

DIREITOS HUMANOS & CONSTITUIÇÃO BREVE REFLEXÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

HUMAN RIGHTS & CONSTITUTION BRIEF REFLECTION FROM THE CONSTITUTION OF THE PORTUGUESE REPUBLIC

Paulo Ferreira da Cunha *

1 DIREITOS HUMANOS E OUTRAS FIGURAS: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO NATURAL

A comunicação social frequentemente nos traz a expressão “Direitos Humanos”. A propriedade com que, normalmente, o termo é usado, é, contudo, muito escassa. E mesmo juristas (e políticos) que a deveriam usar com rigor, a confundem frequentemente. Também a invocam a torto e a direito, sendo que “a má moeda expulsa a boa” e assim o uso imoderado da expressão Direitos Humanos e a sua invocação errónea e banalizada leva água ao moinho dos que (agora já abertamente e sem vergonha) são seus inimigos.

Há realmente várias formas de encarar os Direitos Humanos e há também que separar os Direitos Humanos de figuras próximas.

Não é impunemente que, de vez em quando, o leigo ouve falar em Direitos Fundamentais, ou em Direito Natural. E também, às vezes, ouve falar em Direitos Humanos Fundamentais. São um conjunto de conceitos acerca dos quais o hábito rigorista e conceptualista dos universitários obriga a fazer alguma clarificação. Não é, em si, um mau hábito – pelo contrário. É um hábito de precisão. O problema é quando os académicos se enredam nessa precisão e se tornam, como diria Bacon, nos seus *Ensaio*s, cortadores de cominhos.

Muito rapidamente nós poderíamos dizer que esta aspiração a que o Homem – com maiúscula – seja tratado de forma digna, consonante com a sua própria Humanidade (que se postula), para falarmos da forma mais teórica possível, esta aspiração a que elementos de dignidade, de liberdade e afins sejam realmente respeitados, esta fórmula corresponde no plano por assim dizer filosófico àquilo a que se chama Direito Natural, que é a possibilidade da existência de um Direito superior que julga o próprio Direito Positivo, o direito postos pelos poderes e pelos factos. Uma Lei acima das próprias leis. Independentemente de detalhes de híper-rigorismo conceitual, costumam apontar-se as peças de teatro em torno do mito de Antígona (de Sófocles a Anouilh, ou a António Sérgio, por exemplo) como sendo

* Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas, Paris II e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agregação pela Universidade do Minho. Professor Catedrático com “tenure”, Professor visitante da Faculdade de Direito da USP, da Universidade Católica de Santos e da Faculdade de Direito de Kiev, da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, da UANE, México etc. Professor “Associé” ao Departamento de Direito e Justiça da Universidade Laurenciana, no Canadá, Professor Honorário da Universidade de Mackenzie. Vencedor de um dos Prémios Jabuti (ex-aequo) para melhor livro de Direito 2007. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP.

eloquentes afirmações dessa distinção entre o direito (quantas vezes injusto) derivado do poder político dos homens (o positivo) e um direito não escrito (*as agraphoi nomoi*), que é capaz de ser captado pela consciência, pela razão (o direito natural).

É em nome desse Direito Natural, ou de um princípio de Justiça ou algo semelhante, que nós podemos dizer que uma lei devidamente aprovada, com todos os carimbos e todas as promulgações é injusta. Uma lei ser injusta? Coisa complicada, mas que cala fundo na sensibilidade de todos. E o que ocorre? É porque se está perante direito positivo que não corresponde a um outro direito superior, a um ideal de justiça que seria o Direito Natural. Evidentemente rios de tinta correram sobre estes temas...

Esta é a dimensão mais filosófica - e que não é aceite por toda a gente, naturalmente. Há quem ache que só é Direito aquilo que o poder, que a força (*Kratos e Bías*, na peça de Ésquilo *Prometeu Agrilhoado*), decide. Esses não concebem que possa existir um Direito Natural. Apenas veem o direito na sua génese e manifestações humanas, por vezes demasiado humanas.

Outra figura próxima dos Direitos Humanos são os Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais, no fundo, são esses direitos mais ligados com a dignidade da pessoa, em todos os seus níveis, quer no nível político, cívico - a chamada Democracia Civil é feita disso -, quer no plano social, quer no plano económico, quer no plano cultural, quer no plano que agora podemos chamar ambiental, ecológico e também noutros, como o civilizacional, etc. Portanto, Direitos Fundamentais estão nas leis e antes de mais nas constituições. Ou seja, os Direitos Fundamentais seriam a dimensão em princípio nacional, mas positivada, dessas preocupações. E finalmente, os Direitos Humanos seriam - mas vai haver aqui uma derrapagem, já vamos ver - esses mesmos direitos fundamentais, mas já ao nível internacional. É por isso que há uma Declaração Universal dos Direitos Humanos e não uma Declaração Universal dos Direitos Fundamentais ou uma Declaração Universal do Direito Natural.

É evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos teve a mão de vários filósofos do direito, nomeadamente do Jacques Maritain, que nem sequer era só filósofo do Direito, era um filósofo geral, e naturalmente há uma inspiração jusnaturalista, ou seja, de Direito Natural, na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Mas, do ponto de vista rigoroso, o que acontece é que a Declaração Universal dos Direitos do Homem naturalmente é de Direitos Humanos ou de Direitos do Homem. Porque é universal, é esse plano internacional dos direitos.

É verdade, portanto, que temos estas três dimensões e o bom jurista e o bom político têm que navegar entre estes três níveis. Simplesmente, há aqui um fenómeno muito interessante que é uma espécie de salvação, uma espécie de resgate de todo o Direito pelos Direitos do Homem, os Direitos Humanos.

2 O RESGATE DO DIREITO PELOS DIREITOS HUMANOS

O Direito, de uma maneira geral - e pedimos desculpa aos juristas, grupo em que nos integramos, também - mas hoje o Direito em geral não é muito bem visto pelas pessoas. As pessoas não gostam muito do Direito. As pessoas acham

o Direito, de uma maneira geral... vamos ser francos ... uma burocracia, uma coisa em geral maçadora, que mais valia se não existisse. E em que se pensa quando se evoca o Direito? Às vezes são umas especiosidades, uma vírgula para aqui, uma vírgula para acolá... Quem é que gosta de recorrer ao Direito?

Há uma peça de Racine muito interessante chamada *Os Quereladores*, *Les Plaideurs*, em que há uma senhora que se diverte a pôr processos. A certa altura diz assim: “*Mais vivre sans plaider, est-ce contentement?*”² – pode haver contentamento se uma pessoa não viver com um processozinho? Ora bem, essa senhora é a mostra de como o mundo não é. As pessoas não gostam de ter processos. Pode haver uns quereladores, umas pessoas maldispostas, que gostam de aborrecer o vizinho, que põem um processo, etc., mas, em geral, o Direito não é muito bem visto nem procurado senão *in extremis*.

Diz-se que no céu só havia um santo jurista, que era Santo Ivo, o qual tinha conseguido ficar no paraíso através duma fraude... agora parece que já vai havendo a possibilidade de vir a haver outros. Por exemplo, o Prof. de Direito (e de Literatura) Antoine Frédéric Ozanan, fundador da Conferência de S. Vicente de Paulo, foi beatificado por João Paulo II... mas há certamente ainda poucos juristas santos no céu.

Os muçulmanos dizem que os *kadis*, os juízes, estão todos no inferno. Enfim, as ideias tradicionais sobre Direito não nos são, infelizmente, muito simpáticas. Há um livro muito curioso de um advogado que faleceu recentemente, o Dr. Alberto Lamy³, sobre os advogados, anedotas de advogados, etc., e esse livro está cheio desses testemunhos públicos de como o Direito não está muito bem cotado na nossa sociedade.

Mas, uma coisa nos salva – são os Direitos Humanos. Os Direitos Humanos salvam, resgatam o Direito. A partir da ideia de Direitos Humanos os juristas passam a ser bem vistos, os juristas passam a ter uma função social positiva. Então, o facto de os Direitos Humanos serem um vetor simpático relativamente ao Direito fez com que até na própria doutrina jurídica nós começássemos a contaminar com a expressão Direitos Humanos aquilo que eram Direitos Fundamentais. E, portanto, hoje, muitas vezes, o ser Direito Humano ou ser Direito Fundamental já acaba por ser mais ou menos a mesma coisa e, no Brasil, sobretudo - nós aqui temos a expressão “pão, pão, queijo, queijo”, no Brasil inventaram “pão de queijo” - também no Brasil terão inventado (pelo menos usam) os Direitos Humanos Fundamentais que é assim uma espécie de pão de queijo para resolver estas questões.

3 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Podemos dizer, *lato sensu* que, naturalmente, a nossa Constituição é uma constituição de Direitos Humanos. Em rigor seria de Direitos Fundamentais, com umas pontes naturalmente para o Direito Internacional e para os Direitos Humanos.

2 RACINE. *Les Plaideurs*. Ato I, Cena VII, 1668.

3 LAMY, Alberto Sousa. *Advogados e Juízes na Literatura e na Sabedoria Popular*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2001. 3. v.

Mas, enfim, *lato sensu*, podemos dizer que a Constituição é uma constituição de Direitos Humanos.

E é uma constituição de Direitos Humanos em vários aspetos. Gostaríamos rapidamente de recordar alguns pontos.

Primeiro, na génese da nossa Constituição. A nossa Constituição é uma constituição de Direitos Humanos porque na sua génese ela é uma constituição que vem repor a legalidade constitucional plena, depois de um período que foi o Estado Novo, em que os Direitos Humanos foram bastante maltratados.

Há uma história importante que gostaríamos de contar através de um paradoxo. A constituição é um género literário em que, tal como nos romances de Agatha Christie, o mordomo, ou o cônjuge da vítima é um dos principais culpados. É fundamentalmente o mordomo ou o cônjuge da vítima o culpado. O mordomo, o marido, a esposa...há assim nos romances de Agatha Christie, como sabem, uma chave. Há uma chave nesses romances. E em certa medida o seu êxito também decorre já da esperabilidade do enredo.

Ora, nas constituições também temos uma chave. E essa chave impõe-se a todas as constituições. Impõe-se mesmo a constituições antidemocráticas, o que é o mais incrível que possa parecer. Os estudos preparatórios dessa carta magna tinham dito que a Constituição de 1933 ia ser uma constituição antidemocrática, antiparlamentar e antiliberal. Mas não se conseguiu fazer uma constituição totalmente com essas três características. Porque vingou-se o mordomo. O mordomo de Agatha Christie vingou-se. E disse assim: “Ah é? Então apesar de tudo vamos ter uma Assembleia Nacional, vamos ter, apesar de tudo, uma lista de Direitos Fundamentais que depois não se vão cumprir, mas vai ter que ter lá uma listinha...” etc. etc., etc. É realmente muito interessante. Parece que, de facto, a Constituição tem umas características literárias a que nós não podemos fugir. Portanto, o próprio género constitucional já é em si mesmo bom.

Quando se argumenta: “Ah, mas ao fazer-se numa ditadura uma Constituição, vai ser uma constituição da ditadura, etc...”. É lógico. Mas há algo de mais subtil. Deixem fazer-se uma “Constituição”, que não será possível prescindir de render (ao menos pela hipocrisia, dita a homenagem que o vício presta à virtude) alguma homenagem à democracia e à liberdade.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 é uma constituição que vem substituir a Constituição do Estado Novo, de 1933, e que vai acabar institucionalmente, antes de mais, com o clima de falta de Direitos Humanos, de falta de Direitos Fundamentais que reinava antes da instauração da democracia. Só por isso já é uma Constituição de Direitos Humanos. Evidentemente, a própria revolução do 25 de abril já dera uma machadada na repressão e no medo, mas vai ser a Constituição que expressamente consagrará a Liberdade reencontrada. Não era uma outorga de Direitos, era um pleno reconhecimento jurídico de Direitos, Liberdades e Garantias.

Se formos analisar o que aconteceu na Assembleia constituinte criadora da Constituição democrática de 1976, há vários momentos em que se revela a

importância desses direitos. E podemos verificar que mesmo depois da revolução foi preciso debate e luta para a instauração de uma ordem democrática.

Recordamos um momento de que quase toda a gente já estará mais ou menos esquecida, que foi a luta que houve pela instituição do período de antes da Ordem do Dia. Havia grupos na Assembleia que não queriam que se discutisse nada na Assembleia a não ser o texto da Constituição. A ideia era que não se criticasse o rumo político que a revolução levava. Mas havia outros que diziam: “Não, nós somos representantes do povo e por isso podemos discutir tudo aquilo que se passa no país”. E instituiu-se, depois de muita luta acabou por se instituir, um período antes da Ordem do Dia em que se passava em revista os acontecimentos correntes. E foi fundamental a existência desse período porque transformou a Assembleia Constituinte num verdadeiro parlamento, não legislativo, mas parlamento do ponto de vista da discussão de ideias e fiscalização do poder.

Outro aspeto muito importante em que a Constituinte foi vítima, foi o problema do sequestro da Assembleia. A Assembleia esteve cercada, cercada mesmo, e há fotografias incríveis. Lembramo-nos de uma fotografia do deputado do Porto Dr. António Macedo, com a cabeça apoiada nos braços, já com a idade propecta que ele tinha na altura... e, portanto, foi uma situação terrível. Imagine-se, o órgão de representação máxima de um país esteve cercado. Tal é uma afronta terrível aos Direitos Humanos.

Depois, o que é que se passou? Aquilo a que um constituinte da época⁴ chamou “O Suave Milagre da Constituição”.

Como todos se lembram, “O Suave Milagre” é aquele conto do Eça de Queirós, obra dos tempos já de mais de maturidade de Eça de Queirós, em que era um “vencido da vida”, mas não desistente, antes mais amadurecido. Dalila Pereira da Costa explicou-o em *Entre Desengano e Esperança*⁵.

De qualquer forma, é uma expressão extraordinariamente interessante – como é que a Constituição que foi combatida inicialmente por muita gente, vai acabar lentamente por fazer o seu caminho e convencer os vários grupos que era uma boa Constituição? E assim, recordar-se-ão que a Constituição de 1976 só teve quinze votos contra. Na altura, foram os quinze votos do CDS – o CDS tinha mais um deputado, independente, que era o general Galvão de Melo, mas ele votou a favor.

E seja-nos permitido fazer um exercício um tanto arriscado, mas com um fundo de jogo – mas ainda teríamos de perguntar a algumas das pessoas que estão vivas – aventando a hipótese de que, se fosse hoje (e todos soubessem o que sabem hoje, como se diz popularmente), talvez alguns que votaram contra, tivessem votado a favor. E, portanto, daqueles quinze era uma questão de ver se realmente hoje todos teriam votado contra. Também em contrapartida, há um problema: dos outros todos que votaram a favor, alguns teriam votado contra, eventualmente, hoje. É um desafio de hipótese meramente especulativo, para que

4 O constituinte em causa é um historiador, António Reis. E escreveu sobre a evolução das reações à Constituição um interessante artigo, na desaparecida, infelizmente (seria tão interessante que ainda fosse viva) revista *Opção*, que era dirigida, na altura, pelo Artur Portela Filho. V. REIS, António. O Suave Milagre da Constituição. In: *Opção*, ano 1, n.º 7, 1976.

5 COSTA, Dalila L. Pereira da. *Entre Desengano e Esperança*: ensaios portugueses. Porto: Lello Editores, 1996.

possamos ter presente uma ideia importante: que as posições não são imutáveis, pois as pessoas evoluem, mudam, e isso em geral, na política, em Portugal pelo menos e no nosso sistema democrático, não é um drama, nem é um opróbrio para quem muda. Em geral, muda-se por convicção, e respeitabilíssima.

Mas, de qualquer forma, foi realmente um “suave milagre” e gerou-se ali aquilo a que depois o Professor Jorge Miranda chamou uma Constituição compromissória... Cedendo daqui, cedendo de acolá, tendo este e aquele elemento interessante como aportação de gregos, e já aquele outro como contributo de troianos. Depois, alguns exageros de uma fraseologia mais marcada ideologicamente foram limpos na primeira revisão.

A primeira revisão é o grande momento de consolidação da Constituição de 1976. E sempre numa perspectiva de Direitos Humanos múltiplos. Não apenas o pão sem liberdade, nem a liberdade sem pão. Pão e liberdade, sempre no aspeto de que não pode haver uma Democracia, nem pode haver Direitos Humanos apenas políticos, tem que haver Direitos Humanos também sociais, económicos, culturais, etc.

Aliás há um texto brilhante inspirado em Ronald Dworkin, no título, do Professor Gomes Canotilho, que se chama precisamente: “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”. Porque, realmente, há quem não os tome a sério. Ainda somos do tempo em que as pessoas brincavam com os Direitos Humanos, e diziam mais ou menos assim: “Pois temos direito à saúde? Ah, muito interessante! Vem um indivíduo com duas canadianas ao tribunal – não vai ao hospital, vai ao tribunal – e diz: ‘Eu quero ter direito à saúde’. E mostra lá a Constituição - ‘Está aqui. Então, faz favor de me dar o direito à saúde!’. Podia mesmo ir ao texto constitucional, e ler, altissonantemente: “Artigo 64.º Saúde. 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.”

Havia outras brincadeiras do género, com o direito à educação, etc. Aliás, neste último caso, poderiam brincar com a estória do Feiticeiro de Oz⁶, que criava inteligência meramente através de diplomas...

Tantas estórias, dos habituados a um direito agelástico, do “aço frio das espadas”, como disse Teixeira de Pascoaes e incapazes de compreender que o atribuir a cada um o que é seu não é só (qual Robim dos Bosques ao contrário) tirar aos pobres e dar aos ricos o que supostamente tinham por “direito divino”... O direito é bem mais, bem mais subtil, e com muito mais diversidade de funções.

Mas também até aí, mesmo ao nível internacional também se foi verificando um “suave milagre”.

Nós poderíamos agora ir ver, direito a direito, como todos estão em potência nos princípios. E a depuração dos princípios – estamos a subir, a chamada “pirâmide normativa de Kelsen” –, a condensação dos princípios está em valores.

A nossa Constituição propiciou que, dois anos mais tarde, a Constituição espanhola - pela primeira vez, mas foi a nossa que preparou o terreno -, condensasse e passasse a letra de forma e a norma constitucional quais são os valores jurídico-políticos superiores. Que no fundo são as estrelas com um brilho próprio que iluminam todos os Direitos Humanos. E quais são essas? Os espanhóis não podiam copiar os franceses, claro. E também não gostariam decerto de copiar

6 FLEMING, Victor. *The Wizard of Oz*. USA, 1939. Cf. BAUM, L. Frank. *The Wonderful Wizard of Oz*. Londres: Penguin, 1995, p. 111 (1. ed. 1900).

plenamente os portugueses, embora nós tenhamos sido mais poéticos no nosso Preâmbulo... Mas inspiraram-se, toda a gente sabe que se inspiraram. Quando nós aqui logo no Preâmbulo da Constituição dizemos que queremos um *pais mais livre, mais justo e mais fraterno*. E outras coisas que vêm aqui no preâmbulo, são a base da reflexão e da construção teórica dos valores juspolíticos.

Esta ideia de liberdade, de justiça e de fraternidade são realmente os valores que iluminam os Direitos Humanos e que os espanhóis sintetizaram em “Liberdade, Igualdade e Justiça”. Depois viriam a acrescentar, por cautela, um princípio (o do pluralismo político) com capa de valor, certamente para o elevar, mas tal não era necessário, e de algum modo estragou a perfeição teórica do edifício.

Mas todos nós sabemos que o nome real, o nome que está por detrás de todas estas ideias é aquilo que foi lema da Revolução Francesa e que, nem todos sabem, mas parece que tem como raízes um autor português que é Martinez de Pascalis, que foi inspirador do Saint-Simon.

E, quais são as três luzes que iluminam os Direitos Humanos?

A Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade.

Esses os nomes mais puros e com mais pergaminhos para os grandes valores que animam os Direitos Humanos. Alguns, formados no cretinismo tecnológico (Duvigneaud⁷) e na cegueira moral (Bauman e Donskis⁸) de hoje, certamente encolherão os ombros e dirão que se trata de mais sonhos ou utopias.

Mas “Pelo sonho é que vamos”, e as utopias, as boas (eutopias) são os melhores lugares para serem pensados, enquanto neles não conseguirmos viver. Aliás, as Constituições hodiernas, do Estado Constitucional, não são senão utopias vertidas em artigos⁹.

7 DUVIGNAUD, Jean. *Sociologia*. Porto: Paisagem, 1971.

8 BAUMAN, Zygmunt ; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

9 Cf. a nossa tese *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Originalmente apresentado como tese de doutorado, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, 1996.