵¹. A Declaração Universal nunca pertenceria, na verdade, ao conjunto eleito das normas formalmente constitucionais.

Esta posição minimalista do valor da Declaração Universal no seio do Direito Constitucional defronta-se essencialmente com a dificuldade de explicar o sentido útil da referência que a Constituição lhe faz. É que se dessa referência nada se adiantasse relativamente à respectiva força jurídico-constitucional, estaríamos então perante um preceito constitucional inútil. Ora, devemos agir, na medida do possível, seguindo a norma interpretativa que manda obter dos preceitos o máximo efeito que os mesmos possam dar.

A observação da técnica da inserção do Direito Internacional Público no Direito Interno Português confirma plenamente quanto acaba-

⁵¹ CANOTILHO, MOREIRA. *Constituição...* p. 138; BELEZA, SOUSA, op. cit., p. 175.

mos de afirmar. Consistindo num conjunto escrito de normas e princípios de Direito Internacional Geral⁵², a Declaração Universal teria sempre assegurada a sua recepção automática no

⁵² A busca da respectiva força jurídica não é um assunto, contudo, que se considere pacífico. A doutrina internacionalista tem-se degladiado, talvez sem grande utilidade, em torno de algumas qualificações a atribuir-lhe.

Do ponto de vista formal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada, em 10 de Dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio de uma resolução, a Resolução n.º 217-A (III), com a seguinte votação: 48 votos a favor, nenhum voto contra e as abstenções da Arábia Saudita, Bielorrússia, Checoslováquia, Jugoslávia, Polónia, Ucrânia, África do Sul e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A aprovação da Declaração Universal por resolução não vinculativa determinou, da parte de alguns autores, a consideração de que se trataria de um documento meramente político, sem que pudesse alguma vez obrigar os Estados. Ele enquadrar-se-ia unicamente nas tarefas de representação política da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da qual este alto órgão chama a atenção da opinião pública internacional para os grandes problemas da Humanidade. O exercício dessa competência da cariz político seria, aliás, aquela que melhor caracterizaria o papel da Assembleia Geral, por a esmagadora maioria das respectivas deliberações serem, nos termos da Carta das Nações Unidas, meramente opinativas. As excepções situar-se-iam em alguns, poucos, aspectos em que estatutariamente se defere à Assembleia Geral a tomada de deliberações de teor vinculativo — em matéria de orçamento e em assuntos urgentes de defesa internacional.

O grupo das opiniões que consideram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na esfera internacional, sem vinculatividade não é maioritário e deparamos com uma plêiade de jusinternacionalistas que, não obstante o acto em que foi vertido o respectivo conteúdo, têm a opinião de que se está perante um texto de Direito Internacional com inequívoco sentido ordenador. Mas de novo se verificam divergências não só a respeito do motivo dessa vinculatividade como mesmo quanto à intensidade da mesma.

Para uns, tratar-se-ia de um texto de interpretação da própria Carta das Nações Unidas, beneficiando do valor que a esta se atribui. No fundo, seriam disposições que concretizariam os princípios que esta Carta já conteria em matéria de direitos humanos.

Para outros, a resolução que aprovou a Declaração Universal outra coisa não faria senão formalizar, num texto escrito, um conjunto de normas internacionais de natureza costumeira, com âmbito geral, aplicáveis à generalidade da comunidade internacional.

Há ainda quem lhe conceda, a partir da aceitação formal da existência de um Direito Internacional Impositivo, a qualidade de *jus cogens* introduzida pela Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados celebra-

nosso Direito Interno⁵³. A respectiva vigência, enquanto conjunto de normas e princípios pertencentes ao Direito Internacional, já assim se alcançaria, nada podendo acrescentar, neste particular, o art. 16.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa. O sentido ordenador trazido por este preceito redundaria num evidente fracasso, nada dizendo de novo quanto ao que já se tivesse obtido através das normas de recepção de Direito Internacional.

Inequivocamente pensamos que o art. 16.º, n.º 2, da Constituição ostenta uma relevância no plano das normas formalmente constitucionais. Nem outra coisa se poderia depreender do facto de o legislador constitucional ter querido especificamente vincular aqueles preceitos às suas normas. Algum significado constitucional é forçoso atribuir-se a um preceito que manda o intérprete-aplicador atender à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No extremo oposto do valor mínimo que se atribui à Declaração Universal no contexto constitucional situa-se a construção que chega ao ponto de acreditar que aquele texto internacional possua uma força supra-constitucional, subjugando a própria Constituição formal Portuguesa.

A base desta tese é, no fundo, apenas de índole literal e atende exclusivamente à fórmula

dos em Estados, um valor reforçado que se explicaria pela sua integração neste núcleo duro do Direito Internacional, composto pelos valores fundamentais da comunidade internacional. Pela importância das matérias abrangidas, não seria legítimo operar-lhe uma qualquer derrogação particular, aplicando-se sem excepção a todos os membros da comunidade internacional.

Com alguns contributos a respeito desta discussão, v. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional*: introdução à teoria da Constituição. Braga, 1979. p. 162-163; ANDRADE. *Declaração Universal*... p. 11 e segs.; MORAIS, ALMEIDA, PINTO. op. cit., PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra, 1993. p. 392-393; MIRANDA. *La Constitution portugaise*... p. 75-76.

Aderimos à posição expressa, por exemplo, por MIRANDA (*La Constitution portugaise*... p. 76), propugnando para a Declaração Universal esta natureza de Direito Internacional Geral.

⁵³ Não parece ser este o entendimento de CANOTILHO e MOREIRA (*Constituição*... p. 138), ao, essencialmente, admitirem tal relevância no plano do Direito Internacional, colocando-a em termos dubitativos: “Se alguns dos princípios consagrados nesta Declaração forem também normas de direito internacional (consuetudinário ou convencional), então serão estas normas que vigorarão na ordem interna portuguesa, de acordo com o art. 8.º, como verdadeiro direito”.

constitucional que determina a interpretação e integração dos preceitos relativos aos direitos fundamentais “de harmonia” com a Declaração Universal. Por aqui se demonstraria que sendo, no fim de contas, a Constituição a harmonizar-se com a Declaração Universal, esta ser-lhe-ia superior⁵⁴.

Posteriormente, esta construção seria objecto de alguns desenvolvimentos, admitindo outro autor que ela implicaria uma prevalência global da Declaração Universal sobre a Constituição, mesmo se menos favorável aos cidadãos⁵⁵, e defendendo-se concretamente, por esta via, a existência de normas constitucionais inconstitucionais⁵⁶.

Os argumentos que nos impelem à rejeição deste posicionamento doutrinário, muito mais radical do que o anterior, são naturalmente mais veementes e assentam em aspectos semânticos, lógicos e normativos.

Da perspectiva da significação constitucional, esta teoria assenta, segundo nos parece, numa leitura forçada da expressão constitucional que apela à interpretação e integração dos preceitos sobre direitos fundamentais “de harmonia” com a Declaração Universal. A expressão *harmonia* não pode ter um sentido de “im-

posição”, antes tem um sentido de “correspondência”. Temendo o legislador constitucional português perder a oportunidade da ajuda preciosa que a Declaração Universal lhe pudesse dar, quis generosamente o seu concurso, sem que daí extraísse as consequências de que a mesma passaria a comandar os destinos constitucionais em Portugal!

Pensando em termos normativos, esta é uma construção toda ela feita na pressuposição de algo que, na verdade, nunca pode acontecer. Idealizando uma situação de contradição entre a Constituição e a Declaração Universal, conclui-se que se é a primeira que se harmoniza com a segunda, logo a segunda prevalece e é-lhe, portanto, superior. Só que tal situação de colisão de sentidos normativos é, de todo, impossível de ocorrer porque não foi esse o tipo de apelo que a Constituição dirigiu à Declaração Universal. A prevalência, como critério de resolução de antinomias normativas, tem por condição a impossibilidade de convívio entre duas proposições jurídicas⁵⁷. Ora, a verdade é que, como pudemos observar, tivemos de afastar as hipóteses de conflito entre uma norma da Constituição Portuguesa e uma norma da Declaração Universal, pela própria natureza da função que esta vai desempenhar a pedido daquela. Do que se trata é de acolher as funções hermenêuticas concretas que se consideram ser úteis na Declaração Universal; não está – nem nunca esteve – em causa aceitar que a Declaração Universal possa servir de fonte autónoma, em concorrência com as fon-

⁵⁴ Tese elaborada por Queiró (op. cit., p. 326), em todo o caso temperada por uma aplicação sempre de índole mais favorável aos cidadãos: “Na medida em que os dois documentos em algum ponto colidam e contenham, portanto, valorações diferentes não podendo ser executados ao mesmo tempo (lacunas de colisão), afigura-se-nos ter sido, em último termo, pensamento do legislador constituinte dar primazia à Declaração, pelo menos se e quando esta seja mais aberta, generosa e liberal que a nossa Constituição. O nosso legislador constituinte não terá certamente querido colidir com a Declaração, ficando atrás desta em matéria de direitos fundamentais”.

⁵⁵ OTERO (op. cit., p. 610), chegando mesmo a dizer “...essa prevalência é cega a concepções valorativas...”, configurando, como impressivamente afirma, “...um verdadeiro casamento ‘para o bem e para o mal’...”, podendo servir mesmo para limitar ou restringir direitos fundamentais, indo para além da mera cláusula reguladora do exercício dos mesmos constante do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal.

⁵⁶ OTERO (ibidem, p. 618), que defende assim a inconstitucionalização das normas constitucionais provisórias que excepcionaram, por razões histórico-revolucionárias muito compreensíveis e atendíveis, o princípio do *nullum crimen sine lege*, permitindo a incriminação e julgamento, com efeitos retroactivos, do agentes da Pide/DGS que, no tempo da ditadura, perpetraram vários crimes.

⁵⁷ Só temos assim de concordar com MIRANDA (*Manual...* v. 4, p. 150), quando esse insigne constitucionalista considera que não se pode conceber a prevalência das normas da Declaração Universal sobre as normas da Constituição documental se estas forem originárias e não supervenientes, porquanto a recepção daquela fica condicionada à inexistência de uma qualquer hipótese de conflito.

Mas se assim não for, não podemos aceitar o pressuposto lógico em que assenta essa asserção, que é a de que possa haver uma contradição entre aqueles dois conjuntos normativos. O problema só pode resolver-se a montante: como o apelo à Declaração Universal é meramente interpretativo e integrativo, em rigor, nunca chega a haver um conflito de sentidos normativos que se plasme em fontes inconciliáveis entre si; quando muito, vários sentidos divergentes que não são suficientes para configurar, em termos metodológicos, uma hipótese de contradição normativa, que só aparece finda a operação hermenêutica.

tes formais da Constituição Portuguesa. Essas funções actuam depois das fontes e em caso algum podem desembocar num conflito⁵⁸.

Em termos puramente lógicos, custa a perceber por que razão da própria norma constitucional se consegue aceitar uma outra norma que lhe seja superior. Aqui reside o paradoxo da autovinculação, tão em voga algumas décadas atrás: se alguém é livre para se vincular, não havendo uma autoridade superior que se lhe imponha, também o é para se desvincular. Mas por aqui se vê que o fenómeno da autovinculação é meramente aparente porque em qualquer altura, tal como se autovinculou, o legislador constitucional poderia autodesvincular-se. É ele sempre a autoridade máxima através do poder constituinte que, em qualquer momento, lhe corresponde.

Localizando-se a meio caminho entre estas duas posições extremas, minimalista uma e maximalista a outra, encontramos uma posição intermédia, que equipara a força jurídica da Declaração Universal à das normas formalmente constitucionais. O facto de a Constituição apelar para as funções interpretativa e integrativa outra coisa não pretenderia dizer senão acentuar a recepção desse mesmo texto no conjunto do ordenamento constitucional português, passando a fazer parte dele⁵⁹. Da perspectiva da distribuição das normas formalmente constitucionais, a Declaração Universal constituiria um núcleo, também formalmente constitucional, mas que se situaria fora da Constituição documental, esta vista apenas como um código unificando todas as normas formalmente constitucionais.

Simplemente, há algumas dúvidas que esta teoria não consegue resolver. O apelo da Constituição Portuguesa à Declaração Universal não é idêntico àquele que a mesma efectuaria se pretendesse receber todo um acervo normativo.

O texto constitucional está unicamente interessado em ressaltar certas funções que se podem obter da Declaração Universal. Em nenhum lugar se diz que a Declaração Universal é incorporada na Constituição, ou sequer ela é assim vista de uma forma global. Proclama-se é que em termos interpretativos e integrativos ela tem

⁵⁸ Como não recordar aqui as palavras de Karl Larenz, a propósito de princípio intelectualmente idêntico, segundo o qual a "...interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei".

⁵⁹ MIRANDA, *Manual...* v. 2, p. 38.

uma palavra determinante, o que é muito diferente. Não é o texto da Declaração Universal enquanto tal – e também, por isso mesmo, não se previu a sua publicação em anexo – que vigora, apenas a sua utilização no contexto das operações específicas que deixámos assinaladas⁶⁰.

Assim seria, na verdade, se o texto português tivesse adoptado a redacção do texto da Constituição de São Tomé e Príncipe, no qual se anuncia a adesão global do ordenamento interno à Declaração Universal como um texto jurídico-internacional genericamente vinculante⁶¹. Eis um contraste de fórmulas constitucionais que não pode deixar de ter a sua tradução do ponto de vista das consequências da respectiva incorporação.

A contextualização desta Declaração Universal no seio do esquema constitucional gizado para as fontes constitucionais do sistema de direitos fundamentais do mesmo modo depõe contra esta construção. Aceitando-se – como nós aceitamos – que a constitucionalização de normas atributivas de direitos fundamentais se faz através do art. 16º, nº 1, da Constituição, esta concepção acerca do valor constitucional global da Declaração Universal esbarraria na redundância recíproca dessas cláusulas, o que decerto o legislador constitucional quis

⁶⁰ Iguualmente contestamos a qualificação que os seguidores desta tese tomam a respeito da recepção que quer ver na Declaração Universal dos Direitos do Homem um exemplo de recepção formal e não de recepção material — porque o texto valeria por si próprio e nunca inserido numa qualquer lógica de mera complementação de lacunas. Cfr. MIRANDA, *La Constitution portugaise...* p. 77.

A distinção conceptual que existe entre estas duas espécies de recepção, segundo nos diz a Teoria Geral do Direito, parece-nos ser outra, tendo que ver com o facto de a recepção atender ao sentido normativo recebido — cristalizando-o definitivamente (recepção material) — ou ao sentido que, em qualquer momento, certa fonte promane, em atenção ao poder normativo que lhe está subjacente (recepção formal).

A separação que João de Castro Mendes (*Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa, 1984. p. 66-67) adopta entre norma de remissão material e norma de remissão formal pode dar uma ajuda: "A remissão material é remissão para certa norma, em atenção ao seu conteúdo. A remissão formal é remissão para certa norma, em atenção apenas a ser aquela que em certo momento regula na ordem jurídica determinado problema".

⁶¹ Cfr. o art. 12º, nº 2, da Constituição de São Tomé e Príncipe.

afastar⁶². Sendo a Declaração Universal um texto de Direito Internacional, aplicável nos termos gerais no Direito Português, não se enxergaria o efeito autónomo – e por isso útil – a dar à respectiva invocação: a sua constitucionalização já seria uma realidade através da cláusula aberta de direitos fundamentais atípicos. O legislador constitucional, deste modo, estaria a prever o previsto, num manifesto *déjà vu* jurídico-constitucional. O seu papel apenas se resumiria ao tipo de normas que não fosse acolhido pela cláusula aberta – as normas respeitantes ao regime dos direitos fundamentais, bem como as respectivas figuras afins⁶³.

De acordo com a nossa visão acerca da força jurídica da Declaração Universal, a resposta não pode ser conceptualisticamente formulada em termos de saber se a Declaração Universal é constitucional, supra-constitucional ou infra-constitucional. Os conceitos utilizados (concernentes à recepção constitucional) podem servir noutros aspectos de relacionamento do Direito Constitucional com sectores do Direito Interno ou com o Direito Internacional, mas são inaptos para resolver esta dificuldade. Por demais evidente transparece que a Constituição rejeitou uma solução dicotómica “de ser ou não ser” e atendeu, sobretudo, aos aspectos materiais que a Declaração Universal pode oferecer ao texto constitucional.

A relevância constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem assume, deste modo, um cariz eminentemente funcional, na medida em que a respectiva incorporação não é feita em bloco ou por conjuntos normativos; ela é antes substancialmente aferida pelo tipo de ajuda que pode dar ao texto constitucional em termos interpretativos e integrativos. Não vale sempre o mesmo e em toda a sua extensão. Pelo contrário, apresenta-se com uma relevância constitucional móvel e flexível, variando segundo os pontos de vista e as perspectivas de análise, se e na medida em que possa desempenhar essas peculiares funções hermenêuticas.

Não se trata, no entanto, de limitação de tipo material ou de tipo temporal: não de tipo material porquanto todo o texto da Declaração Universal é uniformemente eficaz, inexistindo partes que contem menos, o mesmo se podendo dizer do universo das normas que se lhe submetem em termos de definição do âmbito do res-

⁶² GOUVEIA, *Os direitos fundamentais...* p. 347 e segs.

⁶³ *Ibidem*, p. 325 e segs.

pectivo alcance; não de tipo temporal uma vez que não se observa a Declaração Universal com um certo conteúdo histórico ou que eventualmente só pudesse funcionar inicialmente no momento da entrada em vigor da Constituição, permanecendo o seu sentido normativo actuate e dinâmico, sempre aberto a novas aplicações e soluções.

Somos de opinião de que a força jurídico-constitucional da Declaração Universal, que é indubitável, se confina ao sentido ordenador que pode ser obtido em cada uma das dimensões funcionais que tivemos ocasião de assinalar:

a) *função interpretativa* – é constitucionalmente vinculativa na medida em que, de entre vários elementos interpretativos disponíveis, possa representar o sentido interpretativo prevalecte, numa ideia de interpretação em conformidade com a Declaração Universal⁶⁴;

b) *função integradora* – é constitucionalmente vinculativa na medida em que, no contexto das suas regras de atribuição de direitos fundamentais e do respectivo regime, se pode admitir a permanência, a título de integração normativa de lacunas, de algumas das respectivas disposições⁶⁵.

6. Da escassez prática ao elevado significado político

A apreciação do lugar da Declaração Universal dos Direitos do Homem na Constituição Portuguesa decerto que ficaria incompleta se não pudéssemos vislumbrar situações em que tudo quanto dissemos fosse aplicável.

⁶⁴ A esse propósito dizendo Ascensão (Direito de autor e direitos fundamentais. In: MIRANDA (org.). *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição*. Coimbra, 1997. v. 2, p. 189), que “O sentido do art. 16/2 é antes o de tomar a Declaração como elemento hermenêutico auxiliar da Constituição portuguesa”.

⁶⁵ Esse parece ser o sentido constitucionalmente perfilhado por Sousa (op. cit., p. 163), ao dizer que a Constituição recebe a Declaração Universal como “fonte subsidiária de Direito”.

Também nesse sentido expressamente nos pronunciamos: “Não quer isto dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não assuma uma força constitucional normativa; ela insere-se, sim, num processo de integração de lacunas e faz parte do Direito Constitucional Português enquanto Direito subsidiário, aplicando-se em tudo quanto não esteja estipulado no código constitucional”. Cfr. Gouveia, *Os direitos fundamentais...* p. 148.

A consideração conjunta dos três aspectos fulcrais que importa observar nessa análise – por um lado, as opções concretas que o legislador constitucional tomou na modulação da cláusula, por outro lado, as características gerais que se encontram no sistema de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional e, por fim, o sistema de fontes dos mesmos – provoca uma acentuada escassez de resultados práticos que sejam proporcionados por esta cláusula.

Mas não cremos que, relativamente ao sentido que a Constituição Portuguesa quis que ela desempenhasse, o saldo seja o de uma vitória meramente pírrica, servindo muito pouco ou mesmo para nada, apenas eventualmente alimentando debates doutrinários mais ou menos estéreis⁶⁶.

Em termos de opção do legislador constitucional, é verdade que se registra uma tendência muitíssimo constringente na amplitude com que se concebe tal cláusula.

O ponto principal sem dúvida que é constituído pela inadmissibilidade de a Declaração Universal se revelar como uma fonte ampla no sistema constitucional de direitos fundamentais, capaz de por si só desencadear um conflito inter-normativo e, depois, prevalecer sobre qualquer outra norma.

Mas também ao nível de cada uma das funções assinaladas se notam dificuldades na procura de um espaço autónomo de ordenação:

– em termos de interpretação, porque as normas da Declaração Universal são em muitos casos pouco precisas, beneficiando o texto constitucional de um passado já bastante experiente, não tendo também de fazer concessões entre tendências que, no plano internacional, eram, até há bem pouco tempo, muito visíveis (basta pensar no conflito Ocidente-Leste);

– em termos de integração, porque a Declaração Universal, como seria posto a nu pelos Pactos Internacionais de 1966, tem lacunas acentuadas em matéria de regime de direitos fundamentais, não cuidando também convenientemente das diversas cláusulas que, internamen-

⁶⁶ A esse propósito, Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 138) afirmam mesmo que “...a questão é praticamente irrelevante, pois a Constituição não só consumiu a Declaração – sendo muitas das disposições constitucionais reprodução textual, ou quase textual, de disposições daquelas – mas também incluiu direitos não referidos na Declaração”.

te, devem limitar a acção agressiva do legislador infraconstitucional.

No seio das opções que o legislador constitucional fez quanto à modulação da cláusula de incorporação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, escolheu-se um sistema extremamente restritivo, que não se compadece sequer com as excessivas potencialidades aplicativas que, algo quixotesicamente, parte da doutrina lhe assinala.

Do mesmo modo as peculiares características do sistema de direitos fundamentais não são alheias a esse resultado, sistema de direitos que, no seio da Constituição Portuguesa, aparece – arriscamo-nos a dizê-lo – como um dos mais aperfeiçoados do Globo.

Isso é verdade, *primo*, quanto às diversas gerações de direitos fundamentais que se consagram, sendo possível identificar as três que hoje se reconhecem: da 1ª geração, os direitos civis e políticos; da 2ª geração, os direitos de natureza económica e social, ligados às preocupações do Estado Social; e da 3ª geração, os direitos ao ambiente e qualidade de vida, os direitos dos consumidores e os direitos de protecção da pessoa em face da utilização da informática. Por aqui se percebe que o elenco dos direitos fundamentais constante do texto da Constituição vai muito para além do limitado número daqueles que se antevêm na Declaração Universal.

Isso é verdade, *secundo*, a respeito das regras que caracterizam o regime dos direitos fundamentais. É notável a preocupação que a Constituição Portuguesa mostrou neste domínio, indo muito para além da mera positivação atributiva dos direitos fundamentais. E decerto que não foi esquecida a terrível lição do passado recente do constitucionalismo português. Observam-se, no plano mais geral dos direitos fundamentais enquanto categoria unitária, significativas regras constitucionais que fixam importantes limites à acção do poder público⁶⁷, como sucede com os princípios da universalidade e da igualdade, sem contar com a rigidez constitucional que é constitutiva do conceito de direito fundamental.

Isso é verdade, *tertio*, nos notáveis progressos que se deram numa das categorias particulares por que se repartem os direitos fundamentais, por oposição aos direitos económicos, sociais e culturais – os direitos, liberdades e ga-

⁶⁷ Com um tratamento genérico do tema, v., por todos, MIRANDA. *Manual...* v. 4, p. 193 e segs.

rantias. Pelo facto de serem protectores de bens que, para a Constituição, se afiguram como os mais valiosos, o regime que lhes está reservado apoia-se numa maior efectividade, proporcionada pela respectiva consagração através de normas preceptivas⁶⁸, que não se sujeitam à volubilidade da realização de condições de facto, com vista à sua aplicação, inerente às normas programáticas. É de elencar algumas dessas regras mais significativas⁶⁹:

a) *aplicabilidade directa*, não carecendo de uma *interpositio legislatoris* para se tornarem operantes;

b) *vinculação das entidades públicas*, mesmo para os mais relapsos actos jurídico-constitucionais segregados no exercício das funções política e jurisdicional;

c) *vinculação das entidades privadas*, com aplicação dos direitos fundamentais mesmo nas relações entre entidades privadas;

d) *restrições sujeitas a um severo regime gizado pela Constituição*, quer quanto às situações em que pode ter lugar, quer quanto à forma por que as mesmas se verificam;

e) *suspensão submetida às limitações decorrentes da decretação do estado de sítio e do estado de emergência*, as quais asseguram o exercício limitado do poder de excepção;

f) *reserva de lei parlamentar*, enquadrando a intervenção legislativa, ablativa ou reguladora;

⁶⁸ Assim, Gouveia (*Os direitos fundamentais...* p. 437- 438): “Da nossa parte, preferimos um critério de teor normativo, pelo qual a qualificação de um direito fundamental como análogo aos direitos, liberdades e garantias se faça através da espécie de norma que o positiva, a revestir sempre uma natureza preceptiva e nunca programática. É uma conclusão que parte da observação das normas que positivam os direitos fundamentais considerados pela CRP direitos, liberdades e garantias e da razão de ser da separação existente entre o regime específico destes e o regime específico dos direitos sociais”.

⁶⁹ Sumariando as características dos direitos, liberdades e garantias, bem como do regime que os acompanha, v. Miranda. *Estudos sobre a Constituição*. v. 3, Lisboa, 1979. p. 41 e segs.; O regime dos direitos, liberdades e garantias, e *Manual...*, v. 4, p. 275 e segs.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 210 e segs.; CANOTILHO, MOREIRA, *Fundamentos...* p. 109 e segs., 121 e segs., e *Constituição...* p. 139 e segs.; CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, 1993. p. 577 e segs.; GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 439-440.

g) *direito de resistência*, em geral contra qualquer ordem que atinja os direitos, liberdades e garantias;

h) protecção acrescida através dos *limites materiais de revisão* constitucional.

Perante esta abundância de normas atributivas de direitos fundamentais, bem como de normas referentes ao respectivo regime, o espaço que sobra para uma eventual intervenção suplementar e criadora da Declaração Universal dos Direitos do Homem é, como se percebe, bastante reduzido.

Igualmente se nota nas fontes do sistema de direitos fundamentais uma meritória abertura que, em larga escala, diminui as situações lacunares na positivação desses direitos.

A plataforma de base é constituída pela tipologia que dos mesmos se encontra no texto constitucional, em boa medida concentrada no lugar próprio. Só que de modo algum o texto constitucional se fecha a outros direitos que aí também se encontram, admitindo a possibilidade de direitos fundamentais dispersos ou não enumerados. O texto constitucional abre-se a direitos fundamentais consagrados noutras das suas partes, recusando encerrar formalmente esta realidade e favorecendo direitos que, por razões várias, não puderam localizar-se na parte da Constituição primordialmente referente aos direitos fundamentais.

Não se contentando com o alargamento aos direitos tipificados fora da parte I, a Constituição Portuguesa admite que, com idêntica força constitucional, outros direitos fundamentais não tipificados no texto constitucional sejam ainda considerados – os direitos fundamentais atípicos⁷⁰. É precisamente a esse propósito que a

⁷⁰ Quanto ao alcance desta cláusula de direitos fundamentais atípicos, v. João de Castro Mendes, *Os direitos, liberdades e garantias*: alguns aspectos gerais. *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977. p. 103 e segs.; MIRANDA. *A Constituição de 1976...* p. 324 e segs., *Manual...* v. 4, p. 152 e segs., e *La Constitution portugaise...* p. 87 e segs.; SOUSA, Rabinranath Capelo de. A Constituição e os direitos de personalidade. In: MIRANDA (org.). *Estudos sobre a Constituição*, v. 2, Lisboa, 1978. p. 193-194; ANDRADE. *Os direitos fundamentais...* p. 30 e segs., e 76 e segs.; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra, 1985. p. 135 e segs.; MORAIS, ALMEIDA, PINTO, op. cit., p. 42; MOTA, Henrique. Le principe de la liste ouverte em matière de droits fondamentaux. In: LA JUSTICE constitutionnelle au Portugal. Paris, 1989. p. 177 e segs.; CANOTILHO, MOREI-

Constituição apela a fontes, em princípio, infra-constitucionais – como as leis e as normas de Direito Internacional – e que depois são constitucionalizadas no que tange à atribuição do novo direito fundamental.

No plano das fontes, verifica-se que a Constituição Portuguesa, num gesto de manifesto pluralismo normativo, tem uma visão abrangente, não reduzindo os direitos fundamentais àqueles que tiveram a sorte de ter surgido num momento histórico e concreto da aprovação da Constituição e como tal sendo explicitamente qualificados, de acordo com o poder constituinte que então se estabeleceu.

Mas em que termos, ao fim e ao cabo, é possível retirar alguma utilidade prática da incorporação funcional da Declaração Universal dos Direitos do Homem na Constituição Portuguesa e, com isso, demonstrar que essa incorporação não redundou numa qualquer “decepção” normativo-constitucional?

Não obstante a escassez de resultados que se devem aos vários factores que ficaram equacionados, estamos em crer que, ainda assim, é possível vislumbrar situações específicas em que se consegue assacar à Declaração Universal um papel nada desinteressante na edificação do sistema português de direitos fundamentais. Sem pretender esgotar esse tipo de análise, que não se inclui sequer nos nossos propósitos, é possível avançar com alguns exemplos:

a) na *função interpretativa*⁷¹ – podem alguns dos direitos fundamentais consagrados

RA. *Fundamentos...* p. 115 e segs., e *Constituição...* p. 116 e segs., e 137-138; CANOTILHO. *Direito Constitucional*, p. 528-529; GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 293 e segs.

⁷¹ Este é um problema que já tem sido substancialmente equacionado pela doutrina portuguesa, dedicando-lhe, por exemplo, Miranda (*Manual...* v. 4, p. 148-149) alguns exemplos que vivificariam essa relevância prática, assim sucedendo com: o art. 1º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e consciência de que todos os homens são dotados; o art. 2º, primeira parte, ao esclarecer que as causas de discriminação o são a título exemplificativo; o art. 2º, segunda parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros; o art. 7º, segunda parte, ao atribuir direito de protecção igual contra qualquer discriminação; o art. 9º, ao estabelecer que ninguém pode ser arbitrariamente exilado; o art. 16º, nº 1, ao mencionar o direito de casar e de constituir família; o art. 16º, nº 2, ao estabelecer que o casamento exige o livre e pleno consentimento dos esposos; o art. 22º, segunda parte, ao fazer depender a realização dos direi-

ser melhor densificados através dos equivalentes preceitos da Declaração Universal: no direito à vida, atende-se também à vertente prestativa, ou seja, o direito de sobrevivência; no direito de nacionalidade, inclui-se o aspecto do direito de mudar de nacionalidade ou de a ela renunciar; no direito de asilo, este não pode ser invocado por quem tenha praticado crimes de delito comum ou contra as finalidades das Nações Unidas; no direito à remuneração laboral, a retribuição justa não é apenas vista em termos individuais, mas em termos familiares⁷²;

b) na *função integrativa*⁷³ – é viável acrescentar mais alguns elementos só mencionados nas normas da Declaração Universal: como a imposição de deveres para com a comunidade, num empenhamento colectivo do cumprimento assim reflexo dos direitos fundamentais; ou como a cláusula de limitação ao exercício de direitos fundamentais, cuja admissibilidade não podemos contrariar, a qual não foi contemplada por causa de um manifesto complexo político-histórico⁷⁴.

Só que em Direito Constitucional, diversamente do que possa suceder noutros ramos do ordenamento jurídico, o sentido político-simbólico das disposições das Constituições tem qua-

tos de cariz social do esforço nacional e da cooperação internacional, segundo a organização e os recursos do país; o art. 26º, nº 2, ao dizer que a educação deve visar a plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; o art. 26º, nº 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade da escolha do género de educação a dar aos filhos.

⁷² Cfr., respectivamente, os arts. 25º, nº 1, 15º, nº 2, 9º e 23º, nº 3, da Declaração Universal.

⁷³ Também aqui, a doutrina portuguesa tem obtido resultados, uma vez mais pela mão de Miranda (*Manual...* v. 4, p. 151), que refere os seguintes exemplos, para além da própria cláusula do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal (*Manual...*, v. 4, p. 264 e ss.): o art. 10º, na medida em que abrange outras formas de processo além do processo penal; o art. 15º, nº 2, segunda parte, consagrando um direito de mudar de nacionalidade; o art. 17º, nº 2, uma vez que a proibição de privações arbitrárias da propriedade deve abranger, quer a propriedade privada quer a propriedade comunitária e quaisquer outras que venham a existir; o art. 18º, quanto à liberdade de pensamento; o art. 24º, prevendo o direito de todas as pessoas – não unicamente os trabalhadores – ao repouso e aos lazeres; os arts. 29º e 30º, impondo deveres e limites aos direitos.

⁷⁴ Cfr. o art. 29º, nos seus nºs 1 e 2, da Declaração Universal.

se tanta importância quanto o seu sentido normativo-hermenêutico.

A invocação da Declaração Universal dos Direitos do Homem no texto constitucional implica, paralelamente ao seu sentido normativo, o comprometimento do Estado Português no movimento de protecção dos direitos do homem. A alusão ao respectivo texto precursor no plano internacional é um gesto seguro, em termos políticos, dessas obrigações assumidas⁷⁵.

A escassez prática da invocação constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem é assim largamente compensada pelo intenso significado simbólico-político que se lhe associa, como o prova, de resto, o papel que ela teve na decisiva caminhada em torno da defesa dos direitos do homem em todo o Mundo, por causa dos quais é lícito dizer que a segunda metade do século XX ficará indelevelmente assinalada como um dos períodos de maior progresso da Humanidade.

⁷⁵ Recordemos, neste ensejo, as impressionantes palavras de ANDRADE (*Declaração Universal...* p. 12-13): “Independentemente, porém, do seu valor jurídico, a Declaração desempenhou e desempenha um papel histórico de relevo. Desde o momento da sua aprovação, governos, igrejas, partidos políticos, associações cívicas, grupos de interesse, entidades culturais, personalidades, homens da rua em todos os

cantos do mundo, independentemente de opções ideológicas, respeitam-na, invocam-na, ou, pelo menos, temem-na. Não sendo um documento jurídico obrigatório, foi a partir dela que se começou a impor a ideia de que a situação e o tratamento dos indivíduos não é um assunto interno do Estado respectivo, mas uma questão que interessa a toda a comunidade internacional”.